

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

TEMMUZ
AĞUSTOS
EYLÜL
2012

SAYI

3

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Fikret İlkiz

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür

Prof. Dr. Yener Ünver

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yener Ünver/Yard. Doç. Dr. Barış Erman

Arş. Gör. Dr. Gülşah Kurt/Av. Fikret İlkiz

Av. H. Fehmi Demir/Av. Kazım Yiğit Akalın

Av. İlkan Koyuncu/Av. Burak Candan

Av. Can Vodina

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

Abone Bilgisi

Cemile Meral

0212/511 54 32 Dahili: 112

cemile.mental@damgada.com

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği

Maçka Cad. No:11 Kazım Gerçel Apt. K. 2 D. 3

Maçka-İstanbul Tel: (0-212 343 80 80)

Basım Yeri

Net Kırtasiye Tan. ve Matbaa San. Tic. Ltd. Şti

Taksim Cad. Yoğurtçu Faik Sok. No:3 Taksim

Beyoğlu/İSTANBUL

(Sertifika No: 13723) Tel: (0-212 249 40 60)

Basım Tarihi

Kasım 2013

İçindekiler

- YARGI HİZMETLERİNİN
ETKİNLEŞTİRİLMESİ AMACIYLA
BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASI ve BASIN YAYIN YOLUYLA
İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN DAVA ve
CEZALARIN ERTELENMESİ
HAKKINDA KANUN **1**
- “YARGI HİZMETLERİNİN
ETKİNLEŞTİRİLMESİ AMACIYLA
BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASI VE BASIN YOLUYLA
İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN DAVA VE
CEZALARIN ERTELENMESİ HAKKINDA
KANUN TASARISI” TÜRK CEZA
HUKUKU DERNEĞİ GÖRÜŞÜ **23**
- 6362 SAYILI 2 TEMMUZ 2012 TARİHLİ
YARGI HİZMETLERİNİN
ETKİNLEŞTİRİLMESİ AMACIYLA BAZI
KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI
ve BASIN YAYIN YOLUYLA İŞLENEN
SUÇLARA İLİŞKİN DAVA ve CEZALARIN
ERTELENMESİ HAKKINDA KANUN’UN
CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ **77** Prof. Dr. Duygun YARSUVAT
- 6352 SAYILI YASA İLE TÜRK CEZA
KANUNU’NDA YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLER **109** Dr. Güçlü AKYÜREK
- 6352 SAYILI KANUNLA
TÜRK CEZA KANUNUNDA
YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER **117** Av. Salih OKTAR
- BASIN YAYIN DAVALARINDA 4304, 4454
ve 6352 SAYILI ERTELEME KANUNLARI **133** Av. Fikret İLKİZ
- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ
ÇERÇEVESİNDE DİN ve VİCDAN
ÖZGÜRLÜĞÜNÜN BİR YANSIMASI
OLARAK VİCDANİ RED HAKKI **145** Dr. Şennur AĞIRBAŞLI
- MAĞDURU TANIMLAMAK: BİRLEŞMİŞ
MİLLETLER DÜZENLEMELERİ
ÇERÇEVESİNDE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI
SUÇU **173** Av. Can VODİNA

KANUN NO: 6352

**YARGI HİZMETLERİNİN ETKİNLEŞTİRİLMESİ
AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASI ve BASIN YAYIN YOLUYLA İŞLENEN
SUÇLARA İLİŞKİN DAVA ve CEZALARIN
ERTELENMESİ HAKKINDA KANUN (*)**

Kabul Tarihi: 2 Temmuz 2012

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 5 Temmuz 2012 - Sayı: 28344

MADDE 74 – 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

MADDE 75 – 3713 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi, soruşturma ve kovuşturma usulü

MADDE 10 – Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adlî yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.

* Kanun'un Terörle Mücadele Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Basın Kanunu, Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun, Kabahatler Kanunu, Adli Sicil Kanunu değişiklikleri ile Geçici 1, Geçici 2 ve Geçici 3. maddelerinde yer alan basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesi ile ilgili hükümler metne alınmıştır.

Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak;

a) Soruşturma, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu Cumhuriyet savcılarını, Cumhuriyet başsavcılığınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

b) Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır.

c) Yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmak üzere yeteri kadar hâkim görevlendirilir.

ç) Ceza Muhakemesi Kanununun 91 inci maddesinin birinci fıkrasındaki yirmidört saat olan gözaltı süresi kırksekiz saat olarak uygulanır.

d) Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.

e) Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.

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

g) Güvenliğin sağlanması bakımından duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verilebilir.

ğ) Açılan davalara adli tatilde de bakılır.

h) Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz.

Türk Ceza Kanununda yer alan;

a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu,

b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,

c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç),

dolayısıyla açılan davalar, birinci fıkra hükmüne göre görevlendirilen mahkemelerde görülür. Üçüncü fıkranın (d), (e), (f) ve (h) bentleri hariç olmak üzere, bu madde hükümleri, bu suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanır.

Türk Ceza Kanununun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere, İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır.

Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamaz; bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz. ”

MADDE 76 - 6/8/1997 tarihli ve 4301 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumunun Kuruluş ve İdaresine

İlişkin Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İşyurtları Kurumu Yüksek Kurulu; Bakanlık Müsteşarının başkanlığında, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü, Strateji Geliştirme Başkanı, İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanı ve Teknik İşler Dairesi Başkanından oluşur.”

MADDE 77 - 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunununun 26 ncı maddesinin birinci fıkrasına “ceza davalarının” ibaresinden sonra gelmek üzere “bir muhakeme şartı olarak,” ibaresi eklenmiş, fıkarda yer alan “iki ay” ibaresi “dört ay”, “dört ay” ibaresi “altı ay” ve maddenin altıncı fıkrasında yer alan “iki ayı” ibaresi “dört ayı” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 78 - 5187 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 3 - 31/12/2011 tarihine kadar mahkemeler, yetkili mülki idari amirlikleri ve diğer makamlarca basılı yayınlarla ilgili olarak verilmiş toplatma, yasaklama, dağıtım ve satışın engellenmesi kararları, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde, yetkili ve görevli mahkemeden bu yasaklılığın devamı niteliğinde bir karar alınmamış olması durumunda kendiliğinden hükümsüz hale gelir. Bu tür kararlarla ilgili mevcut bilgi ve deliller kolluk tarafından iki ay içinde yetkili Cumhuriyet başsavcılığına iletilir. Mahkemelerce, bu yönde alınmış olan kararların bir örneği İçişleri Bakanlığına gönderilir.”

MADDE 79 - 26/9/2004 tarihli ve 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” ve “bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” ibaresi ise “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 adlî para” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis” şeklinde değiştirilmiş, fıkraya “rızası olmaksızın” ibaresinden sonra gelmek üzere “hukuka aykırı olarak” ibaresi ile fıkranın sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”

d) Dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 80 - 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” şeklinde değiştirilmiştir.

c) Üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(3) Kişiler arasındaki aleni 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. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”

MADDE 81 - 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” ve “cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz” ibaresi ise “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. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”

MADDE 82 - 5237 sayılı Kanununun 142 nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi yürürlükten kaldırılmış, üçüncü fıkrasında yer

alan “ikinci fıkraya göre cezaya” ibaresi “beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına”, “onbeş yıla kadar hapis” ibaresi ise “ceza yarı oranında artırılır” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 83 - 5237 sayılı Kanununun 163 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(3) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

MADDE 84 - 5237 sayılı Kanununun 168 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ve karşılıksız yararlanma” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(5) Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.”

MADDE 85 - 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 yarısına kadar indirilebilir.

(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 birine kadar indirilebilir.”

MADDE 86 - 5237 sayılı Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulu-

nulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.”

“(4) İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”

MADDE 87 - 5237 sayılı Kanunun 252 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 252 - (1)** Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(4) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(7) Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(8) Bu madde hükümleri;

a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,

b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,

c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar,

d) Kamu yararına çalışan dernekler,

e) Kooperatifler,

f) Halka açık anonim şirketler,

adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır.

(9) Bu madde hükümleri;

a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine,

b) Uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere,

c) Uluslararası veya uluslararası parlamento üyelerine,

d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dahil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere,

e) Bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvuru tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemlere,

f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslarüstüörgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine,

görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ya da uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya haksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi ya da bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi halinde de uygulanır.

(10) Dokuzuncu fıkra kapsamına giren rüşvet suçunun yurt dışında yabancı tarafından işlenmekle birlikte;

a) Türkiye'nin,

b) Türkiye'deki bir kamu kurumunun,

c) Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişininin,

d) Türk vatandaşının,

tarafı olduğu bir uyuşmazlık ya da bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması veya yapılmaması için işlenmesi halinde, rüşvet veren, teklif veya vaat eden; rüşvet alan, talep eden, teklif veya vaadini kabul eden; bunlara aracılık eden; rüşvet ilişkisi dolayısıyla kendisine menfaat temin edilen kişiler hakkında, Türkiye'de buldukları takdirde, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır.”

MADDE 88 - 5237 sayılı Kanununun 254 üncü maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(1) Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükümlenmez. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükümlenmez.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.”

MADDE 89 - 5237 sayılı Kanununun 255 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Nüfuz ticareti

MADDE 255 - (1) Kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. 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) Birinci fıkrada belirtilen amaç doğrultusunda menfaat talebinde bulunulması ve fakat bunun kabul edilmemesi ya da menfaat teklif veya vaadinde bulunulması ve fakat bunun kabul edilmemesi hallerinde, birinci fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(4) Nüfuz ticareti suçuna aracılık eden kişi, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(5) Nüfuz ticareti ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü gerçek kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilileri, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

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

(7) Bu madde hükümleri, 252 nci maddenin dokuzuncu fıkrasında sayılan kişiler üzerinde nüfuz ticareti yapılması halinde de uygulanır. Bu kişiler hakkında, Türkiye’de bulunmaları halinde, vatandaş veya yabancı olduklarına bakılmaksızın, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır.”

MADDE 90 - 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 yapılmakta 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.”

MADDE 91 - 5237 sayılı Kanununun 278 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 278** - (1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeşyaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

(4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”

MADDE 92 - 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, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma 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) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halinde, ceza yarısına kadar artırılır.

(5) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(6) Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz.”

MADDE 93 - 5237 sayılı Kanunun 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 hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.”

MADDE 94 - 4/11/2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 7 nci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “Cumhuriyet savcısı” ibaresi “mülki amir” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 95 - 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 38 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Elektronik işlemler

MADDE 38/A - (1) Her türlü ceza muhakemesi işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kullanılır. Bu işlemlere ilişkin her türlü veri, bilgi, belge ve karar, UYAP vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır.

(2) Kanunlarda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, dosyalar güvenli elektronik imza kullanılarak UYAP’tan incelenebilir ve her türlü ceza muhakemesi işlemi yapılabilir.

(3) Bu Kanun kapsamında fiziki olarak hazırlanması öngörülen her türlü belge ve karar elektronik ortamda düzenlenebilir, işlenebilir, saklanabilir ve güvenli elektronik imza ile imzalanabilir.

(4) Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlar diğer kişi veya kurumlara elektronik ortamda gönderilir. Güvenli elektronik imza ile imzalanarak gönderilen belge veya kararlar, gerekmedikçe fiziki olarak ayrıca düzenlenmez ve ilgili kurum ve kişilere gönderilmez.

(5) Elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belge geçerli kabul edilir.

(6) Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlarda, mühürleme işlemi ile kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesini öngören hükümler uygulanmaz.

(7) Zorunlu nedenlerle fiziki olarak düzenlenmiş belge veya kararlar, yetkili kişilerce taranarak UYAP'a aktarılır ve gerektiğinde ilgili birimlere elektronik ortamda gönderilir.

(8) Elektronik ortamdan fiziki örnek çıkartılması gereken hallerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim, Cumhuriyet savcısı veya görevlendirilen yetkili kişi tarafından imzalanır ve mühürlenir.

(9) Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter.

(10) Yargı birimlerinin ihtiyaç duyduğu nüfus, tapu, adlî sicil kaydı gibi dış bilişim sistemlerinden UYAP vasıtasıyla temin edilen bilgi, belge ve kayıtlar, zorunlu olmadıkça ayrıca fiziki olarak istenilmez. UYAP'tan dış bilişim sistemlerine gönderilen bilgi ve belgeler ayrıca zorunlu olmadıkça fiziki ortamda gönderilmez.

(11) Ceza muhakemesi işlemlerinin UYAP'ta yapılmasına dair usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

MADDE 96 - 5271 sayılı Kanununun 100 üncü maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(4) Sadece adlî para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.”

MADDE 97 - 5271 sayılı 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.”

MADDE 98 - 5271 sayılı Kanununun 109 uncu maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, üçüncü fıkrasına aşağıdaki bentler eklenmiş, yedinci fıkrasında yer alan “birinci fıkradaki süre koşulu aranmaksızın” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

“(1) Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.”

- “j) Konutunu terk etmemek.
- k) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.
- l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek.”

MADDE 99 - 5271 sayılı Kanununun 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 Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir.”

MADDE 100 - 5271 sayılı Kanununun 324 üncü maddesinin dördüncü fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Devlete ait yargılama giderlerinin 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 106 ncı maddesindeki terkin edilmesi gereken tutarlardan az olması halinde, bu giderin Devlet Hazinesine yüklenmesine karar verilir.”

MADDE 101 - 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“**GEÇİCİ MADDE 5** - (1) Ceza Muhakemesi Kanununun 308 inci maddesinde yapılan değişiklikler, bu Kanunun yayımı tarihinde Yargıtay Ceza Genel Kurulunda bulunan ve henüz karara bağlanmamış dosyalar hakkında da uygulanır.”

MADDE 102 - 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 43/A maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 43/B maddesi eklenmiştir.

“Tüzel kişilerin bildirim yükümlülüğü

MADDE 43/B - (1) 5411 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde tanımlanan; bankalara, finansal kuruluşlara veya paranın sayım ve incelemesini yaparak bankalara destek hizmeti veren kuruluşlar ile mevzuat çerçevesinde dövize ilişkin işlemler yapmasına izin verilen şirketlere, her ne amaçla olursa olsun ibraz edilen paranın sahte olduğunun anlaşılması halinde, 5237 sayılı Kanunun 278 inci maddesinde düzenlenen bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde, bu maddede sayılan tüzel kişilere Cumhuriyet savcısı tarafından bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.”

MADDE 103 - 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 6 ncı maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlıktan yararlanması dolayısıyla şüpheli, sanık veya hükümlü hakkında verilen kararlar adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Onbeş yıl süreyle muhafaza edilen bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından istenmesi halinde verilebilir.”

MADDE 104 - Ekli (1) ve (2) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (I) sayılı cetvelin

Adalet Bakanlığına ait bölümüne, ekli (3) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (II) sayılı cetvelin Danıştay Başkanlığına ait bölümüne eklenmiştir.

MADDE 105 - Aşağıdaki hükümler yürürlükten kaldırılmıştır:

1) 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 12 nci ve 116 ncı maddeleri,

2) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun;

a) 6 ncı maddesinin beşinci fıkrası,

b) 9 ve 13 üncü maddeleri,

3) 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 19 uncu maddesinin yedinci fıkrası,

4) 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19 uncu maddesi,

5) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun;

a) 141 inci maddesinin ikinci fıkrası,

b) 257 nci maddesinin üçüncü fıkrası,

6) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250, 251 ve 252 nci maddeleri,

7) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 128 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi,

8) 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 61 inci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi.

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 adlı para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün 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 hükümlerle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur.

(3) Mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkûmiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümlerle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen mahkûmiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur.

(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 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adlî 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 adlî sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(8) Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz.

GEÇİCİ MADDE 2 - (1) Bu Kanunda yapılan değişiklikler karşısında; ilgili suçlardan dolayı açılan ve temyiz aşamasında bulunan dava dosyalarından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca; Yargıtay ilgili dairesinde bulunan dosyalar ise bu dairece, hükmü veren mahkemeye gönderilir.

(2) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun ve doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hakkında hırsızlık suçundan dolayı kovuşturma yapılan veya kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın hakkında hüküm verilen kişinin, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, zararı tamamen tazmin etmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz, verilen ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar.

(3) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla koşullu salıverilmelerine bir yıldan az süre kalan ve açık ceza infaz kurumunda bulunan iyi hallî hükümlülerin talepleri hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebilir.

(4) Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlükten kaldırılan 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen mahkemelerde açılmış olan davalara, kesin hükümle sonuçlandırılıncaya kadar bu mahkemelerce bakmaya devam olunur. Bu davalarda, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemez. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin kovuşturmayaya ilişkin hükümleri bu davalarda da uygulanır.

(5) Ceza Muhakemesi Kanununun 251 inci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Cumhuriyet savcıları yürütmekte oldukları soruşturmalara, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca görevlendirilen Cumhuriyet savcıları göreve başlayıncaya kadar devam ederler.

(6) Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi kapsamına giren suçlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla açılmış olan davalarda, sanığın taşıdığı kamu görevlisi sıfatı dolayısıyla hakkında soruşturma yapılabilmesi için izin veya karar alınması gerektiğinden bahisle durma veya düşme kararı verilemez.

(7) Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan atıflar, Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılır.

GEÇİCİ MADDE 3 - (1) 12 Eylül 1980 tarihinden önce işlenmiş olan suçlardan dolayı lehe Kanun, 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun cezaların içtimasına ilişkin hükümleri uygulandıktan sonra ortaya çıkan sonuç ceza göz önünde bulundurulacak belirlenir. Belirlenen bu ceza infaz bakımından lehe hükümler içeren kanuna göre infaz edilir.

(2) Terör suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hariç olmak üzere;

a) Kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olanların,

b) Taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanların,

c) Adli para cezasının infazı sürecinde tazyik hapsine tabi tutulanların,

cezaları doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilir. Bu fıkra hükümleri 31/12/2017 tarihine kadar uygulanır.

MADDE 106 - Bu Kanunun;

a) 3 üncü, 4 üncü, 9 uncu, 10 uncu, 17 nci, 21 inci, 23 üncü ile 33 üncü maddeleri ile 36 ncive 37 nci maddeleri, 18 inci maddesiyle değiştirilen 2004 sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin yedinci fıkrası, 38 inci maddesiyle 2004 sayılı Kanuna eklenen geçici 9 uncu ve geçici 11 inci maddeleri ile 105 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi yayımı tarihinden altı ay sonra,

b) Diğer maddeleri yayımı tarihinde,
yürürlüğe girer.

MADDE 107 - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

14.05.2012

**“YARGI HİZMETLERİNİN ETKİNLEŞTİRİLMESİ
AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASI ve BASIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA
İLİŞKİN DAVA ve CEZALARIN ERTELENMESİ
HAKKINDA KANUN TASARISI”**

TÜRK CEZA HUKUKU DERNEĞİ GÖRÜŞÜ

TASARI

**12.4.1991 KABUL TARİHLİ 3713 SAYILI TERÖRLE
MÜCADELE KANUNU**

MADDE 50- 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında geçen “*ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar*” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

DEĞERLENDİRME

Madde 50:

Getirilen değişiklikle, TMK madde 2, son fıkradan “ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar” ibaresi çıkarılmaktadır.

Böylece hükmün son şekli: “**Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır**” biçiminde düzenlenecektir.

“Terör suçlusu” şeklindeki bir tanıma mevzuatta rastlanmamakta ise de, bunun, TMK’daki usul hükümlerinin uygulanmasını sağlamak gibi bir amaca hizmet ettiği yorumu yapılabilir.

Bunun yanında, TCK madde 220/6 mevzuatta bulunduğu sürece, bu ibarenin madde metninden çıkarılması bir değişiklik yaratmayacaktır. Çünkü burada “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt

adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır” denilmektedir.

Bu durumda, örgüte üye olmamakla birlikte “suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüt adına suç işleyen kişi”, 220/2. maddedeki cezaıyla, yani “bir yıldan üç yıla hapis cezasıyla” cezalandırılacaktır.

Bu örgüt, bir terör örgütü ise, bu durumda, “terör örgütü üyesi gibi” cezalandırılması gerekecektir. TMK madde 7’de, terör örgütü üyesinin 314. maddeye göre cezalandırılacağı belirtildiğine ve 314. maddenin 3. fıkrasında da 220. madde hükümlerinin bu suç bakımından aynen uygulanacağı öngörüldüğüne göre, bu durumda terör örgütü üyesi olmasa da örgüt adına suç işleyenler de 314. madde delaletiyle yine örgüt üyesi gibi cezalandırılacaktır.

Bu durumda, faile hem işlediği suçlar nedeniyle, hem de örgüt üyesi gibi ceza verilecektir. Diğer bir ifadeyle esasında getirilen bir değişiklik yoktur. Zaten gerekçede de bu husus belirtilmiştir.

Ancak, asıl değişiklik, 220. maddenin 6. fıkrasında yapılmaktadır. Tasarıda, 220/6’ya eklenen cümle ile cezanın yarı oranında indirilmesi öngörülmektedir. Bu bakımdan, yine örgüt üyesi gibi cezalandırma söz konusu olacak, ancak daha az ceza verilecektir.

Bu değişiklik yerine, TMK ve TCK’da dağınık hükümlerle ve yollamalarla cezalandırmadan vazgeçilerek, örgüt suçlarının tek bir maddede toplanması ve “örgüt üyesi gibi cezalandırılır” ibaresinin TCK madde 220/6 kapsamından da çıkarılması önerilmektedir.

TASARI :

12.4.1991 KABUL TARİHLİ 3713 SAYILI TERÖRLE

MÜCADELE KANUNU

MADDE 51- 3713 sayılı Kanununun **10 uncu 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 düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Ancak bu kısıtlama, yakalanan 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 51:

TMK madde 10/1, (ç) ve (d) bentlerine eklemeler yapılmıştır.

Bu değişiklik kapsamında özellikle TMK madde 10/1, (d) bendi üzerinde görüş belirtilmesi ihtiyacı doğmuştur.

Mevcut düzenlemeye göre; (d) bendinde, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek ise “müdafinin dosyayı inceleme yetkisi” kısıtlanabilir.

TMK'daki bu hükmün aynısı CMK'nın 153/2. maddesinde de yer almakta, ancak bir sonraki fıkrada (CMK madde 153/3) bu sınırlamanın sınırı düzenlenmektedir. Buna göre; “*yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklara*” erişim hiçbir şekilde sınırlanamaz. TMK madde 10/1'nin (d) bendinde böyle bir hüküm yer almamakta ve bu durum eleştiri konusu olmaktadır. Bu durumda, her ne kadar CMK'daki genel kuralı burada da uygulamak ve sınırlamanın sınırını çizmek mümkün ise de, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde tam tersi bir yorumla soruşturma evresinde dosyaya erişim imkanını, buradaki gerekçeyle neredeyse tamamen ortadan kaldırılacak şekilde bir uygulama yapılmaktadır.

Tasarının 51. maddesi ile TMK madde 10/1, (d) bendine eklenen hüküm şu şekildedir: “Ancak bu kısıtlama, yakalanan 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”. Böylece, belirtilen belgeler yönünden kısıtlama, geçici bir süreyle olsa da kabul edilmiştir.

AİHM Kararlarında, Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde, özellikle tutuklu sanıklar yönünden “tutukluluğun hukuka uygunluğunun tartışma konusu yapılabilmesi (yani tutuklamaya itiraz) bakımından önemli belgelere ulaşması engellenirse” bu ilkenin ihlalinin söz konusu olacağına altı çizilmiştir.

Çeşitli kararlarda, Sözleşmeciler ülkelerin muhakeme yapısına karışılmamakla birlikte, dosyaya ilişkin görüşlerin diğer tarafın bilgisine ulaşması ve buna karşı koyma olanağına gerçekten sahip olunması güvencesinin sağlanması gerekliliği vurgulanmıştır.

Bu durumda, maddede yapılan değişiklikle, 3 ay süreyle de olsa sınırlama getirilebileceği belirtilerek, savunmanın, tutukluluğa etkin bir şekilde itiraz hakkı 3 ay süreyle kısıtlanmış olmaktadır.

Bunun yerine önerilen değişiklik şu şekildedir: Bu hüküm TMK madde 10’dan tamamen çıkarılmalıdır.

CMK 153/2 ve 153/3 hükümleri 10. maddeye aynen taşınmalıdır. Bu maddeler de (CMK 153/2 ve 3) şöyle düzenlenmelidir: “Müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi en çok üç ay süreyle kısıtlanabilir.

Ancak yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında kısıtlama kararı verilemez”.

TASARI

5187 SAYILI BASIN KANUNU

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

DEĞERLENDİRME

Madde 53:

Bu madde ile 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 26. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Basın Kanunu’nun 26. maddesine göre; “*Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur*” (1. fıkra).

Anayasa Mahkemesinin E. 2009/66, K. 2011/72 sayılı ve 28/4/2011 tarihli kararıyla “iki aylık” dava süresi iptal edilmiştir. Madde bu doğrultuda yeniden düzenlenmektedir. Tasarıda öngörülen değişikliğe göre; “*Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının **bir muhakeme şartı olarak** günlük süreli yayınlar yönünden **altı ay, diğer basılmış eserler yönünden bir yıl** içinde açılması zorunludur*”. Böylece, sürelerin uzatılmasının yanında, ayrıca bu sürelerin “bir muhakeme şartı” niteliğinde olduğu da maddeye eklenmektedir.

Bunun yanında; 26. maddenin 6. fıkrasında öngörülen dava açma süresinin durması yönünden de bir değişiklik getirilmektedir. Buna göre;

“*Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi **altı ayı** geçemez*” (6. fıkradaki iki aylık durma süresi 6 aya çıkarılmak istenmektedir).

Özellikle süreli yayınlar ve basılmış eserler yönünden dava açma süresinin kısıtlığına yönelik, süreyi kaçırmamak için savcıların, gerekli araştırmayı yapmaksızın otomatik olarak dava açma refleksine sahip olması biçimindeki eleştiriler karşısında, bu sürelerin uzatılması olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilebilir.

Ayrıca, 5271 sayılı CMK ile “iddianamenin kabulü” şeklinde bir kurumun getirilmiş olması ve ancak iddianamenin kabulü ile davanın açılmış sayılması kuralı gereği (CMK 175/1), iddianamenin kabulü için tanınan 15 günlük süre de bu süreye dahil olduğunda, iki aylık sürenin çok kısa olduğu kabul edilmelidir.

5187 sayılı Kanununun 26. maddesinin gerekçesinde, bu sürelerin “hak düşürücü süre” olduğu belirtilmiştir. Değişiklik getiren düzenleme ise bu süreler içerisinde dava açılmasını bir “muhakeme şartı” olarak nitelendirmektedir.

Muhakeme şartı ve hak düşürücü süre birbirinden farklı kavramlardır. Örneğin “şikayet süresi”, hak düşürücü süre kavramına dahildir, ancak burada mağdurun bir hakkının düzenlenmesi söz konusu değildir. Burada basın alanında faaliyet gösteren kişileri uzun süre ceza tehdidi altında bırakmamak adına getirilen bir süre sınırı söz konusudur.

Bu nedenle, bir muhakeme şartı olarak düzenlenmesi yanlış değildir. Ancak gerekçedeki bu ifade ile açık bir çelişkinin ortaya çıktığı da belirtilmelidir.

Sürelerin uzatılması gerekli ise de 6 ay ve 1 yıllık süreler çok uzun olmuştur. Bu sürelerin biraz daha kısa tutulması önerilmektedir. Bu kapsamda günlük süreli yayınlar için dava açma süresi 4 ay, diğer basılı eserler yönünden, 6 ay olarak düzenlenebilir.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

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

DEĞERLENDİRME

Madde 55:

Tasarının bu maddesi ile, TCK madde 6, fıkra 1, (f) bendine, (molotof kokteylinin de silah kavramına dahil edilebilmesi için) “yangın çıkarıcı” ibaresinin eklenmesi öngörülmektedir.

Bu hüküm ile, “silah” tanımını genişletmek ve böylece, silahlı örgüt kurma, yönetme, bu örgüte üye olma gibi fiillerin uygulanma alanını genişleterek, terör örgütü kurmak, bu örgüte üye olmak veya yönetmek suçunun da kapsamını genişletmek amaçlanmaktadır.

Gerekçede, “uygulamada molotof kokteyli gibi yangın çıkarıcı maddelerin silah sayılıp sayılmayacağı hususunda ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi amacı”ndan bahsedilmiştir.

Oysa, TCK madde 6’daki silah tanımı öylesine geniş bir kapsama sahiptir ki, ayrıca “yangın çıkarıcı” ibaresini tanıma eklemenin gereği yoktur.

Bu konuda esasında bir tereddüt nedeniyle yapılan bir yasa değişikliğinden ziyade, özellikle belirli terör örgütlerinin faaliyetlerinde kullanıldığı iddia edilen yöntemlerin daha ağır bir şekilde cezalandırılması yönündeki bir iradenin yansıması söz konusudur.

Ayrıca, TCK’da molotof kokteylli saldırılar, “Genel güvenliğe kasten tehlikeye sokulması” suçunu düzenleyen 170. maddeye göre cezalandırılabilir durumdadır. Yani tereddüt doğması halinde, bu fiillerin cezasız kalması da söz konusu değildir. Kaldı ki, münferit olaylar temelinde düzenleme yapmak arzusu, kazuistik bir yasama yönteminin doğmasına ve hukuk güvenliğinin ortadan kalkmasına neden olabilecek uygulamalara da geçit verecek niteliktedir.

Tereddütü gidermek amaçlandığı takdirde, kanun değişikliği yapma yoluna gidilmesinden ziyade, bu konuda içtihadın yol gösterici bir rol üstlenmesine izin verilmesi daha yerindedir.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

MADDE 56- 5237 sayılı Kanunun 75 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**Madde 75-** (1) Mağduru belirli bir gerçek kişi olan suçlar hariç olmak üzere, yalnız adlî para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı bir yılı aşmayan suçların faili;

a) Adlî para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını,

b) Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için yirmi Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı,

c) Hapis cezası ile birlikte adlî para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adlî para cezasının aşağı sınırını,

Soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödemediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz.

(2) Birinci fıkranın uygulanabilmesi için, failin, ayrıca suçun işlenmesiyle kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen ve defaten gidermesi gerekir.

(3) Bu madde hükümlerinin uygulanabilmesi için, failin daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmaması gerekir.

(4) Özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan mahkemeye intikal etmesi halinde de fail, hâkim tarafından yapılacak bildirim üzerine birinci fıkra hükümlerine göre saptanacak miktardaki parayı yargılama giderleriyle birlikte ödemediği ve ikinci fıkradaki yükümlülüğünü yerine getirdiği takdirde kamu davası düşer.

(5) Cumhuriyet savcılığınca madde kapsamına giren suç nedeniyle önödeme işlemi yapılmadan dava açılması veya dava konusu fiilin niteliğinin değişmesi suretiyle madde kapsamına giren bir suçta dönüşmesi halinde de yukarıdaki fıkra uygulanır.

(6) Suçla ilgili kanun maddesinde yukarı sınırı bir yılı aşmayan hapis cezası veya adli para cezasından yalnız birinin uygulanabileceği hallerde ödenmesi gereken miktar, yukarıdaki fıkralara göre adli para cezası esas alınarak belirlenir.

(7) Bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez.”

DEĞERLENDİRME

Madde 56:

Önödeme düzenleyen 75. madde değiştirilmektedir. Değişiklikle; şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Şikayete bağlı suçlar için “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” kurumu kabul edilmiş iken, bunun dışında kalan, aynı ağırlıktaki “mağduru belirli bir kişi olmayan” suçlar bakımından “önödeme” kurumu düzenlenmiş olmaktadır.

Önödemenin koşulları, bu değişikliklerle, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşulları ile neredeyse aynıdır. Tek farklılık, 3. fıkradaki “*Bu madde hükümlerinin uygulanabilmesi için, failin daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmaması gerekir*” şeklindeki düzenlemedir.

Bu düzenlemeye de “*hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç*” ibaresinin eklenmesi suretiyle CMK 171’deki koşullarla tamamen aynı hale getirilmesi önerilebilir.

Sonuç olarak, bu değişikliklerle “önödeme”, bütünüyle bir ceza muhakemesi hukuku kurumu haline getirilmektedir. Bu nedenle, TCK’da değil de, CMK’da düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

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.”,

b) İkinci fıkrasında yer alan “bir yıldan üç yıla kadar hapis” ibaresi “iki yıldan beş yıla kadar hapis”,

c) Üçüncü fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis” ,

şeklinde değiştirilmiş;

d) Üçüncü fıkrasına “rızası olmaksızın” ibaresinden sonra gelmek üzere “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmiştir.

e) *Dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.*

DEĞERLENDİRME

Madde 57:

TCK madde 132’de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun cezaları artırılmaktadır. Bunun sonucu olarak suçun basit hali, cezanın ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamından çıkarılmaktadır.

Ayrıca, 3. fıkraya; “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmek suretiyle hüküm şu şekilde düzenlenmek istenmektedir: “*Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi*”, yerine “*Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi*”.

Suç genel teorisinde suçun hukuka aykırılık unsurunun, özel suç tipinde ayrıca gösterildiği hale hukuka özel aykırılık denmektedir. Oysaki genel olarak özel suç tipinde hukuka aykırılık unsurunun gösterilmesine gerek yoktur. Çünkü hukuka aykırılık, özel suç tipine uyan eylemin(fiilin) suç oluşturabilmesi için nesnel olarak her suç bakımından varlığı zorunlu bir unsurdur.

Somut olayda eylemdeki hukuka aykırılığın varlığı veya yokluğunun nesnel olarak bulunması yeterli olup, failin kastının hukuka aykırılığın varlığını da kapsamaması gerekli değildir.

Kastın kapsamı, suç tipinde yer alan unsurlarla sınırlıdır. Hukuka aykırılık da suç tipine yerleştirildiğinde artık söz konusu suç bakımından failin kastının eylemdeki bu hukuka aykırılığı da kapsamı gerektiği sonucuna ulaşılır.

Sonuç olarak ceza yargıcı da failin eyleminin suç oluşturup oluşturmadığını tespit ederken eylemin nesnel olarak hukuka aykırılığıyla yetinmeyip, ayrıca failin kastının bu hukuka aykırılığı da kapsayıp kapsamadığını da araştırmak zorundadır.

Yürürlükteki TCK'nun 30/4 maddesi "işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz" hükmünü getirerek aslında tüm suçlar bakımından somut durumda failin haksızlık bilincine sahip olmadığı şeklinde bir savunma yolunu açmıştır.

Ancak buradaki haksızlık suçun manevi unsuru kapsamında değildir: Eylem, hukuka aykırılık unsuru da dahil bir suçta bulunması zorunlu tüm unsurlarla suç oluşturmuştur.

Fakat failde suç oluşturan bu eylemine dair haksızlık bilinci yoktur. Haksızlık bilinci, eylemin suç olup olmadığını bilmekten bağımsız, eylem hakkındaki bir değer yargısıdır.

Bu, nesnel değer yargısı olup, failin bu konudaki öznel değer yargısının önemi yoktur. Önemli olan, failin, suç oluşturan eyleminin haksızlığı hususundaki nesnel değer yargısına dair bir bilince sahip olup olmadığı veya olabilir olamayacağıdır.

Kast, hukuka aykırılık bilincini kapsamaz. Hukuka özel aykırılık durumlarında ise yani hukuka aykırılığın suç tipinde unsur oluşturduğu somut suç bakımından ise kastın suçun yasallık unsuru (tipiklik unsuru) içinde yer alan bu hukuka aykırılığı da kapsadığının ispatı zorunludur.

Maddenin 3. fıkrasında yapılan değişikliklerle, fiilin kasti bir fiil oluşturabilmesi için artık yalnızca diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek yetmeyecek, diğer tarafın rızasının bulunmadığını bilen failin bir de ayrıca bunun hukuka aykırı bir ifşa olduğunu bilmesi de aranacaktır.

Sonuç olarak suç tipine yeni bir unsur eklenerek eylemin suç oluşturması zorlaştırılmış olmaktadır. Önceki düzenlemede yalnızca rızanın yokluğunu bilmesi yeterli iken, yeni düzenlemede hem rızanın yokluğunu hem de buna rağmen ifşanın bir de hukuka aykırı olduğunu bilmesi gerekecektir. Aksi takdirde fiil kasti bir fiil olmayacağından suç oluşmayacaktır.

Bu hükümlerle ilgili tasarıda değişiklik getiren madde metninde 4. fıkranın kaldırıldığına dair bir ifade yer almamasına ve yine Tasarının yürürlükten kaldırılan hükümleri düzenleyen 85. maddesinde böyle bir şey bulunmamasına karşın, değişiklik gerekçesinde bu fıkranın kaldırılmasına dair bir gerekçe yer almaktadır.

4. fıkra “*Kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde, ceza yarı oranında artırılır*” biçimindedir.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

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”,

b) İkinci fıkrasında yer alan “altı aya kadar hapis” ibaresi “altı aydan iki yıla kadar hapis”,

şeklinde 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 adli para cezası ile cezalandırılır.*”

DEĞERLENDİRME

Madde 58:

“Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” suçunu düzenleyen 133. maddede değişiklikler yapılması öngörülmektedir. 58. maddenin (a) ve (b) bentlerinde TCK madde 132’de yapılacak olan değişikliklerle cezaların artırılması yönünden aynı özellikleri taşıyan ve aynı sonuçları doğuran bir değişiklik getirilmektedir.

Ancak bu kez, cezalarda fahiş bir artışın öngörüldüğü dikkati çekmektedir. İlk fıkrada, “iki aydan altı aya kadar” olan hapis cezası, “iki yıldan beş yıla” şeklinde artırılmak istenmektedir. İkinci fıkrada ise, “altı aya kadar hapis” cezası, “altı aydan iki yıla kadar” şeklinde değiştirilmek istenmektedir.

Bu durumda, ilk fıkradaki suç, kısa süreli hapis cezasını gerektiren bir suç olmaktan çıkarılmakta ve böylece suç karşılığında öngörülen hapis cezasının TCK madde 50’ye göre seçenek yaptırımlardan birine dönüştürülmesi olanağı ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Burada hareketlerden birinin, söz konusu konuşmaları yalnızca “dinlemek” olduğu da gözden uzak tutulmamalı. Bunun yanı sıra, yalnızca alt sınırdan ceza verilirse, suç, cezanın ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının ertelenmesi kapsamına girebilmektedir.

Buna ek olarak 133. maddenin 3. fıkrası değiştirilmektedir:

133/3’teki mevcut düzenleme : *“Yukarıdaki fıkralarda yazılı fiillerden biri işlenerek elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması halinde de, aynı cezaya hükmolunur”* biçimindedir.

133/3. Maddenin tasarıda öngörülen değişik hali ise; *“Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dört bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”* şeklindedir.

Böylece 3. fıkrada tamamen farklı bir suç düzenlenmektedir.

Bir kere, bu verilerden “yarar sağlamak” hareketi maddi unsur kapsamında tamamen çıkarılmıştır. Bu hareketin zaten şantaj suçu kapsamında cezalandırılması mümkündür.

Örneğin “satmak” suretiyle yarar sağlama halinde de bu kez “ifşa” kapsamında cezalandırmak mümkün olabilecektir. Bunun yanı sıra “bunları başkalarına vermek” veya “diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek” hareketlerinin yerine “ifşa etmek” bir hareket biçimi olarak düzenlenmiştir.

Ifşa etmenin sözlük anlamı, gizli bir şeyi açığa çıkarma, yaymadır. Burada kastedilen, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri belirsiz sayıdaki kişilere ulaşmasına imkan verecek biçimde yayma, açıklamadır.

Dolayısıyla “ifşa etmek”; “bunları başkalarına vermek” veya “diğer kişilerin bilgi edinmesini sağlamak” hareketlerini içerecek niteliktedir.

Son olarak, 3. fıkrada düzenlenen, “bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması” şeklindeki suç tamamen madde metninden çıkarılmaktadır.

Ancak, “ifşa etmek” biçimindeki hareketin basın ve yayın yoluyla yayınlamak şeklinde de gerçekleştirilmesi mümkün olduğundan, esasında bu değişiklik, suçun, basın ve yayın yoluyla işlenmesini engelleyen bir sonuç doğurmamaktadır.

Basın ve yayın yoluyla işlenen suçlar bakımından “haber verme hakkı” hemen her zaman bir hukuka uygunluk sebebi olarak ayrıca incelenmektedir, ancak bundan sonra manevi unsurun “hukuka aykırılığı” kapsamına alması aranacağından, suçun bu yolla işlenmesi halinin cezalandırılmasının zorlaştırıldığı ileri sürülebilir.

Eleştirilmesi gereken bir diğer husus, maddenin ilk fıkrasında “kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinlemek” veya “kaydetmek” iki

yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmaktayken, bu şekilde elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etmenin de aynı ceza ile karşılanmasıdır.

Burada, özellikle “dinlemek” biçimindeki hareketi gerçekleştiren kişideki hukuka aykırılık bilincinin, kaydeden ve hatta ifşa eden kişideki ile aynı ağırlıkta değerlendirilmesi yerinde değildir.

Üstelik korunan hukuki menfaatin ihlali de dinlemeye nazaran diğerlerinde daha ağırdır. Bu nedenle fiiller ve karşılığında öngörülen cezalar arasında açık bir orantısızlık ortaya çıkmaktadır.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

MADDE 59- 5237 sayılı Kanununun 134 üncü 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 “cezanın alt sınırı bir yıldan 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 cezasıyla cezalandırılır”

DEĞERLENDİRME

Madde 59:

TCK madde 134’te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun birinci ve ikinci fıkrasında öngörülen suçların cezaları artırılmaktadır.

Bir öneri olarak, 134/1’in tamamen suç kapsamından çıkarılması belirtilmelidir. Bu hüküm, ceza hukukunun müdahale alanını çok genişletmektedir ve karşılaştırmalı hukukta da suç alanını bu ölçüde geniş tutan bir başka hüküm bulunmamaktadır.

Suç tipinin sınırlarının aşırı derecede geniş tutulması, suç tipinin uygulanmasını pratikte imkansız kılmaktadır.

Maddede öngörülen suçun temel şekli, yalnızca görüntü aktaran cihazlar ile suçun işlenmesi olarak öngörülmelidir. Bunlar dışında kalanlar; örneğin herhangi bir aletin aracılığı olmaksızın sadece dinlemek ya da sadece çıplak gözle bakmak, özel hukuk uyuşmazlığı haline getirilebilir.

TÜRK CEZA KANUNUNUN 132., 133. VE 134. MADDELERİNDE YAPILMAK İSTENEN DEĞİŞİKLİK HAKKINDAKİ GENEL TESPİT

Bütün bu maddelerde yapılan değişikliklerin gerekçelerinde, kanunlarda önleyici veya ceza muhakemesinde delil elde etmeye yönelik telefon dinleme veya teknik araçlarla izleme gibi tedbirlerinin uygulanmasından bahsedilmekte ve bu tedbirlerin uygulanması neticesinde elde edilen ses ve görüntü kayıtlarının, hukuka uygun olduklarının altı çizilmektedir.

Ayrıca, bu hukuka uygunluğun, aynı şekilde bunların ifşası bakımından da geçerli olacağı gibi bir sonuca varılmaktadır.

Bütün bu suçlar bakımından verilen örnek ise; bu ses veya görüntülere ilişkin belgelerin soruşturma dosyasına konulması ve iddianamenin kabulünden sonra da kamunun bilgisine açık hale gelmesi, biçimindedir.

Oysa bu ikisi arasında önemli farklar vardır. Bir kere, iletişimin tespiti, denetlenmesi, teknik araçlarla izleme gibi tedbirlere başvurulurken hukuka uygun olmaları esastır. Ancak bunların hukuka uygun olarak uygulanması ile hukuka uygun olarak ifşa edilmeleri iki farklı eylemdir.

Ayrıca, özellikle bu veriler arasında “delil” niteliği taşımayanların ifşası, hiçbir şekilde hukuka uygunluk taşıyamaz. Bunların iddianamede yer alması başlı başına hukuka aykırıdır. Şekli yaklaşımla, bu tedbirler kapsamında elde edilen veriler bakımından bir hukuka uygunluk nedeni kabul etmek mümkün değildir.

Gerekçede bir de cezaların artırılması suretiyle daha fazla caydırıcılık getirilmesinin amaçlandığı söyleniyor. Zaten haberleşmenin gizliliğini ihlal, aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi, kayda alınması ve ifşası, özel hayatın gizliliğini ihlal suçları bakımından asıl sıkıntı, bunların devlet organları, yani resmi makamlar eliyle yapılıyor olmasıdır. Hukuka uygunluk halinde zaten sorun yoktur.

Bu değişiklikle sorun giderilmiş olmamaktadır. Yapılmak istenenin, belirtilen tedbirlerin sonucunda elde edilen verilerin soruşturma ve kovuşturamada kullanılmasının yaygınlaşması ve pek çok davada, dosyanın neredeyse tamamının bu verilere dayanması durumunu meşrulaştırmak ve iyice yaygınlaştırmak olduğu açıktır.

Hukuka özel aykırılık teorisi ve suç tipine eklenecek olan “hukuka aykırı olarak” ibaresinin, kastın tespitinde haksızlık bilincinin de aranmasını sağlayıp sağlamayacağı sorunu, öğretilerde tartışmalı bir konudur ve Yargıtay içtihatlarında da bu etki kabul edilmemektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu sistematüğinde haksızlık bilinci kasttan ayrı tutulmuş, bu durum TCK m. 30/4 düzenlemesi ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bazı suç tiplerinde yer alan “hukuka aykırı olarak” ibaresinin, haksızlık bilincini bu suç tipleri bakımından kastın kapsamına dahil etme amacı güttüğü şeklindeki yorum, basit bir hata savunmasının aksinin ispatlanamaması halinde failin kastının ortadan kalkması sonucunu doğuracağından, özellikle taksirle işlenemeyen suç tipleri bakımından olumsuz sonuçlar doğuracaktır.

Tasarıdaki değişikliklerin de bu bakış açısı ile ele alındığı, madde gerekçelerinden anlaşılmaktadır.

Belirtelim ki, söz konusu maddeler bakımından haksızlık bilincinin manevi unsurun içinde bir öge olarak aranması halinde, yaptığı davranışın haksız olmadığı zannıyla davranan kişilerin bu suçu işlemesi mümkün olmayacaktır. Bu durum ise, büyük ölçüde, suçun kamu görevlileri tarafından işlenmesi halinde kullanılabilir bir argümanı oluşturduğundan sakıncalıdır.

Son olarak; cezaların bu kadar artırılması ile bu suçların hala şikayete tabi olmaya devam etmesi arasında bir çelişkinin bulunduğu da belirtilmelidir.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

MADDE 61- 5237 sayılı Kanunun **152 nci maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere** aşağıdaki fıkra eklenmiş ve mevcut ikinci fıkra üçüncü fıkra olarak teselsül ettirilmiştir.

“(2) Mala zarar verme suçunun sıvı veya gaz halindeki enerjinin nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesisler hakkında işlenmesi halinde, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

DEĞERLENDİRME

Madde 61:

TCK m. 152’de yer alan mala zarar verme suçuna aşağıdaki ağırlatıcı neden eklenmiştir:

“(2) Mala zarar verme suçunun sıvı veya gaz halindeki enerjinin nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesisler hakkında işlenmesi halinde, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

İlk olarak ifade edilmelidir ki, TCK m. 142/3’te yer alan benzeri ifadede olduğu gibi, söz konusu değişiklik önerisinde çok ciddi bir Türkçe hatası yer almaktadır: “Sıvı veya gaz halinde enerji” ifadesi, bilimsel gerçeklere aykırıdır. Sıvı ve gaz, maddenin hallerinden olup, bu maddenin işlenmesi ile enerji elde edilebilmektedir. Doğru kullanımın “enerji elde etmeye yarayan sıvı veya gaz halindeki madde hakkında işlenmesi” olması gerekir. Gerek hırsızlık suçunda, gerekse mala zarar verme suçunda öngörülen değişikliklere bu ibarenin eklenmesi önerilmelidir.

Bunun dışında, yine hırsızlık suçunda, 142/3'üncü maddede yer alan bir başka ifade yanlışlığı, “bunların nakline ait tesislerde” ibaresinden kaynaklanmaktadır. Bu ibarenin lafzı, örneğin bir benzin istasyonunda bir kişinin diğer bir kişinin cep telefonunu çalması veya istasyondaki marketi soyması gibi hallerde ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi sonucunu doğurmaktadır. İbare, “bunların nakline ait tesislerde, nakle yarayan mallar hakkında işlenmesi” şeklinde değiştirilmelidir.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

MADDE 62- 5237 sayılı Kanunun 163 üncü maddesinin ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(3) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın tüketilmesi hâlinde kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.”

DEĞERLENDİRME

Madde 62:

TCK madde 163'te düzenlenen karşılıksız yararlanma suçuna yeni bir fıkra eklenmekte (3. Fıkra) : “*Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın tüketilmesi halinde kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir*”.

Oysa TCK'da hırsızlık suçunu düzenleyen madde 141'in ikinci fıkrasında “ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerjinin de taşınır mal sayılacağı” düzenlenerek, elektrik enerjisinin de hırsızlık suçunun konusu olabileceği hüküm altına alınmış durumdadır.

Bunun yanı sıra, 142/1. maddede (f) bendinde hırsızlık suçunun elektrik enerjisi hakkında işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir ve iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır.

Yine 142/3.maddede “Suçun, sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında” işlenmesi hali düzenlenmekte ve aynı şekilde 2 yıldan 5 yıla hapis cezası öngörülmektedir. Tasarıda, yeni eklenen 163/3 nedeniyle bahsedilen 141/2 ve 142/1. (f) bendi hükümlerinin yürürlükten kaldırılması öngörülmektedir.

Buna karşılık, 142/3 yürürlükte kalmaya devam etmektedir. Bu durumda, TCK’da aynı fiili başka suçlar altında cezalandıran iki ayrı hüküm ortaya çıkmaktadır ki, böyle bir düzenlemenin eşine daha önce rastlanmamıştır. Bu durum, tasarının hazırlanması sürecindeki açık bir özensizliğin göstergesidir.

Günümüzde geçerli düzenlemede, bir cezalandırma boşluğu bulunmamaktadır.

Kanunun sistematığı açısından, söz konusu düzenlemelerin karşılıksız yararlanma suçu kapsamına alınması mantıklı olsa da, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan karşılıksız yararlanma suçunun içeriğinin boşaltılarak yalnızca otomatlardan karşılıksız yararlanma hükmünün bırakılmış olması karşısında, enerji sağlamaya yarayan sıvı ve gazlar ile elektrik enerjisinden karşılıksız yararlanma fiillerinin de aynı suç tipinin altında gösterilmesi, aynı madde altında birbiri ile ilgisiz davranışların düzenlenmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bunun yerine, söz konusu fiillerin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesi önerilmelidir.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

MADDE 63- 5237 sayılı Kanunun 168 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ve karşılıksız yararlanma” ibaresi madde metninden çıkartılmış; dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(5) Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin 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 yaralanma suçunu işlediklerinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamazlar.”

DEĞERLENDİRME

Madde 63:

Bu madde ile, karşılıksız yaralanma suçunda etkin pişmanlık, failin daha lehine bir düzenlemeye kavuşturulmaktadır. Uygulamada basit bir elektrik hırsızlığı nedeniyle bazı haklarını kullanmaktan uzun süre ile yoksun bırakılan kişilerin durumu sorun yaratmakta olduğundan, bu değişiklik olumlu karşılanmaktadır.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

MADDE 64- 5237 sayılı Kanunun 174 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “yakıcı” ibaresinden sonra gelmek üzere “yangın çıkarıcı,” ibaresi eklenmiştir.

DEĞERLENDİRME

Madde 64:

“Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi” suçunu düzenleyen 174. maddedeki suçun konusu olabilecek maddeler veya malzemeler arasına “yangın çıkarıcı” olanlar da eklenmiştir.

Bu hüküm de yine molotof kokteyli imal edilmesini, muhafaza edilmesini suç olarak cezalandırma amacıyla getirilmiştir. Gerekçedeki açıklamalar da bu hususu doğrulamaktadır.

Molotof kokteyli ile ilgili olarak yukarıdaki açıklamalarımız, bu suç tipi bakımından da geçerlidir.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

MADDE 65- 5237 sayılı Kanunun 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

Madde 65:

TCK madde 220’de (suç işlemek amacıyla örgüt kurma) değişiklik öngörülmektedir. Maddenin 6. fıkrasında, “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır” şeklindeki düzenlemeye bir cümle eklenerek **“Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarı oranında indirilir”** denilmektedir.

Örgüte üye olmayan birinin, varsayımsal bir yaklaşımla örgüt üyesi kabul edilerek örgüte üye olmak suçundan cezalandırılması, ceza hukukunda kanuni karinelere yer olmadığı ilkesine ve dolayısıyla ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı düşmektedir. Getirilen değişiklik bu durumu ortadan kaldırmamaktadır.

Bu nedenle, kişinin işlediği suçu örgüt adına işlemesini, ilgili suçun kendisi bakımından genel bir ağırlatıcı neden olarak kabul etmek, ceza hukukunun genel ilkeleri ile daha uyumlu bir yaklaşım olacaktır.

Örgüt suçlarının cezalandırılmasına ilişkin olarak karşılaştırmalı hukukta çeşitli sistemler göze çarpmaktadır. Bunlardan ağırlıklı olarak Anglosakson ülkeleri tarafından uygulanan sisteme göre, suç işlemek için örgüt kurmak ayrı bir suç tipi olarak görülür, fakat örgütün kurulmasının amacını oluşturan asıl suçun veya suçların işlenmesi halinde, söz konusu suçların işlenmesine iştirak eden kişiye ayrıca örgüt nedeniyle ceza verilmez.

Bu durum, örgüte ilişkin ayrı bir suç tipinin bulunmasının, asıl suçun hazırlık hareketlerinin cezalandırılması anlamına gelmesinden kaynaklanmaktadır. Asıl suçun işlenmesi ile, buna öncüllük eden faaliyetlerin ayrıca cezalandırılmasının anlamı kalmamaktadır.

Kara Avrupası ise, örgüt suçlarında genellikle farklı bir yöntem uygulamakta, suçun örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenmesini bir ağırlatıcı neden veya suçun özel bir görünüş şekli olarak düzenlemektedir. Bu uygulamalarda bazı suçlara (örn. Soykırım) ilişkin olarak uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan ayrıksı hükümler olsa da, suç örgütü kurma fiillerinin cezalandırılmasında ne bis in idem (aynı fiilden birden fazla yargılama olmaz) ilkesine uygun şekilde düzenlenmesine çalışıldığı görülmektedir.

Türk hukukunda ise, örgüt suçlarına ilişkin son derece kendine özgü bir durum yer almaktadır.

İlk olarak, örgüt suçları, mevzuatın çeşitli yerlerine serpiştirilmiş olarak düzenlenmiştir: TCK m. 220 genel örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçlarını, TCK m. 314 silahlı örgüt kurma suçunu, TMK m. 7 ise terör örgütüne ilişkin suçları düzenlemektedir. Dahası, bu suçlar birbirlerine atıfta bulunmakta ve mevzuatın uygulanmasını zorlaştırmaktadır.

Türk mevzuatı genel bir örgüt suçunu öngörmekle birlikte, bazı özel suç tipleri bakımından (örn. Göçmen kaçakçılığı) suçun örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenmesini bir ağırlatıcı neden olarak da düzenlemiştir.

Bu düzenleme, iki sistemin bir karmasını oluştursa da, ne bis in idem ilkesine aykırılık anlamına gelen uygulamalara yol açmaktadır

(öğreti bu durumda bileşik suçun bulunduğunu ve örgüt üyesi olma fiilinin, göçmen kaçakçılığındaki ağırlatıcı nedenin içinde eriyeceğini savunsa da, uygulama ağırlıklı olarak aksi yöndedir).

Yine TMK m. 5, terör suçlarının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde genel bir ağırlatıcı neden öngörmektedir. Bu durum da, örgüte ilişkin karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde emsali bulunmayan sonuçlara yol açmaktadır.

Bunun da haricinde, gerek TCK gerekse TMK'daki düzenlemeler, örgütün amaçladığı suçun işlenmesi halinde kişiye ayrıca örgüt suçundan ceza verileceğini, yine örgüte üye olmayan ve fakat örgüte yardım eden çeşitli kişilerin de örgüt üyesi olarak kabul edilerek cezalandırılacaklarını öngörmektedir.

Bu gibi düzenlemeler ceza sorumluluğunun şahsiliğine ve yer yer *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Ceza sorumluluğunun şahsiliğine en çarpıcı aykırılık ise, TCK m. 220/5'te düzenlenen ve örgüt yöneticilerinin, örgütün işlediği bütün suçlardan sorumlu tutulmasını sağlayan hükümdür. Eğer örgüt yöneticileri bu suçlara azmettirme, dolaylı faillik veya suça teşvik gibi yöntemler ile iştirak etmiş ise, zaten kendi fiilinden cezalandırılacaktır. Fakat özel düzenleme, yöneticilerin kendi dahil olmayan, işlendiğinden haberdar dahi olmadığı suçlardan dolayı sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktadır.

Bütün bu düzenlemeler, ceza hukukunda normal koşullarda yeri olmayan varsayımların (faraziyelerin) ceza sorumluluğunu belirleyen temel ilkelere aykırı şekilde düzenlenmesi anlamına gelmektedir. Bu düzenlemelerinin hepsinin TCK ve TMK'dan çıkarılması önerilmelidir.

220. maddenin 7. fıkrasında da benzer bir değişiklik getirilmektedir. Mevcut düzenleme “Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya *dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır*” biçimindedir. Bu fıkraya bir cümle eklenerek “*örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte ikiye kadar indirilir*” biçiminde

bir değişiklik öngörülmektedir. Burada da yine, “örgüt üyesi olarak cezalandırılır” ifadesinden vazgeçilmediği dikkati çekmektedir. Ceza hukuku tekniği açısından, burada yapılması gereken, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, herhangi bir suçun işlenmesi bakımından katkısına göre, TCK madde 39 uyarınca “yardım eden” sıfatıyla iştirak kurallarına göre cezalandırılmasıdır.

Yapılması öngörülen değişiklik ile ceza miktarında hâkimin takdirine bağlı olarak belli bir iyileştirmeye gidilmekle birlikte, bu değişiklik için esasını çözmektedir. Ne bis in idem kuralı çiğnenmeye devam edilmektedir. Yapılması gereken, örgütün fiillerine, örgüte üye olmamakla birlikte katılan kişilerin, işlenmesine iştirak ettikleri suçtan cezalandırılmaları olmalıdır.

Burada mafya tipi örgütlenmeden çok, terör örgütünden yola çıkılarak bir düzenleme yapıldığı ortadadır. Zaten mevcut hükmün uygulanma biçimi de bu yöndedir. Kaldı ki, değişiklik gerekçesinde terör örgütleri bakımından uygulanan 314. maddeye yapılan göndermeler bunun böyle olduğunu göstermektedir. Böylece, örgüte yardım ve yataklık görünümü altında bir suç yaratılarak, aslında ceza sorumluluğunun farklı bir düzeyde devreye sokulmak istenmesi söz konusudur. Ortada somut olarak işlenen bir suç bulunmasa da, terör faaliyetleri içindeki bir örgüte yardım etmek, bu örgüte destek vermek, ayakta kalmasına katkıda bulunmak gibi hareketler, tehlikelilik esas alınarak cezalandırılmak istenmektedir. Bu bakımdan, önerilen değişiklik çok önemli bir sonuç yaratmamakla birlikte en azından hâkimin takdirine bağlı olarak cezada indirimine gidilebilmesine imkan tanınması yine de olumlu bir düzenleme olarak kabul edilmelidir.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

MADDE 68- 5237 sayılı Kanununun 252 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**Madde 252-** (1) Rüşvet alan kamu görevlisi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Rüşvet veren kişi de kamu

görevlisi gibi cezalandırılır. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması hâlinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi hâlinde, ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâlinde de hakkında teşebbüs hükümlerine göre verilecek olan ceza iki yıldan az olamaz.

(3) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması, rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, müşterek fail olarak cezalandırılır.

(4) Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(5) Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması için, kişiyle anlaşarak kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamasıdır. Ancak, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması hâlinde, bu kişi bakımından fiil suç oluşturmaz. Bu durumda kamu görevlisi hakkında icbar suretiyle irtikâp suçuna ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolunur.

(6) Bu madde hükümleri;

- a) Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,
- b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler,
- c) Kamu Kurumu veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar,
- ç) Kamu yararına çalışan dernekler,
- d) Kooperatifler,
- e) Halka açık anonim şirketler,

İle hukukî ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması için menfaat temin edilmesi hâlinde de uygulanır.

(7) Yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idari veya adli bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının, yapılanma şekli ve görev alanı ne olursa olsun, devletler, hükümetler veya diğer uluslararası kamusal örgütler tarafından kurulan uluslararası örgütlerin görevlilerine veya aynı ülkede uluslar arası nitelikte görevleri yerine getirenlere veya uluslar arası mahkemelerde görev yapan hakimlere, jüri üyelerine ve diğer kamu görevlilerine, uluslar arası parlamento üyelerine ve bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvurulmuş tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen hakemlere uluslar arası ticari işlemler veya görevin ifasıyla ilgili başka bir nedenle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir yararın elde edilmesi veya muhafaza amacıyla, doğrudan veya dolaylı olarak yarar teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi ile yukarıda sayılan kişilerin rüşvet talebinde bulunması veya menfaat sağlaması rüşvet sayılır.

(8) Yedinci fıkra kapsamına giren rüşvet fiilinin;

a) Türkiye’de işlenmesi,

b) Yurtdışında vatandaş tarafından işlenmesi,

c) Yurtdışında yabancı tarafından;

1. Türkiye’nin,

2. Türkiye’deki bir kamu kurumunun,

3. Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisinin,

4. Türk vatandaşının,

tarafı olduğu bir uyuşmazlık ya da bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması ve yapılmaması için işlenmesi,

hallerinde rüşvet veren ve alan kişiler hakkında Türkiye’de re’sen soruşturma yapılır”

DEĞERLENDİRME

Madde 68:

TCK'da rüşvet suçunu düzenleyen 252. madde tamamen değiştirilmektedir. Tasarıyla getirilmek istenen yeni 252. madde, Avrupa Konseyi üyesi olarak Türkiye'nin GRECO'ya (*The Council of Europe's Group of States Against Corruption*) dahil olması nedeniyle rüşvet ve yolsuzlukla mücadele bakımından yerine getirmeyi taahhüt ettiği yükümlülüklerinin bir parçası olarak düzenlenmektedir.

Bu değişikliklerle rüşvet suçu “kamu idaresine karşı bir suç” olmaktan çıkarılmaktadır. Böylece artık bir “özgü suç” niteliği de kalmamaktadır. Bundan böyle “serbest piyasa ekonomisinin işleyişine duyulan güven”, bu suçta korunan hukuki menfaat haline getirilmektedir.

Tasarıda öngörülen yeni 252. maddenin üçüncü fıkrasında; “*rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması, rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, müşterek fail olarak cezalandırılır*” biçiminde bir hüküm yer almaktadır. Bu durum, rüşvet suçunun failinin kamu görevlisi olması halinde, 40'ıncı maddedeki bağıllık kuralının bir istisnasını teşkil etmektedir.

252. maddenin 5. fıkrası ise şu şekilde düzenlenmek istenmektedir: “*Rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması için, kişiyle anlaşarak kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamasıdır. Ancak kişinin haklı bir işin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, bu kişi bakımından fiil suç oluşturmaz. Bu durumda kamu görevlisi hakkında icbar suretiyle irtikap suçuna ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolunur.*”

Maddenin yeni şekli ile, basit rüşvet alma ve verme fiilleri, yeniden rüşvet suçu kapsamına alınmaktadır.

Böylece GRECO'ya dahil olmak ile altına girilen yükümlülüğe uygun bir değişiklik öngörülmektedir.

Ancak ifade edilmelidir ki, 5. fıkranın son cümlesi gereksizdir.

Zaten 250. maddede düzenlenen irtikap suçunun birinci fıkrası kapsamına giren bir durumu, rüşvet suçu içerisinde belirterek, 250. maddeye gireceği konusunu açıklığa kavuşturan bir hükmün ceza kanunu içerisinde yeri yoktur.

Böyle bir düzenlemeye ancak gerekçede yer verilmesi mümkün olabilir.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

MADDE 69- 5237 sayılı Kanunun **254 üncü maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları** aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 254- (1) Rüşvet alan kişinin, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmî makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.”

DEĞERLENDİRME

Madde 69:

Burada, değişiklikle ilgili olmayan başka bir sorun vardır. Rüşvet bir zarar suçu değil, tehlike suçudur. Mevcut düzenlemeye göre, “kamu idaresinin dürüst bir şekilde işleyişine ve kamu görevi yapan kişilere duyulan güven” korunmaktadır.

Tasarı ile getirilmek istenen düzenlemeye göre de yine benzer bir menfaat korunmaktadır. Yani rüşvet konusu şeyin iadesi halinde, etkin pişmanlığın bu şekilde düzenlenmesi doğru değildir.

Gerçekte, GRECO raporlarında etkin pişmanlık hükümlerinin tümüyle ortadan kaldırılması talep edilmektedir.

Ancak Türk kanun koyucusunun rüşvet ile etkili mücadele yapabilmek ve suçları ortaya çıkarabilmek için öngördüğü etkin pişmanlık düzenlemeleri kanunun yeni halinde daraltılmakla birlikte metinden çıkarılmamıştır.

Bu etkin pişmanlık hükümlerinin, rüşvet suçunun koruduğu yeni değerler çerçevesinde gözden geçirilmesi gerekmektedir.

En azından etkin pişmanlıkta bulunan kimseye karşı müsadere hükümlerinin veya denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması hususunda mahkemeye takdir yetkisi verilmesi yerinde olacaktır.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

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 yapılmakta 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 oluşturmaması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır.”

DEĞERLENDİRME

Madde 71:

TCK'nın “Yargı görevi yapanı etkileme” başlıklı 277. maddesi tamamen değiştirilmek istenmektedir. Maddenin başlığı da, değişikliğe uygun olarak “Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” biçiminde düzenlenmektedir.

Şu anda TCK'da, devam etmekte olan bir yargılamanın adil bir şekilde cereyan etmesini, yargı görevi yapanların tarafsız ve özgür iradeleriyle hareket etmelerini sağlamaya yönelik iki farklı düzenleme bulunmaktadır.

Bunlardan ilki 277. madde, ikincisi de “adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs” başlıklı 288. maddedir. Bu iki maddenin mevcut düzenlemeleri ayrı suçları içermektedir.

277. maddenin mevcut düzenlemesine göre; “*Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya dava-ya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.*”

Bu haliyle yargılamanın, daha ziyade belirli güç odaklarının, örneğin suç örgütlerinin, nüfuz sahibi kişilerin, hükümetin ve benzeri resmi makamların etkisinden, talimatlarından, baskısından arî bir şekilde görülmesini sağlamak amaçlanmaktadır.

Yapılmak istenen değişiklik şu şekildedir: “***Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, gerçeğin orta-***

ya çıkarılmasını 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 tamği hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

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

Yapılması öngörülen değişiklikle ilk olarak suçun mahiyetinin değiştiği belirtilmelidir. Bir kere artık, yargılamanın, belirli güç odakları karşısında adil bir şekilde görülmesini sağlamaya çalışmak söz konusu değildir. Çünkü “emir vermek, baskı yapmak, nüfuz icra etmek” şeklindeki maddi unsur tamamen değiştirilmiştir.

Artık “yargı görevi yapanı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs” biçiminde bir hareket öngörülmüştür. Bunun yanında, suçun manevi unsuru da değişerek, “gerçeğin ortaya çıkarılmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla” ve “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” ibareleri getirilerek failin saikine dair çok fazla belirleme yapılmış ve özel kast, neredeyse suçun işlenmesini imkânsız kılacak bir şekilde belirlenmiştir.

Ayrıca bir diğer değişiklik, suçun soruşturma sırasında da işlenebileceğinin düzenlenmiş olmasıdır.

Bu suçta “bir haksızlık oluşturma”nın ne demek olduğu belli değildir. Buradaki “haksızlık” kavramının, TCK madde 40/son fıkrada belirtilen “haksızlık”tan farklılık taşıdığı açıktır. Ancak içeriği son derece belirsizdir. Yorum olarak “hukuka aykırı bir durum yaratmak” anlamına geldiği ileri sürülebilirse de, uygulamada sorun yaratabilecek niteliktedir.

Aşağıda 288. maddede değişiklik öngören Tasarının 74. maddesine gelindiğinde belirtileceği üzere, artık 277 ile 288 arasındaki fark büyük oranda ortadan kaldırılarak, 288. madde, adeta 277. madde-deki suçun özel bir görünümü haline sokulmaktadır. Bu şekildeki bir düzenleme getirildiğinde, yargı bağımsızlığının devlete karşı korunması zorunluluğu ihmal edilmiş olmaktadır.

Son olarak, ikinci fıkradaki düzenleme, “fikri içtima” ile ilgili genel hüküm olan 44. maddeye aykırıdır. Çünkü fikri içtimada esas, “işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması”dır.

Bu nedenle, fikri içtima hükümlerine göre verilecek cezanın yarısına kadar artırılması, ceza hukukunda bu şekilde düzenlenen “fikri içtima” kurumuyla birlikte değerlendirildiğinde, bir çelişki ortaya koymaktadır.

Ayrıca, 277 ve 288. maddeler arasındaki farklılığın büyük ölçüde ortadan kaldırılmasına karşın, her iki suçun cezaları arasında bu derece farklılığın olması yerinde bir düzenleme olmamıştır.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

MADDE 72- 5237 sayılı Kanunun 278 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 278- (1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

(4) Suçun, üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”

DEĞERLENDİRME

Madde 72

TCK madde 278'deki “suçu bildirmeme” yeniden düzenleniyor.

Bu madde Anayasa Mahkemesinin E. 2010/52, K.2011/113 ve 30.06.2011 tarihli kararıyla iptal edilmişti.

İptal gerekçesi, maddede “yakın akrabalık durumunun dikkate alınmaması” nedeniyle Anayasa madde 38/5'teki *nemo tenetur* ilkesine aykırılıktır.

Yapılan değişiklik ile madde aynen getirilmekte, yalnızca bir son fıkra eklenmektedir. Yeni 4. fıkraya göre; “*Suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır*”. Burada sayılan kişilerin, CMK madde 45'te tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilere ilişkin liste doğrultusunda yeniden ele alınması gereklidir.

Suçü önleme yükümlülüğünden bahseden son cümle gereksizdir. Zaten bu yönde bir hukuki yükümlülük varsa ve özel olarak başka bir suçun oluşmasına sebebiyet verilmekteyse, yerine göre ilgili hüküm uygulanır. Bunu ayrıca belirtmeye de gerek yoktur.

Bunun dışında, son derece yanlış bir şekilde, sanki genel bir suçü önleme yükümlülüğü varmış gibi bir izlenim doğmaktadır. Herkese suçü bildirme yükümlülüğü getirilmemelidir.

Bunun dışında, TCK m. 280'de düzenlenen ve sağlık mesleği mensuplarına bir suçun işlendiği yönünde herhangi bir belirti ile karşılaşmaları halinde suçü bildirme yükümlülüğü yükleyen suç tipi, gerek sağlık mesleğinden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğü ile, gerekse CMK'daki tanıklıktan çekinme hakkı ile çelişmektedir.

Yürürlükteki mevzuata göre aynı hekimin adli bir vakayı ihbar etme yükümlülüğü bulunmasına rağmen, aynı suçun soruşturulması ve kovuşturulması sırasında tanıklıktan veya beyandan çekinme imkanı bulunmaktadır.

TCK'daki hüküm, uluslararası standartlara uygun olarak değiştirilmeli, CMK'da da buna uygun değişiklikler yapılmalıdır. Önerdiğimiz madde şu şekildedir:

TCK m. 280: “Görevini yaptığı sırada, bir kişinin insan onuruna, yaşamına veya sağlığına yönelik ağır bir tehlike içeren bir suçun işlenmekte olduğu veya işleneceğine yönelik ağır ve mutlak bir tehlikenin bulunduğu yönünde kesin bir bulgu ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta mesleğinin esasları ile bağdaşmayacak bir gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

CMK m. 46/2: “Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının veya kanundan kaynaklanan bir bildirim yükümlülüğünün varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez”.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

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

“**MADDE 285-** (1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl 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 yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddî 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 ihlâl 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 ihlâl 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 damgalanmalarını sağlayacak 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

Madde 73:

TCK madde 285 (soruşturmanın gizliliğini ihlal) yeniden düzenleniyor. Birinci fıkradaki suçun cezası seçimlik hale getirilerek ayrıca adli para cezasına hükmedilebilmesi sağlanmak istenmektedir. “Bir yıldan üç yıla kadar hapis **veya adli para cezası**” şeklindeki düzenleme, cezada bir orantısızlığa işaret etmektedir. Yeni düzenlemenin birinci fıkrasına göre, suçun oluşumu için iki farklı koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir:

(a) *Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, masumiyet karinesinden yararlanma 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.*

Öncelikle “masumiyet karinesinden yararlanma hakkının ihlal edilmesi” ile neyin kastedildiğini tespit etmek çok zordur. Çünkü masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak, belirli bir şarta bağlı olmaksızın ceza soruşturması veya kovuşturmasına uğrayan kişinin sahip olduğu bir haktır.

Asıl amaç, şüpheli veya sanığın bu hakkın bir takım sonuçlarından yararlanabilmesini sağlamak, bir anlamda, ceza yargılaması kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar, bu kişinin toplum ve yargı mercileri nezdinde masum olduğu varsayımı ile hareket edilmesini temin etmektir. Bu hakkın ihlali, oldukça soyut ve tespiti zor bir durumdur.

Bu nedenle, ancak, kişiyi alenen suçlu ilan edecek şekilde soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi halinde, suçun oluştuğuna hükmetmek gerekecektir. Diğer hallerde, bunun varlığını tespit zordur.

Haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi TCK’da öngörülen başka suçlardır. Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun gerçekleşmesinin bu suçların oluşması koşuluna bağlanması yerinde değildir. Çünkü bir kere, korunan hukuki menfaatler birbirinden tamamen farklıdır.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal bakımından, ceza kovuşturmasına esas teşkil eden aşamada gerekli araştırmanın yapılabilmesi, sağlıklı ve gerçeğe uygun bir şekilde soruşturmanın tamamlanması amaçlanmaktadır.

Ceza yargılamasının temel amacı olan maddi gerçeğe ulaşma amacının ilk aşaması soruşturmadır ve bu aşamada gizlilik esastır.

Üstelik usul ekonomisi vb. başka amaçların korunduğu da ileri sürülebilir. Oysa özel hayatın gizliliğini ihlal ve haberleşmenin gizliliğini ihlal bakımından birincil derecede korunan hukuki menfaat genel anlamda kişi hürriyeti ve özel olarak da kişi hürriyeti, kişinin aile hayatına ve hayatının gizli alanına duyulması gereken saygıdır. Bunlar birbirinden farklı hukuki yararlardır ve birbirinin içine geçmesi yerinde değildir. Sonuç olarak suçun oluşmasını oldukça zorlaştıracak bir düzenleme yapılmıştır.

Maddenin ikinci fıkrası; “*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*” şeklinde düzenlenmiştir.

Buradaki suç, istisna olan, “ *tarafların*” gizliliğinin ihlalini ağır ve kolay bir şekilde cezalandırmaktayken, asıl ihlali oluşturan birinci fıkradaki suç, neredeyse cezalandırılmayan bir fiile dönüşmektedir.

Bu şekildeki bir düzenleme, dürüst yargılanma ilkesine aykırılık taşımaktadır.

Ayrıca maddenin dördüncü fıkrasında “*soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” denilmektedir.

Görüntülerin yayınlanması dışındaki fiillerle de kişilerin suçlu olarak damgalanmalarına neden olmak mümkündür. Bu nedenle sadece görüntü ile sınırlamak yerinde değildir.

Bir başka değişiklik, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın artırılacağına ilişkin hükmün artık madde metninde yer almamasıdır. Bu durumda suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi ile bu vasıtalar olmaksızın işlenmesi aynı ceza ile karşılanacaktır. Oysa, suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde korunan hukuki menfaat bakımından çok daha ağır tehlike ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle, bu hükmün yeni madde metnine alınmaması eksiklik teşkil eder.

Son olarak maddenin son fıkrasında “*soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz*” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Son derece gereksizdir. Çünkü zaten suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi bakımından, haber verme hakkının sınırlarının aşıp aşılmadığı, neredeyse her olayda ayrıca inceleme konusu yapılmaktadır. Bunu kanunda özel olarak düzenlemeye gerek yoktur.

Bu maddedeki değişiklik ile ilgili olarak bir eleştiri getirilmesi gereklidir. Özellikle basında yer alan haberler ya da diğer yayınlar yoluyla bu suçun işlendiği şüphesi ile çok fazla soruşturma açılıyor diye, suçun işlenmesini zorlaştırmak bir çözüm değildir.

Burada asıl olarak, yetkili makamların her haberin ardından soruşturma açma yoluna gitmemelerini sağlamaya yönelik olarak bir çözüme ihtiyaç bulunmaktadır. Bu çözümün yerinin de suçu düzenleyen madde olmadığı açıktır.

TASARI

26.09.2004 KABUL TARİHLİ 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

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

Madde 74:

“Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs” başlıklı TCK madde 288 yeniden düzenlenmektedir (Bu konuyla ilgili yukarıda, Tasarının 71. Maddesi ile ilgili açıklamalar yapılırken bazı hususlara değinilmiştir. Aşağıda bunlar dışında kalan birkaç nokta ile ilgili görüş belirtilmektedir).

Esaslı değişiklik, suçun manevi unsurunda yapılmaktadır. Buna göre; “*hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için*” şeklinde bir saik eklenerek, özel kastın içeriği değiştirilmektedir.

Bir de artık hapis cezasını gerektiren bir suç olmaktan çıkarılıp, yalnızca adli para cezasını gerektiren bir suçta dönüştürülmektedir.

TASARI

5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU

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

“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

Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan değişiklikler

Madde 76:

CMK'nın “tutuklama kararı” başlıklı 101. maddesinin ikinci fıkrasında bir değişiklik yapılması öngörülüyor. İkinci fıkranın mevcut hali şu şekildedir: “*Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukukî ve fiilî nedenler ile gerekçeleri gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir*”.

Yeni düzenleme ise şöyle: “*Tutuklamaya, tutukluluğun 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”

Getirilen esaslı bir değişiklik olmamasına karşın, ölçülülük ilkesinin kararda açıkça yer alması gerekliliği getirilmesi belki bir yenilik olarak değerlendirilebilir. Madde, mevcut haliyle gerektiği gibi uygulandığı takdirde sorun zaten çözülecektir. Yani uygulamadaki sorunu, kanun değişikliği ile gidermeye çalışmak ne derece çözüm olabilir, sorusu sorulmalıdır.

Sonuç olarak, mevcut uygulama dikkate alındığında, bir “temenni” maddesi olmaktan öteye gidememe ihtimali yüksektir.

Bu konuda bir değişiklik öngörülecek ise, önerilerimiz şu şekildedir: 5271 sayılı CMK ile tutuklama nedenlerinin varsayılabilmesine imkan veren “suçlar kataloğu” kaldırılmalıdır. Bu sistem, tutuklama tedbirinin çok daha orantısız bir biçimde uygulanması sonucunu doğurmuştur.

Suçun ağırlığının, tutuklama nedenlerinin varsayılabilmesine imkan tanıyabilmesi son derece yanlış bir sistemdir. Herhangi bir tutuklama nedeninin bulunmadığı hiçbir halde tutuklamaya imkan verilmemelidir.

Tutuklamaya ilişkin diğer hükümlerde bir değişiklik öngörülmemesi eksiklidir. Özellikle, asıl tartışma konusu olan sürelerle hiç değinilmemektedir.

Bu yöndeki değişiklik taleplerinin çok çeşitli çevreler ve bu kapsamda Hükümet çevreleri tarafından da sıklıkla dile getirilmekte olmasına rağmen bu sorunun çözümüne yönelik bir hükmün tasarıda yer almaması dikkat çekicidir.

CMK'nın “tutuklulukta geçecek süre” başlıklı 102. maddesinin, AİHM kararları doğrultusunda yeniden düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

TASARI

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNU

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

DEĞERLENDİRME

Madde 77:

CMK'nın “adli kontrol” tedbirini düzenleyen 109. maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılarak adli kontrol kararı verilebilecek hallerin kapsamı genişletilmek istenmektedir. Bu amaçla “üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada”, şeklindeki düzenlemede sınır “beş yıl veya daha az” şeklinde yükseltilmektedir. Olumlu bir değişikliktir.

TASARI

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNU

MADDE 78- 5271 sayılı Kanunun 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

Madde 78:

CMK madde 188, fıkra 1'e şu cümle eklenmektedir: “*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 mazere-ti olmayan zorunlu müdafinin yokluğunda da karar verilebilir.”

Getirilmek istenen bu düzenleme ile, kamu görevlisi olan zorunlu müdafinin kabahati adeta sanığa yüklenmektedir. Hizmet kusuru, hizmeti alana yüklenmemelidir. Yargılamayı çabuklaştırmak amacı, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuramaz.

TASARI

5352 SAYILI ADLİ SİCİL KANUNU

MADDE 83- 5352 sayılı Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(1) Arşiv bilgileri,

a) İlgilinin ölümü üzerine,

b) Anayasanın 76 ncı maddesi ile bazı özel kanunlarda yer alan ve bir hak mahrumiyetine neden olan mahkûmiyetler bakımından, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla, kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren onbeş yıl ve her halde otuz yıl geçmesiyle,

c) Diğer mahkûmiyetler bakımından, kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle,

tamamen silinir.”

DEĞERLENDİRME

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu

Madde 83:

Adli Sicil Kanununun 12. maddesi yeniden düzenlenmektedir. Burada özellikle olumlu bir değişiklik olarak Anayasa Mahkemesi'nin 20.01.2011 tarihli (R.G.14.4.2011) kararıyla iptal ettiği adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesi için öngörülen 80 yıllık sürenin iki ayı durum öngörülerek daha makul bir şekilde kısaltılması söz konusudur (madde 1, (b) ve (c) bentleri).

Bununla birlikte, (b) ve (c) bentlerinde öngörülen süreler birbirleriyle karşılaştırıldığında, eşitliğe aykırı ve orantısız bir düzenleme yapıldığı dikkati çekmektedir.

Yine, parmak izlerinin ve DNA örneklerinin alınması ve bir sisteme kaydedilmesine ilişkin düzenlemelerde de değişiklik yapılması gerekmektedir. Yürürlükteki mevzuatımıza göre parmak izleri yanında avuç izi vb. kişisel veriler fizik kimliğin tespiti koruma tedbiri vasıtasıyla mümkündür.

Bunun yanında, 2007 yılında 5681 sayılı Kanun ile değiştirilmiş bulunan PVSK m. 5'e dayanarak parmak izlerinin alınması ve kaydedilmesi söz konusudur. DNA örnekleri ise, CMK kapsamında vücuttan örnek alma koruma tedbiri ile alınmakta ve saklanmaktadır.

Saklanan bu örneklerin imhası ise, kanunlarda öngörülen hallerde söz konusudur. PVSK hükümlerine göre alınan örnekler kişinin ölümünden itibaren 10 yıl ve her durumda 80 yılın geçmesi ile imha edilmektedir. CMK kapsamında alınan DNA örnekleri ise, kovuşturmayaya yer olmadığına yönelik karar ile beraat ve ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi ile imha edilmektedir.

Bu gibi düzenlemelerin, AİHS m. 8'e aykırılık içerdiği, S. ve Marper / Birleşik Krallık kararında gösterilmiştir. AİHM içtihadına göre, beraat kararı yanında düşme veya şikayetin geri alınması nedeniyle düşme gibi kararların verilmesi halinde de DNA örneklerinin ve bunlardan elde edilen kişisel verilerin imha edilmesi gerekmektedir.

Mahkumiyet kararının verilmesi halinde dahi, mahkumiyet kararının süresi ve/veya failin yaşı gibi kişisel durumu dikkate alınarak, verilerin bununla orantılı bir süre saklanması öngörülmelidir. Belli bazı suç tipleri (örn. terör suçları) istisnaların getirilmesi mümkün olsa dahi, hiç kimsenin verileri ömür boyu saklanmamalıdır.

Aynı ölçütler, parmak izleri bakımından da geçerlidir. AİHM, parmak izlerinin saklanması hakkında damgalayıcı bir tedbir olduğuna ve önyargı oluşturduğuna hükmetmiştir.

Bu kapsamda, PVSK m. 5'in bütünüyle değiştirilmesi gerektiği açıktır. Kişilerden pasaport, ehliyet gibi başvurularında zorunlu ola-

rak parmak izlerinin alınması ve bunların cezai soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılabilmelerine izin verilmesi, AİHS m. 8'e açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

Yapılması gereken, suç şüphelisi olmayan kişilerden alınan her türlü verinin ayrı bir veri tabanında saklanması ve bunların bir suç şüphesi nedeniyle yürütülen araştırma, soruşturma veya kovuşturmalarda delil olarak kullanılmasının önüne geçilmesidir.

TASARI

MADDE 86- Aşağıdaki hükümler yürürlükten kaldırılmıştır:

1- 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 116 ncı maddesi,

2- 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun;

a) 6 ncı maddesinin beşinci fıkrası,

b) 13 üncü maddesi,

3- 4.12.2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 19 uncu maddesinin yedinci

fıkrası,

4- 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 19 uncu maddesi;

5- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun;

a) 141 inci maddesinin ikinci fıkrası,

b) 257 nci maddesinin üçüncü fıkrası,

6- 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun;

a) 251 inci maddesinin yedinci ve sekizinci fıkraları,

b) 252 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentleri,

7- 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 128

inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi.

8. 5.11.2008 tarihli 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi

DEĞERLENDİRME

Yürürlükten kaldırılan hükümler:

Madde 86:

Burada bazı yürürlükten kaldırılan düzenlemeler, ilgili değişikliklerle ilgili açıklamalar yapılırken belirtilmiştir. Bu nedenle yürürlükten kaldırılan hükümlerin tamamına değil, bunlar dışında kalanlara yer verilmektedir.

- TMK madde 6/son fıkra yürürlükten kaldırılıyor. Bu hüküm, 29.06.2006 tarihli ve 5532 sayılı yasayla getirilmişti. Yürürlükten kaldırılan hüküm şu şekildedir:

“Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hâkim kararı ile; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak onbeş günden bir aya kadar durdurulabilir. Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmi-dört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırksekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılır”.

- 5187 sayılı Basın Kanununun 19. maddesi yürürlükten kaldırılıyor. Madde metni şu şekildedir:

“Yargıyı etkileme

Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, ikimilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda onmilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmimilyar liradan az olamaz.

Görülmekte olan bir dava kesin kararla sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır.”

Böylece artık söz konusu fiiller bakımından TCK'nın yeni 277 ve 285 ve 288. Maddelerinin uygulanması yoluna gidilmesi amaçlanmaktadır.

- TCK'da “görevi kötüye kullanma” suçunu düzenleyen 257. maddenin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmaktadır:

“ İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.

- CMK'da Özel yetkinin düzenlendiği hükümler arasında yer alan “soruşturma” başlıklı 251. maddenin 7 ve 8. fıkraları yürürlükten kaldırılıyor. İlgili hükümler şu şekildedir:

“(7) 250 nci maddede belirtilen suçlar nedeniyle Cumhuriyet savcuları, soruşturmanın gerekli kılması halinde geçici olarak, bu mahkemelerin yargı çevresi içindeki genel ve özel bütçeli idarelere, kamu iktisadi teşebbüslerine, il özel idarelerine ve belediyelere ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanmak için istemde bulunabilirler.

(8) Türk Silahlı Kuvvetleri kıt'a, karargâh ve kurumlarından istemde bulunulması hâlinde istem, yetkili amirlikçe değerlendirilerek yerine getirilebilir”

Burada Özel Yetkili Cumhuriyet savcılarının soruşturma sırasında çeşitli kurumlardan istemde bulunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Bu değişiklik, “istemde bulunma” zorunluluğunu ve öngörüldüğü hallerde, örneğin TSK'nın yetkili amirliklerince değerlendirilmesi gibi, istemin değerlendirilerek reddolunabilmesi imkanını ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlanabilir.

Yani, hükmün yürürlükten kaldırılmasının, bu madde ile yetkilendirilen Cumhuriyet Savcılarının yetkisini genişleten bir düzenleme olarak görülmesi mümkündür

- CMK'da Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin yetkisinin düzenlendiği hükümler arasında yer alan “kovuşturma” başlıklı 252. maddenin (d) ve (e) bentleri yürürlükten kaldırılmaktadır. İlgili hükümler şu şekildedir:

“d) Bu davalarda esas hakkındaki iddiasını bildirmek için Cumhuriyet savcısına, katılan veya vekiline; iddialara karşı savunmasını yapmak için sanık veya müdafisine makul bir süre verilir. Bu süre, savunma hakkının sınırlanması anlamına geleceği durumlarda re’sen uzatılabilir.

(e) Mahkeme, duruşmanın düzen ve disiplinini bozan sözlü veya yazılı beyan ve davranışlar ile mahkemeye, mahkeme başkanı veya üyelerden herhangi birine, Cumhuriyet savcısına, müdafie, tutanak kâtibine yahut görevlilere tahkir veya hakaret oluşturan söz ve davranışlar hakkında yayım yasağı koyabilir.”

Yürürlükten kaldırılan (d) bendi, CMK'da bulunmayan bir hükümdür. Uygulamada özellikle ikinci cümle, savunmaya verilecek süreyi kısıtlamaya imkan verecek şekilde uygulandığından, bu hükmün kaldırılması yerindedir.

DEĞERLENDİRME VE ÖNERİ

CMK'da Özel yetkilerin düzenlendiği yukarıdaki maddelerde yapılan değişiklikler, savcıların yetkilerini genişletmeye imkân verebilecek nitelikte düzenlemelerdir.

Oysa, bunlarla ilgili yapılacak değişiklik, uyguladıkları usuller ile eleştirilerin odağı haline gelen bu mahkemelerin tamamen kaldırılması biçiminde olmalıdır.

Bunun yapılamaması halinde ise, en azından bu mahkemeleri, terör suçlarında, olağan usullerin dışına çıkmayı mümkün kılan yargılama makamları olmaktan çıkararak, yalnızca “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti

suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu ve haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar” bakımından yetkili kılarak iş bölümü kuralları çerçevesinde, CMK’da öngörülenin dışında ayrı bir ceza muhakemesi usulü kullanmayan uzman mahkemelere dönüştürmek yerinde olacaktır.

TASARI

DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİ

GEÇİCİ MADDE 1- Dava ve cezaların ertelenmesi

(1) 31 Aralık 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 olunduğu 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 olunduğu 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 Adlî 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 adlî 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

Dava ve cezaların ertelenmesi- Geçici Madde 1:

Tasarının bu maddesi ile belirli bir kanunda değişiklik yapılmamakta, yalnızca “*basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını*

gerektiren bir suçtan dolayı”, bazı koşulların varlığı halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kovuşturmanın ertelenmesi ve cezanın infazının ertelenmesine dair hükümler getirilmektedir.

Burada öncelikle “basın ve yayın yoluyla ve sair düşünce açıklama yöntemleriyle işlenmiş suçlar” ifadeleri üzerinde durmak gereklidir.

Bu şekilde kategorize etmekle, basın yayın yoluyla işlenmiş suçların, genel olarak “düşünce açıklama yöntemiyle işlenmiş suç” olarak kabul edilmesi gibi bir sonuca varılması mümkün olmaktadır.

Oysa, “düşünce açıklama yöntemiyle işlenen suçlar” şeklinde bir sınıflandırma bulunmadığı gibi, basın ve yayın yoluyla işlenen bütün suçların, bu niteliği taşıdığını ileri sürebilmek de mümkün değildir.

Bunun yanında, bir suçun “sair düşünce açıklama yöntemleriyle işlenmesi” ne demektir, bu ifade ayrıca açıklanmaya muhtaçtır.

Örneğin, “hakaret de bu kapsama girecek midir? Bu durumda, basın ve yayın yoluyla işlenen hakaret suçları bakımından da bu madde uygulanacak mıdır?” gibi sorular akla gelmektedir.

Birinci fıkranın devamında, yukarıda belirtilen nitelikteki suçlardan dolayı, sırasıyla;

- a) *“Soruşturma evresinde, Ceza Muhakemesi Kanununun 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,*
- b) *Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine*
- c) *Kesinleşmiş olan mahkumiyet hükümlerinin infazının ertelenmesine,*

karar verilir”, denilmektedir.

Bunlardan, (b) bendinde belirtilen “kovuşturmanın ertelenmesi” gibi bir kurum veya kavram, ceza muhakemesi hukukunda bulunmamaktadır.

İddianamenin kabulüyle kovuşturma başlayacağına göre, iddianame kabul edildikten sonra duruşmanın başlatılmaması ya da baş-

lamış olan duruşmanın sürdürülmemesi “durma”dır. Bu nedenle “davanın durmasına” şeklinde bir düzenlemenin getirilmesi yerinde olacaktır. Sonuçta kovuşturmanın ertelenmesi davanın durmasıdır.

Ayrıca, 2. fıkrada, “üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi halinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümlerle cezaya *mahkum olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya ertelenen kovuşturmaya devam olunur*” denilmektedir. Burada, ertelenen bir “soruşturma” söz konusu olmadığından, bu ifade metinden çıkarılmalıdır. Ertelenen soruşturma yerine kamu davası açılır denilmelidir. Aynı şekilde, ertelenen kovuşturma yerine de, durma kararı verilen kovuşturmaya kaldığı yerden devam olunur denilmelidir.

3. fıkrada, “*cezasının infazı ertelenen kişinin erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi halinde mahkumiyet bütün sonuçları ile ortadan kalkar*” denilmektedir.

Oysa, cezanın infazının ertelenmesini düzenleyen TCK madde 51/son fıkra, “denetim süresi yükümlülöklere uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır” biçimindedir. Tasarının bu maddesinde, burada sayılan erteleme kurumlarının uygulanabilmesi için CMK ve TCK’da belirtilen koşulların aranmayacağı ifade edilmişse de, bu durum biraz farklılık arz etmektedir. Çünkü burada ertelemenin **sonuçlarıyla** ilgili farklı bir düzenleme öngörülmektedir.

5237 sayılı TCK’da hapis cezasının infazının ertelenmesi bakımından, cezanın infaz edilmiş sayılacağına ilişkin bu düzenleme çok sayıda eleştirinin hedefi olmuştur. Tasarıda, yalnızca belirli suçlar bakımından bu düzenlemenin istisnasının getirilmesi, eşitlik ilkesine ve hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkarmaktadır.

Bu nedenle, bu konuda, TCK’daki genel kuraldan ayrılmamak daha yerinde olacaktır. Eğer ayrılacak olunursa bu durumda adli para cezasının da infazının ertelenmesine geri dönölmesi gerekecektir.

Beşinci fıkrada; “*Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olması halinde dahi, bu madde hükümleri uygulanır*” denilmektedir.

Birinci fıkrada “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” yer verilmemesi nedeniyle, yapılan değişikliğin bu kurumu da içermesi amacıyla beşinci fıkraya yer verilmiş olması mümkündür. Ancak, burada özel olarak düzenlenmediği için, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden, CMK madde 231’in uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Bu durumda, Geçici Madde 1’de öngörülen koşullar ile CMK madde 231’de, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair öngörülen koşullar birbiriyle örtüşmemektedir.

Bu nedenle, beşinci fıkrada yer alan “bu madde hükümleri uygulanır” ifadesi, karmaşaya yol açacak niteliktedir. Burada daha açık ve anlaşılır, özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Örneğin “... tarihine kadar suç işlenmediği takdirde, davanın düşmesi kararı verilir” biçiminde belirlemeler yapılması gereklidir.

GENEL DEĞERLENDİRME VE GEÇİCİ MADDE HAKKINDAKİ ELEŞTİRİ

Geçici 1. madde ile, ifade özgürlüğü kapsamına giren ve basın ve yayın yoluyla işlenmiş suçlar neticesinde açılmış olan soruşturma ve kovuşturmalar ya da bu suçlar nedeniyle verilen kesinleşmiş hapis cezalarının infazının ertelenmesi suretiyle, basın özgürlüğünün ihlalinin teşkil eden durumların ortadan kaldırılmasının amaçlandığı açıktır.

Oysa, bu sorunun çözümü, bu özgürlüğü sınırlandıran yasal düzenlemelerin ortadan kaldırılmasıdır. Geçici Madde 1 ile, adı üstünde, yalnızca “geçici” bir yama yapılmasından öteye gidilemeyecektir.

Üstelik, bu tür düzenlemeler daha önce de yapılmış ve bir takım sakıncalar doğurabildiği gözlemlenmişti. Bunlar arasında 28.08.1999

tarihli ve 4454 sayılı “**Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun**” özellikle hatırlanmalıdır (R.G. 03.09.1999. Sayı 23805).

Bu Kanunun kabul edilmesi ile, inceleme konusu olan Tasarının Geçici 1. maddesine benzer şekilde, üç yıl süreyle bir “erteleme” imkanı getirilmiş idi. Anayasa Mahkemesi bu Kanunun 1. maddesinin birinci fıkrasının “... basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup...” bölümünü Anayasa’ya aykırı bulmuş ve iptaline karar vermiştir (*E. 1999/39, K. 2000/23, Tarih :19.9.2000*). Böylece bu Kanundan ®herkes/yararlanmış ve daha sonra ®Rahşan Aff/olarak anılan 4616 sayılı kanun çıkarılmıştır.

Tasarının ilgili maddesi, aynı özellikleri taşıması ve halihazırda TCK ve CMK’da bulunan kurumların eşitlik ilkesine aykırı şekilde uygulanması sonucunu doğuracak nitelikte olması sebebiyle, benzer bir etki yaratmaya son derece açık bir düzenlemedir.

Bilgi Notu: Bu Değerlendirme Raporunda Tasarının;

Madde 52- 4301 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İşyurtları Kurumunun Kuruluş ve İdaresine İlişkin Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrası,

Madde 54- 5187 Sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 3,

Madde 70- 5237 sayılı Kanunun 255. maddesi,

Madde 79- 5271 sayılı Kanunun 308 inci maddesi,

Madde 80- 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanuna eklenen geçici madde,

Madde 81- 5326 sayılı Kabahatler Kanununa eklenen 43/B maddesi,

Madde 82- 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 8. maddesi

hakkındaki değişiklik önerileri ile ilgili değerlendirme yer almaktadır.)

ÜÇÜNCÜ YARGI PAKETİ NE GETİRDİ, NE GÖTÜRDÜ?

6352 SAYILI 2 TEMMUZ 2012 TARİHLİ YARGI HİZMETLERİNİN ETKİNLEŞTİRİLMESİ AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI ve BASIN YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN DAVA ve CEZALARIN ERTELENMESİ HAKKINDA KANUN'UN CEZA MUHALEMESİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat*

Özet

Kanun tekniği açısından baktığımızda, parlamento son 10 yıldır kanun yapma tekniğini değiştirmiş, günlük lisanda kullanıldığı gibi, “torba kanunlar” yapılmaya başlanmıştır. Bir yasama tasarrufu yapılmakta ve bunun içinde farklı kanunlarda da değişiklikler meydana getirilmektedir. Böyle bir yasama usulü çok hatalı olmakta ve bu yöntem ile birçok önemli maddenin kamuoyunun dikkatinden kaçırılması sağlanabilmektedir.

6352 sayılı Kanun, büyük bir heyecanla kamuoyuna bildirilmiş ve burada etkin hükümlerin yer aldığı ileri sürülmüştür. Türk kamuoyunda hukuk devletinde bulunmaması gereken olağanüstü mahkeme niteliğini taşıyan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin kaldırılması için çalışmalar yapıldığı söylentileri yayılmıştır. Tasarı, Meclis Genel Kurulu'ndan büyük bir süratle geçirilip kanunlaştırıldığı zaman, bu söylentilerin gerçek olmadığı anlaşılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 6352 sayılı Kanunla kaldırılan 250 ve 252'inci maddeleriyle, Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesi karşılaştırıldığında bir değişiklik yapılmadığını, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin terör mahkemesi haline dönüştürüldüğü anlaşılmaktadır. Yapılan işlem yalnızca bir isim değişikliğidir.

Sonuç olarak “Üçüncü yargı paketi ne getirdi, ne götürdü” sözünü, “mevcut hukuksuzluğu götürdü, yerine yeni hukuksuzluklar getirdi” şeklinde yenileyerek tekrarlayabiliriz. Bu şekilde çizilen tablo, “demokratik hukuk devleti” anlayışına uygun düşmemektedir. Umudumuz 4, 5, 6, 7'inci yargı paketlerine kalmış olmaktadır.

Abstract

During the past decade, a significant change in the law making policy of Turkish Parleмент may have been well observed. A series of “omnibus bills” have been enacted as a result of this policy change. An omnibus bill is a single document which packages together several modifications in various laws. This is a very improper method since many important modifications contained in the package may fall off the public’s radar.

It was claimed by the Turkish government that Law No. 6352 contained substantial changes. It was retailed that the Courts given special powers which are incompatible with the principle of rule of law, since they actually have the characteristics of extraordinary courts were to be abolished through this Omnibus Bill. However these rumors were turned out to be unreal when the draft Bill was approved rapidly by the General Assembly of Turkish Parliament and passed into a Bill.

A careful analysis of the omnibus Bill shows that the abolition of articles 250-252 of Turkish Criminal Procedural Code did not result in the abolition of these extraordinary courts but they were only turned into terror courts with the same special powers. In other words they still remain only with a different name.

Therefore the proper response to the question “What did Third Omnibus Bill bring?” should be as follows: “It replaced the existing unlawful mechanisms with the new ones”. Regrettably, this picture does not fit in the principle of “democratic state of law”. We shall lay our hopes on the fourth, fifth, sixth and seventh omnibus bills.

3. YARGI PAKETİ NE GETİRDİ, NE GÖTÜRDÜ?

Kanun yapma usulü açısından, söz konusu 6352 sayılı Kanun'un vasıfları:

Türk kamuoyunda 3. Yargı Paketi olarak adlandırılan 6352 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Davaya ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun” 2 Temmuz 2012 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun'un Türk Ceza Hukuku'nda neleri getirdiğinin, neleri götürdüğünün üzerinde durulması bize göre önem göstermektedir.

Kanun tekniği açısından baktığımızda, Parlamento son 10 yıldır kanun yapma tekniğini değiştirmiş. Günlük lisanda kullanıldığı gibi, torba kanunlar yapılmaya başlanmıştır. Bir yasama tasarrufu yapmakta ve bunun içine değişik kanunlarda da değişiklikler meydana getirilmektedir. Deniz Ticaret Hukuku'ndaki navlun mukavelelerinden olan “40 Ambar” mukavelesine benzer bir şekilde kanun yapılmakta ve normlar değiştirilmektedir. Böyle bir yasama usulünün çok hatalı olduğunu önceden belirtmekte yarar vardır.

Bu yöntem ile birçok önemli maddenin kamuoyunun dikkatinden kaçırılması sağlanabilmiştir. Hafızalarınızı yoklarsanız, tam gün düzenlemesi Adalet Bakanlığı'na ait hakim ve savcıların kadrolarını düzenleyen bir kanunda yer alan bir madde ile gerçekleştirilmiştir. Globalleşmiş olan yasama, bazen hızını alamayıp, kanun hükmünde kararnemelerinde maddelerinde değişiklik yapabilmektedir. Söz gelimi 26.09.2011 tarihli ve 660 Sayılı Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 30'unu maddesinin 1. Fıkrası değiştirilmiştir. 6352 sayılı Kanun'un 71'inci maddesi ile Kanun Hükmündeki kararnamenin 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının da değiştirildiğini görüyoruz. Bu konuda örnekleri çoğaltmak da mümkündür. Hepinizin malumlarıdır ki, Anayasa'nın 91'inci maddesinde öngörülen kanun hükmünde kararname yapmak yetkisi Meclis'in çikartacağı Çerçeve Kanunu sınırları dahilinde, belli bir

süre içinde yürütme organı tarafından yapılan düzenlemelerdir ve derhal Meclis'in incelemesi için komisyonlara sevk edilmesi zorunludur. Kanun Hükmünde kararnameler Meclis tarafından görevli komisyonlarda incelendikten sonra Genel Kurul tarafından kabul edilmesi ile kanun haline dönüşür. Henüz kanun haline gelmemiş kanun hükmünde kararnamenin bir tek maddesinin kanunla düzenlenmesi, kanun yapma yöntemine ve karşılaştırmalı hukuka ters düşen bir yöntemdir.

6352 sayılı Kanun'un getirmek istedikleri:

6352 sayılı Kanun, büyük bir heyecanla kamuoyuna bildirilmiş ve burada etkin hükümlerin yer aldığı ileri sürülmüştür. Türk kamuoyundaki tartışmalarda Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin kanun taslağında olmamakla birlikte, Başbakan'ın talebi üzerine ele alınacağı da basında yer alan haberleri oluşturmuştur. Söz konusu Kanun tasarısının Meclis Genel Kurulu'na sunulmasından önce, komisyonlarda kapalı kapılar arkasında tartışılmış, hukuk devletinde bulunmaması gereken olağanüstü mahkeme niteliğini taşıyan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin kaldırılması için çalışmalar yapıldığı söylentileri yayılmıştır. Tasarı Meclis Genel Kurulu'ndan büyük bir süratle geçirilip kanunlaştırıldığı zaman, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin kaldırılacağına dair söylentilerin gerçekleşmediği anlaşılmıştır.

3. Yargı Paketi olarak adlandırılan söz konusu Kanun, yürürlükte bulunan 22 adet Kanun'da değişiklik yapmıştır. Bu değişikliklerin önemli olan bölümü 09.06.1932 tarihli ve 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu, 06.01.1982 tarih ve 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5187 Sayılı Basın Kanunu, 12.04.1991 tarihli ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 29.09.2004 tarihli ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 30.03.2005 tarihli ve 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu, 04.12.2004 tarihli ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gerçekleştirilmiştir.

Gariptir ki, Ceza Muhakemesi Kanunu, Türk Ceza Kanunu 2004 yılında yapılmış ve 2005 yılı Haziran ayında yürürlüğe girmiş bulu-

nan düzenlemelerdir. Buna rağmen, Türk Ceza Kanunu kanunlaştıktan sonra fakat yürürlüğe girmeden önce, Kanun'u yapan aynı Meclis tarafından değişikliğe uğramıştır ve bugüne kadar Türk Ceza Kanunu'nun çeşitli maddelerinde değişikliklere yer verilmiştir. Bu da bu ana Kanun'un yapılmasındaki yanlışı Türkiye Hukuku'nda yenilik yerine karmaşa getirildiğini, Kanun'un otoriter bir niteliğe sahip olduğunu gösterdiğinde kuşku yoktur. Türk Ceza Kanunu'nun kabul edildiği 2004 yılından 2012 yılına kadar 88 maddesinin değiştirildiğini burada belirtmek isterim. Hatırlayalım ki, Kanun'un tümü 345 maddeden ibarettir. Yürütme ve yürürlük maddelerinin de göz önüne almazsak, 343 maddeden oluşmaktadır. 343 maddenin 88 maddesi bugün için değiştirilmiştir.

Keza Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bugüne kadar 55 maddesi değişikliğe uğramış, yapılan değişiklik toplamının 65 olduğu bilinmektedir. Anılan Kanun'daki toplam madde ise 335'dir. Terörle Mücadele Kanunu ise 1992 yılından bugüne kadar 29 maddesi değiştirilmiş, yapılan değişiklik toplamda 48 olarak tespit edilebilmektedir. Anılan Kanun 39 maddeden oluşmaktadır. Burada şu saptamayı yapmamız gerekir ki, önemli değişiklikler 2004 yılından günümüze kadar gerçekleştirilmiştir ve bu süre içerisinde Kanun maddeleri 40 defa değiştirilmiştir.

Bu manzara bize 2004 yılında yapılan Ceza Hukuku'nun Temel Kanunları'ndaki yeniliklerin yanlış olduğunu, uygulamada el yordamıyla sonuçlara varılmak istendiğini, çaresiz kalınca da "yap kanun, boz kanun" şeklinde bir yöneme başvurulduğunu göstermektedir.

6352 sayılı Kanun ile yapılan CMK'daki değişiklikler:

6352 sayılı Kanun ile yapılan Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki değişikliklere eğilmek gerekir. Bu değişiklikleri bilişim teknolojisinin Ceza Muhakemesi Hukuku'nda uygulanması, tutuklamayı düzenleyen maddelerin yeniden ele alınması ve 250 - 252'nci maddelerin kaldırılmasıyla ilgili olarak üç ana başlıkta toplayabiliriz. Gerçi değişiklikler Kanun'daki bu maddelerle de kalmamakta, geçici maddeler ile temel kanunlarda derinlemesine değişiklikler getirilmektedir.

Tutuklama ile ilgili değişiklikler:

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tutuklama Nedenleri ve Tutuklama Kararları" başlığı altında düzenlenmiş olan 100, 101'inci maddeleri ile "Adli Kontrol Kurumu"nu düzenleyen 109'uncu madde önemli değişikliklere uğramıştır. Burada yapılan değişiklik ile 100. maddeyi oluşturan "Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez." ibaresindeki bir yıllık süre iki yıla çıkarılmıştır. Bu düzenlemede, son zamanlarda kapasitelerin üstünde tutuklu ve hükümlüyü barındırmakta olan cezaevlerinin kırmızı alarm veriyor olması da büyük etken olmuştur. Nitekim 130 bini aşkın cezaevleri nüfusunun 60 binini tutuklular oluşturmaktadır. Neredeyse %50 gibi bir orana sahip olan tutuklu sayısı, tutukluluk kurumunun bir tedbirden ziyade keyfi bir uygulamaya dönüştüğünün göstergesi olarak ortadadır. Bu değişiklik ile tutuklu sayısının azaltılması amaçlanmıştır. Nitekim söz konusu Kanun'un gerekçesinde bu değişikliğin, tutuklu sayısının azaltılması amacını taşıdığına özellikle işaret edilmektedir.

Kanun'un hazırlık çalışmaları sırasında, Adalet Bakanlığı tarafından CMK 101'inci maddede yapılan değişiklikler ile tutuklamanın sınırlandırılacağı ve tutuklama ile ilgili hakimlerin ve mahkemelerin kararlarının gerekçeli olacağı altı çizilerek ifade edilmiştir. 6352 sayılı Kanun yapılmıştır ve CMK madde 101'de yapılan değişiklikler ile tutuklamaya ve tutuklamanın devamına veya tahliye talebinin reddine ilişkin kararların **kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını, tutuklama nedenlerinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilmesi** gerekliliği öngörülmüştür. Kararların gerekçeli olmasının yeni bir düzenlememiş gibi kamuoyuna sunulması, biz hukukçuların hafife alınması anlamına geldiğini kabul etmekteyim. Hepimiz biliyoruz ki, Anayasa'nın 141'inci maddesinin başlığı "duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" ifadesini taşımaktadır ve 3'üncü fıkrasında da **bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır** hükmü yer almaktadır. Keza Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34'üncü maddesinin başlığı **kararların gerekçeli olmasıdır**. Anılan

maddenin 1'inci fıkrasında, **hakim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil gerekçeli olarak yazılır** hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin 2'inci fıkrasında da **kararlarda başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir** hükmü de yer almaktadır.

Bu normlar göz önüne alındığında, böyle bir değişikliğe gerek olmadığını, hakimlerin bu konuda eğitilmesinin ve eski alışkanlıklarından kurtarılmalarının gerektiğini düşünmekteyiz. Tabii ki burada objektif olarak Kanun'un 100'üncü maddesindeki düzenlemenin yanlış olduğunu, uygulamada tutuklama kararı verme durumunda kalan hakimleri yanılttıkları bir gerçektir. Şöyle ki, 100'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında, liste halinde sayılan suçların varlığı halinde, tutuklama nedeni varsayılabılır hükmü getirilmektedir. Bu hüküm karşısında ender hakim önüne konulan dosyada iddia olarak listede yer alan bu suçları gördüğü vakit, tutuklama kararı vermezlik edemez ve etmemektedir. Oysa, hükümde yer alan "sayılabılır" sözcüğü tutuklamanın ihtiyari olduğunu belirtmek için kullanılmıştır. Ancak uygulamada ihtiyarilik sadece Kanun'da yer alan ibarede kalmaktadır. Bu konuda yazılan kitaplara baktığımızda, bazı müelliflerin bu hükmün konulmasıyla tutukluluk halinin sınırlandırıldığını söylemeleri, uygulamaya ve bizim düşüncelerimize ters düşmektedir.

Hatırlanacağı gibi 1412 sayılı CMUK'nun 104'üncü maddesinde benzer bir hüküm yer almaktaydı. Bu hüküm, Kanun'un uygulanması sırasında oldukça eleştirilmiş, anti demokratik niteliği, gerek uygulamada gerek doktrinde ileri sürülmüştür. Günümüzde de, aynı nitelikteki bir düzenleme, CMK'nun 100'üncü maddesinde daha ağır bir hüküm olarak karşımıza gelmiştir. CMK'nun 100'üncü maddesinin kanun tasarısındaki şekli, bu yönde değildir. Bu hüküm Adalet Komisyonu tarafından herhangi bir gerekçe göstermeksizin Kanun'a ilave edilmiştir. Adalet Komisyonu'nun eklediği bu hüküm ile adeta bir "suçluluk karinesi" ortaya atılmış ve bu karineye dayanarak kişi özgürlüğünün kısıtlanması sağlanmıştır. Özellikle 100'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında yer alan listede bulunan suç-

lardan dolayı tutuklanan ve yargılanan, daha sonra beraat eden kişilerin durumları adil olmayıp, dürüst yargılanma ilkelerine de ters düşmektedir. Ceza Hukuku'nun geleneksel ilkesi “masumiyet karinesi”nin tamamen zıttını oluşturmaktadır.

Uygulamaya baktığımızda, mahkemeler tarafından verilen kararlarda, CMK 34'üncü maddesine uygun olarak, başvurulabilecek kanun yolunun süresinin, merciinin açık olarak yer aldığı tespit edilebilmektedir. Burada tespit edilemeyen sadece tutuklama gerekçeleridir. Kanundaki bu değişiklik, uygulamada hakim ve mahkemeleleri ters yönde etkilemiştir. Bu kanundan sonra tutuklamayla ilgili olarak verilen kararlarda, iddianamede veya polis fezlekesinde yer alan iddialar tekrarlanmakta, bunların kuvvetli suç şüphesini uyardırdıkları gerekçe olarak sıralanmaktadır. Gerçekte gerekçe olarak arandığı husus, kuvvetli suç şüphesi olmayıp, tutuklama nedenlerini gösteren maddi olayların bulunup bulunmadığıdır. Nitekim, 100'üncü maddenin 2'inci fıkrasında açıkça

- (a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olaylar varsa,
- (b) Şüpheli veya sanığın davranışları delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,
- (c) Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe varsa

tutuklama nedeni var sayılır.

Bu düzenleme o kadar açıktır ki, burada mahkemelerin ve hakimlerin tutuklama kararı verirken yapacağı araştırma, tutuklama nedenlerini gösteren maddi olayların ya da bu konuda kuvvetli şüphelerin bulunup bulunmadığının araştırılmasıdır. Hakim veya mahkeme bu konularda gerekçe göstermek zorundadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tutuklamayı haklı kılan “makul şüphe”yi içtihatlarında tanımlamıştır. Buna göre, tutuklama işleminin dayanması gereken şüphe “makul olma derecesi” sözleşmenin 5'inci madde 1'inci fıkra (c) bendi hükümlerinde ifade edilen keyfi

yakalama ve alıkoyma uygulamalarına karşı sağlanana güvencenin en önemli unsurudur. “Makul şüphesiz” kurumu ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün bulunduğu hususunda tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye yetecek ölçüde yeterli bulgu ve bilgilerin bulunduğunu varsayar. (Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, 30 Ağustos 1990, Seri A, No 182, Syf. 16, §32; Berktaş/Türkiye, 1 Mart 2001, Başvuru no. 22493/93, §199).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve bunun uygulamasını gösteren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği birçok kararda, tutuklama kararlarının gerekçeli olması gerektiği belirtilmiştir. Buna paralel olarak da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101/1'inci maddesinde tutuklu kararının hukuki ve fiili nedenleri ile gerekçelerinin gösterilmesi öngörülmüştür. Aynı maddede “adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere de yer verilmesinin” zorunlu olduğuna dair bir hüküm bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda, tutuklama kararını veren hakim ve mahkeme kararlarında, gerekçenin varlığı konusunda hassasiyetle durduğu tespit edilebilmektedir.

Daha genel olarak, Anayasa'nın 141'inci maddesinde, “bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” hükmü bulunmaktadır.

AİHM birçok kararında “kaçma tehlikesi” sadece tutukluya atfedilen suçlamanın ağırlığı nedeniyle var olduğunun söylenemeyeceğini, suçlunun serbest bırakıldığında kaçma ihtimali olduğunu ispatlayacak başka olayların olup olmadığının ilgili mercii tarafından değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. (bkz. Selçuk/Türkiye başvuru no 21768/02, 10 Ocak 2006 tarihli karar, Muller/Fransa, 17 Mart 1997 tarihli karar, Raporlar 1997 II, §43; Letellier/Fransa, 26 Haziran 1991 tarihli karar, A Serisi no. 207, §43).

Yine bu mahkeme içtihatlarına göre, yargılama sonucunda ağır bir ceza beklentisi ve bu yöndeki delillerin ispat kuvveti, durumla ilgili olsa da kesin olamayacağı ihtimali karşısında, “doğabilecek kaçma riskini ortadan kaldırmak için güvence gösterilmesi talep edilebilir” (bkz. Baginski/Polonya, no. 37444/97, 11 Ekim 2005) denmektedir.

Yine AİHM'nin Türkiye'yi tazminata mahkûm ettiği Yağcı ve Sargın/Türkiye davasında verdiği kararda aynen, "Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin tutukluluk halinin devamına ilişkin kararları matbu olmamakla birlikte, bu kararlarda neden bir kaçma tehlikesinin bulunduğu hiçbir şekilde açıklamayan hemen hemen aynı ifadeler kullanılmıştır." "Delillerin durumu" kavramı, suçluluğun varlığına dair ciddi belirtilerin var olduğu ve sürdüğü şeklinde anlaşılabilir. Genel olarak bu tür belirtilerin varlığı ilgili bir faktör olmasına rağmen, bu davada şikayet konusu tutukluluğun devamını kendiliğinden haklı kılmak için yeterli değildir" (İnsan Hakları Kararları Derlemesi, Cilt 2, İstanbul 1998, Sayfa 139-157, Özellikle Sayfa 150) denilmektedir.

Türk uygulamasında kararların gerekçelendirilmesi yanlış yapılmaktadır. Genelde uygulamaya hakim olan hava, kararların gerekçelendirilmesi ihsası rey anlamına gelir. Bir başka ifadeyle, hakim dava ile ilişkili görüşünü ortaya koyar. Oysaki, kuvvetli suç şüphesini ortaya koyan delillerin kararda gerekçe olarak gösterilmesi ihsası rey olmayıp, objektif bir esasa dayandırılarak tutukluluğun temelini herkes tarafından anlaşılması anlamını taşır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tutuklama ve tutukluluğun devamını sadece, masumiyet karinesine rağmen, kişi özgürlüğüne saygının ötesinde bir kamu yararı olduğuna dair samimi belirtilerin varlığı halinde meşru saymaktadır. Zorunlu bir tutukluluk kurumu Sözleşmenin 5/3 maddesinin açık ihlalini teşkil eder.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, "İlgili kanun uyarınca, tutukluluğun devamına dair verilen kararlarda, masumiyet karinesine saygı gösterilmesi gerektiği, aksi hallerde kişinin özgürlüğünü kısıtlamayı gerektirecek somut verilerin varlığı, ikna edici bir şekilde belirtilmelidir". (Ilijkov v Bulgaristan, 26.07.2001, 33977/96)demektedir.

CMK 109 - Adli Kontrol:

Bugün karşılaştırmalı ceza hukukunda esas olan, tutuklamanın insanileştirilmesidir. Tutukluluk haline en son başvurulması gerektiği, yargılamanın mümkün olduğu oranda tutuksuz yapılması düşüncesi ön plana çıkmıştır. Tutuklama kurumunun teoride insanileştirilmesinin istenmesi alternatif olarak adli kontrol müessesesini doğurmuştur. Bunun sonucu olarak da 6352 sayılı Kanun CMK'nun 109'uncu maddesinde adli kontrolü düzenleyen hükümde de değişiklik yapmıştır. Bu değişikliğin gerekçesinde, “Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100'üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphenin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.”

Buradaki en önemli değişiklik CMK 109'uncu maddesinin eski halindeki 3 yıl ve daha az süreli hapis cezaları olarak gösterilen sınır kaldırılmış, ancak “karar verilebilir” ibaresiyle hakimın takdir yetkisinin hala en önemli unsur olduğu görülmektedir. Yani adli kontrolle hükmetmek yine hakimın keyfine bağlı olarak kalmıştır.

Adli kontrolün önemi teoride bir anda artmışken bu kavramın amacı ve gerekçesinin de incelenmesi gerekir. 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesinde;

“Kurum ilgiliyi özgürlüğünden yoksun kılmamakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirleri tabi kılmaktadır; böylece kişinin kaçması riski azaltılırken hürriyetten tümü ile yoksun kılmanın zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu yeni kurumun hem özgürlükçü ve hem de kamu düzenini koruyucu nitelikte bulunduğu söylenebilir. Bu kurumdan sonra tutukluluk uygulaması istisnai hale gelmektedir. Kurum şüpheliyi hürriyetten yoksun hale getirmemekle birlikte, aynı sonuçların elde edilebileceği hallerde adli kontrole hükmetmek gerekecektir.”

denmektedir. Burada en çok vurgulanması gereken nokta kişilerin özgürlüğünün tümüyle kısıtlanmasının önüne geçilmek istenmesidir. Şüphelinin kaçmayacağı belliyse ve kovuşturma aşamasına katılacağı öngörülür durumdaysa, hürriyetinin tamamen kaybolma-

sı yerine, belirli koşullar ile kısıtlanarak gözetim altında tutulup yargılama işlemlerinin devamının sağlanmasıdır.

Adli kontrol bahsedildiği gibi şüphelinin belirli yükümlülükler altına alınarak özgürlüğünün kısmen kısıtlanarak tutuksuz yargılama yoluna gidilmesi olarak görülmelidir. Şüphelinin tabi tutulabileceği yükümlülükler CMK madde 109/3'te gösterilmiştir;

- Yurt dışına çıkamamak,
- Hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak,
- Hakimin belirttiği merci veya kişilerin ağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak,
- Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek,
- Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak ve bunları kabul etmek,
- Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hakimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak,
- Silah bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silahları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek,
- Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlamak,
- Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkum edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek,

- Konutunu terk etmemek,
- Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek,
- Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek,

Yükümlülüklerden anlaşılacağı üzere şüpheli, belirli bir kontrol mekanizması altına alınıp gözetim altında tutularak özgürlüklerinin kısmen kısıtlanması mevcuttur. Yıllarca cezaevlerinde tutuklu bulunup hak ve hürriyetlerinden neredeyse tamamen yoksun bırakılan tutukluların, bu koşullar altında tutuksuz şekilde yargılanması insan hakları bakımında çok daha geçerli bir yol teşkil edecektir. Aynı zamanda uzun süreli tutukluluk halleri sonrası çıkacak muhtemel be- raat kararıyla oluşacak hukuksuzlukların da nispeten önüne geçilmiş olacaktır.

Bu değişikliklerden anlaşılacağı üzere koruma tedbirlerinden adli kontrol kavramının, tutuklama kavramının önüne geçmesi amaçlanmaktadır. Ancak teorideki bu düşüncenin uygulamada henüz yerini bulduğunu söyleyemeyiz. Uygulamada halen evrensel ceza hukuku ilkelerine aykırı şekilde uzun tutukluluk hallerinin devam etmekte olduğu görülmekte, adli kontrolün uygulanmasının, bu aykırılığı sürdürmekte olan hakimlerin takdir ve keyfi yetkisine bırakıldığı anlaşılmaktadır. Yapılan kanun değişiklikleri ile milli iradenin, özgürlükleri daha az kısıtlayıcı ve tutuksuz yargılanmanın daha ön planda olduğu bir muhakeme hukuku talebinde olduğu belli olsa da, bu sistemin oturmasının yine hakimlerin elinde olduğu da aşikardır. Adli kontrolün kanundaki amaç ve gerekçesine uygun olarak tutuklama kurumunu istisnai bir hale dönüştüren bir kavram olarak hukukumuzda yer almasının en kısa sürede gerçekleştirilmesi zorunludur.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesi ve Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin tasfiyesi:

Bizim açımızdan 6352 sayılı Kanun ile getirilen en büyük değişiklik Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinde yapılan değişikliktir.

Hatırlanacağı üzere, Türk kamuoyunda ve komisyonlarda kapalı kapılar arkasında Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin kaldırılması meselesi tartışılmıştır. Hatta Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin Başbakanı ATV televizyon kanalında katıldığı bir programda “Demek ki bu madde haddinden fazla bir yetki alanı doğruyor ve adeta devlet içinde devletiz havasını bu işe sokuyor. Ve ben Devlet içinde ayrı bir gücüm, ve ben Devlet'im Cumhurbaşkanı'na varıncaya kadar hepsini istediğim anda buraya çağırırım. Mesele buradaki nasıl yorumluyorsun, nasıl anlıyorsun?” “Çağırırım, oldu” sözcükleriyle, bu mahkemelerin amacının dışına çıktığını, hukuk dışılığı ve keyfilige prim verdiğini tespit edebilmiştir. Tabiidir ki burada daha sonra bir kanunla düzeltilen MİT Müsteşarı'nın özel yetkili savcılık tarafından ifadeye çağırılması olayıdır.

MİT Müsteşarı'nın ifadeye çağırılması, yaşanan sürecin aslında kırılma noktasıdır.

Bu tespitten sonra üçüncü yargı paketi olarak anılan tasarıda CMK'nun 250'nci maddenin kaldırılacağı istenmiş ve kamuoyu ile bu istem paylaşılmıştır.

Acaba 250'nci madde ile kurulmuş bulunan olağanüstü mahkeme niteliğine sahip Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri kaldırılmış mıdır?

Bu soruya verilecek cevap kocaman bir Hayır'dır. Geçici 2'nci maddenin 4'üncü maddesine konulan bir fıkra ile CMK 250'nci maddeyle görevli mahkemelerin yetkilerinin korunması sağlanmıştır. Dolayısıyla 250 ve devamı maddeler ile Özel Mahkemelerin görevleri halen devam etmektedir. Bu, bize göre kamuoyunu aldatmaca, bir şark kurnazlığıdır.

6352 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, aynen şu ifadeler yer verilmektedir: “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250'nci maddesi uyarınca kurulan mahkemelerin görev alanına giren suçlar bakımından uygulanan özel soruşturma ve kovuşturma usullerinden bazıları kaldırılmış” olduğu ifade edilmiştir. Gerçekte ise bu yapıma-

mıştır. Bu mahkemelerin görevleri ve yetkileri devam etmektedir. Gereğede de itiraf edildiği gibi, bu mahkemeler özel mahkemelerdir; özel soruşturma ve kovuşturma usullerine sahiptirler.

Oysa, 6352 sayılı Kanun'un 105'inci maddesinin 6'ncı fıkrası ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250, 251 ve 252'nci maddelerinin yürürlükten kaldırıldığı açıkça belirtilmiştir. Hal böyle olmakla birlikte, yukarıda belirttiğimiz gibi bu mahkemelerin görev ve yetkileri geçici madde uyarınca devam etmekte, aynı zamanda bunların görev ve yetkileri de Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinde yapılan değişiklikle terör mahkemelerinin kurulması gerçekleştirilmiştir. Sonuçta, işbu olağanüstü mahkemeler muhafaza edilmiş, yalnızca adı değiştirilmiştir.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinde yapılan değişiklikler:

6352 sayılı Kanun'un 75'inci maddesinde Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin değiştirildiği belirtilerek, değişiklik sunulmaktadır. CMK mülga 250, 251 ve 252'nci madde ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesini karşılaştırdığımızda, ibret verici bir manzara karşımıza çıkar. Buna göre, Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu "**Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi, soruşturma ve kovuşturma usulü**" başlığını taşımaktadır.

Önemli olması nedeniyle bu madde cümle cümle değerlendirildiğinde;

TMK - Madde 10/1:

Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

- *Fıkranın ilk cümlesi CMK 250/1. maddenin 2. paragrafının aynıdır. “Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez” ibaresi ise 250. maddenin 2. fıkrasının son cümlesidir.*
- *250. maddenin 2. fıkrasında bulunan ve değişiklikte alınmayan kısım ise şöyledir: “Gelen iş durumu göz önünde bulundurularak birinci fıkrada belirtilen suçlara bakmakla görevli olmak üzere, aynı yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi kurulmasına, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir. Bu hâlde, mahkemeler numaralandırılır.”*

TMK - Madde 10:

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.

- *Bu hükme karşılık gelen CMK 250/3 hükmü şu şekildedir; “Birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay’ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim hâli dahil askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır/*

Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak;

TMK - Madde 10:

a) Soruşturma, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu Cumhuriyet savcılarını Cumhuriyet başsavcılığınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

- *Söz konusu fıkra CMK 251, maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemenin temel olarak aynıdır.*

TMK - Madde 10:

b) Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır,

→ *Kapsama alınan TCK maddeleri karşılaştırıldığında görülmektedir ki;*

CMK 250/3 hükmü, CMK 250/1 hükmüne atıfla, birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenlerin sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu kanunla görevlendirilen ağır ceza mahkemelerinde yargılanacaklarını belirtmiştir. Ayrıca CMK 251/1 hükmünde de “bu suçlar görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır” ifadesi yer almaktadır.

Ancak değişiklik ile, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile **Cumhuriyet Savcısının doğrudan soruşturma yapacağı suçların sayısı azaltılmıştır.**

Değişiklik sonrası bu hüküm yalnızca şu suçlar bakımından uygulama alanı bulabilecektir: TCK md. 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316. Madde eskisinden farklı olarak şu TCK hükümlerini kapsamına almamaktadır: 303, 304, 306, 307, 308, 310, 317, 320, 321, 322, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339. Ayrıca CMK 250. maddede kapsamına giren bütün suçlar bakımından (250/1 -a, b ve c bentleri) soruşturmanın doğrudan yapılacağını düzenlenmiş olmasına rağmen, değişiklik sonrasında kapsama giren suçlardan yalnızca TCK'nın sayılan belli maddeleri bakımından böyle bir koşul kabul edilmiştir. Oysa dikkat edilmelidir ki, ilerleyen fıkralarda terör mahkemelerinin görev alanı belirlenirken 250. maddenin ilk fıkrasında yer alan düzenleme tekrar edilmiş ve 250. maddenin kapsamına giren bütün suçlar burada da görev kapsamına alınmıştır.

Yeni düzenleme uyarınca doğrudan soruşturma yapılabilecek suçlar incelendiğinde bu suçların çoğunlukla “hükümete karşı suçlar”dan oluştuğu görülmektedir.

→ *Yeni düzenlemede yer alan “1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet istihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26’ncı maddesi hükmü saklıdır.” ibaresi ise CMK 250/3. maddede şu şekilde yer almakta idi; “Anayasa Mahkemesi ve Yargı tay m yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim hâli dahil askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.”*

TMK - Madde 10:

c) Yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmak üzere yeteri kadar hâkim görevlendirilir.

→ *Bu hüküm CMK 250 vd.’da yer almamaktadır. Ancak 250/2’de “Gelen iş durumu göz önünde bulundurularak birinci fıkrada belirtilen suçlara bakmakla görevli olmak üzere, aynı yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi kurulmasına, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir” denilmektedir.*

TMK - Madde 10:

ç) Ceza Muhakemesi Kanununun 91 inci maddesinin birinci fıkrasındaki yirmidört saat olan gözaltı süresi kırksekiz saat olarak uygulanır.

→ *Bu ifade 251/5 hükmünün ilk cümlesi ile paraleldir.*

Ancak 251/5 hükmünde yer alan “Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hâl ilân edilen bölgelerde yakalanan kişiler hakkında 91 inci maddenin üçüncü fıkrasında dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim

kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir. Hâkim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler” ifadesine burada yer verilmemiştir.

TMK - Madde 10:

d) Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.

→ CMK 250'nin yürürlükte bulunduğu dönemde bu konudaki sınırlama TMK 10'da, TMK kapsamına giren suçlarla ilgili olarak yapılan soruşturma ve kovuşturmalar bakımından düzenlenmekteydi. TMK 10/a hükmüne göre; *“soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınma bilgi verilir”*. Ancak bu hüküm yalnızca TMK kapsamına giren suçlarla ilgili olarak uygulama alanı bulabilmekte, 250. madde kapsamına giren diğer suçlar bakımından CMK'nın genel hükümleri uygulanmaktaydı.

Yeni düzenlemenin 4. fıkrasında ise bu bendin kapsamı daraltılmış ve eski CMK 250. maddeye giren suçlar bu maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu şekli ile **CMK 250'nin yürürlükte bulunduğu dönem ile yeni düzenleme arasında bir fark bulunmamaktadır.**

TMK - Madde 10:

e) Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi; ifade alınamaması;

→ Müdafii ile görüşme hakkını sınırlandıran özel bir düzenleme 250 vd maddelerinde bulunmamakta, bu konuda CMK'da yer alan genel hükümler uygulanmaktaydı. Konuya ilişkin özel bir sınırlandırma maddesine TMK 10/b düzenlemesinde rastlanmaktaydı. Bu düzenleme şu şekildeydi: *“şüpheli gö-*

zaltı süresince yalnız bir müdafinin hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim kararıyla 24 saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade almamaz.”

Yeni düzenlemenin 4. fıkrasında ise bu bendin kapsamı daraltılmış ve eski CMK 250. maddeye giren suçlar bu maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu şekli ile **CMK 250'nin yürürlükte bulunduğu dönem ile yeni düzenleme arasında bir fark bulunmamaktadır.**

TMK - Madde 10:

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

→ Bu hüküm CMK 250 vd. maddelerinde yer almamakla birlikte, bu hükme benzer bir hükmü TMK md. 10/ç'de yer almaktadır. Buna göre; *“kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır”.*

Yeni düzenlemenin 4. ise bu bendin kapsama alanı daraltılmış ve eski CMK 250. maddeye giren suçlar bu maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu şekli ile **CMK 250'nin yürürlükte bulunduğu dönem ile hemen hemen aynı olup, kolluk görevlilerinin kimliklerinin gizlenmesine ilişkin önlemlerin biraz genişletildiği görülmektedir.**

TMK - Madde 10:

g) Güvenliğin sağlanması bakımından duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verilebilir.

→ *Bu hüküm CMK 252/1-c maddesinin hemen hemen tekrarı niteliğindedir. CMK 252/1-c hükmünde “mahkeme, güvenliğinin sağlanması bakımından duruşmanın başka bir yerde yapılmasına kurur verebilir” şeklindedir.*

TMK - Madde 10:

ğ) Açılan davalara adli tatilde de bakılır.

→ Bu hüküm CMK 252/1-a maddesine paralel bir hükümdür. CMK 252/1-a’da yer alan hüküm şu şekildedir: *“Bu suçlar acele işlerden sayılır ve bunlarla ilgili davalara adli tatilde de bakılır”.*

TMK - Madde 10:

h) Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz.

→ *Bu madde eski TMK 10’uncu fıkrasının (f) fıkrasından aynen alınmıştır.*

Bu düzenleme “telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi”, “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” ve “teknik araçlarla izleme” yöntemlerinin uygulama alanını genişleten bir düzenleme niteliğindedir. Eski halinde CMK 250 vd. maddeleri bakımından bu tür bir hükme yer verilmemiş olmakla birlikte TMK 10/f maddesinde böyle bir hüküm yer almaktadır.

Bu haliyle madde TMK 10/f’nin bir tekrarı niteliğindedir.

Yeni düzenlemenin 4. fıkrasında ise bu bendin kapsamı daraltılmış ve eski CMK 250. maddeye giren suçlar bu maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu şekli ile **CMK 250’nin yürürlükte bulunduğu dönem ile yeni düzenleme arasında bir fark bulunmamaktadır.**

Türk Ceza Kanununda yer alan;

a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu,

b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,

c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324,325 ve 332 nci maddeler hariç), dolayısıyla açılan davalar, birinci fıkra hükmüne göre görevlendirilen mahkemelerde görülür. Üçüncü fıkranın (d), (e), (f) ve (h) bentleri hariç olmak üzere, bu madde hükümleri, bu suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanır.

→ Bu maddede terör mahkemelerinin görevine giren suçlar düzenleme altına alınmış olup bu madde **CMK mülga 250/1 maddesinde yer alan düzenlemenin aynısıdır.**

Görüldüğü üzere **Özel Yetkili Mahkemeler ile yeni düzenleme ile getirilen Terör Mahkemelerinin görev alanı aynı şekilde belirlenmiştir. Bu düzenlemede dikkat çeken bir başka husus Terörle Mücadele Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen, TMK kapsamında girmeyen ve tam olarak CMK 250. Maddedeki suçları karşılayan suçlar da bu Kanun kapsamında görevli kılınan Terörle Mücadele Mahkemeleri'nce görülecektir.**

Bu maddede belirtilen ve Terörle Mücadele ile yetkili Mahkemelerin görevlerini belirtilen suçlar ilginçtir. Hatırlanacağı üzere, CMK 250'nci maddesi yürürlüğe girmeden önce, 30.07.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu aynı hükmü ihtiva etmekteydi. Bu Kanunda da örgüt faaliyeti çerçevesi içinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, buna bağlı olarak kara paranın aklanması, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ve TCK'nun 2.

kitap 4. Kısımının 4, 5, 6 ve 7'inci bölümünde tanımlanan suçlar bu tarihte Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin görevini oluşturmakta idi. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 250'nci maddesinin düzenlenmesiyle birlikte, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18/d maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinde, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ... suçlardan söz edilmektedir. Oysa, Türk Ceza Kanunu'nda haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suç tanımı yoktur. Bu şekildeki bir tanım Türk Ceza Kanunu'nda yer almayan bir eyleme atıf yapılarak konu düzenlenmiştir. Gerçekte bu suçta ve cezada kanunilik prensibine açıkça aykırıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesinde **suç işlemek amacıyla örgüt kurma** suçu düzenlenmiştir. 1'inci cümlesinde Kanun'un suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurmaktan söz edilmektedir. Haksız ekonomik çıkar sağlamak özel kastı ifade eder. Türk Ceza Kanunu'nda da işbu bu özel kastı ihtiva eden hiçbir suç tanımı yoktur.

Uygulamada bu maddeye dayanılarak Asliye Ceza ya da Ağır Ceza Mahkemesi görev alanı içine giren suçlar ve işleyenler hakkında Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde kamu davaları açılmış ve uzun süreli tutuklamalar gerçekleştirilmiştir. Buna en güzel örnek, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'da yer alan suçları işleyenler hakkında yargılamanın Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde yapılmasıdır.

- Ayrıca bu madde ile bazı fıkraların görev alanına giren her suç bakımından uygulama alam bulmayacağı, yalnızca terör suçları bakımından uygulanabileceği belirtilmiştir. Eski düzenleme zamanında CMK 250 vd. maddelerinde yer almayı, TMK ile getirilen istisnaların yeni düzenlemede bu şekilde yer aldığı görülmektedir.

Bu durumda eski düzenleme ile **istisna teşkil eden hükümler bakımından da bir fark bulunmadığı görülmektedir.**

TMK - Madde 10:

Türk Ceza Kanununun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere, İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır.

→ Tutuklama süresini düzenleyen bu maddenin de eski düzenleme ile **aynı** olduğu görülmektedir.

*CMK 252/2 şu şekildedir; “250 nci maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar bakımından, Kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır.” CMK 252/2’de yer alan düzenleme ile yeni düzenlemenin **içerik olarak aynı olduğu görülmektedir.***

Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamaz; bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz.

→ Bu hüküm 2010 tarih ve 6008 sayılı kanunla değişik 250/4 hükmünün aynısıdır.

Değerlendirme:

Her iki kanunun; Ceza Muhakemesi Kanunu’nun mülga 250 ve 252’inci maddeleriyle, Terörle Mücadele Kanunu’nun 10’uncu maddesi karşılaştırıldığında bir değişiklik yapılmadığını, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri’nin terör mahkemesi haline dönüştürüldüğü anlaşılmaktadır. Yapılan işlem yalnızca bir isim değişikliğidir. 6352 sayılı Kanun’un Geçici 2’inci maddesinin 7’nci fıkrasında yer alan hüküm, bu iddiayı tamamlamaktadır. Bu hükme göre, Türkiye’de yürürlükte bulunan hukukta “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 250’nci maddesinin 1’inci fıkrasına göre kurulan Ağır Ceza Mahkemeleri’ne yapılmış olan atıflar Terörle Mücadele

Kanunu'nun 10'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen Ağır Ceza Mahkemeleri'ne yapılmış sayılır" demek suretiyle, bu husus sağlamaştırılmıştır. Yine aynı kanunun Geçici 2'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının son cümlesiyle de, halihazırda Özel Yetkili Mahkemelerce görülen davalarda 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin kovuşturmayaya ilişkin hükümlerinin de yürütülen bu davalarda uygulanacağı da ifade edilmiştir.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Duyurusu:

Bu arada Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 1. Dairesi'nden yapılan bir duyuruyu da burada zikretmek yerinde olacaktır. HSYK hiç vakit kaybetmeden 11.07.2012 tarihli duyurusunda, "Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinden kaynaklanan davalara bakmakla görevli hakimlerin ve savcılarının atandığı 10.07.2012 tarih ve 1888 sayılı kararı ile oybirliği ile görevlendirildikleri" belirtilmiştir.

Oybirliğiyle alınan bu kararda, belirlenen 11 yerde görev yapmakta olan hakim ve cumhuriyet savcıları arasında 13 Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, 26 Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi ve 26 Özgürlük Hakimi, 11 Cumhuriyet Başsavcı Vekili, 69 Cumhuriyet Savcısı toplamda 145 hakim ve cumhuriyet savcısının terör mahkemelerinde yetkilendirildiği belirtilmiştir.

Yine aynı bildiriye, 11 Cumhuriyet Savcı Vekili'nin 3'ü, 13 Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı'ndan 1'i, 69 Cumhuriyet Savcısı'ndan 29'u, 52 Hakim'den 8'i olmak üzere 41'i buldukları yerde CMK 250'nci madde ile yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde görevli olanlar arasından seçtikleri ifade edilmiştir.

Dolayısıyla, yeni kurulacak mahkemelerin hakim ve savcılarının büyük kısmı Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde görev yapan hakim ve savcılardan oluştuğu da tespit edilmiştir. Böylece her iki mahkeme arasında bir değişiklik olmadığı ortaya konulmaktadır. Bunu bir halk deyişi ile ifade edebiliriz. "Gitti Gülsüm, geldi Gülsüm, azrail ettiğinden bulsun."

Yargılama Birliğine Aykırılık:

Geçici Madde 2, ve 4'üncü fıkrasında yer alan hüküm ile CMK 252/1-g maddesinde yer alan hükmün tamamen tersi bir düzenleme getirmiştir.

Söz konusu maddede “Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlükten kaldırılan 250'nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen mahkemelerde açılmış olan davalara, kesin hükümle sonuçlandırılıncaya kadar bu mahkemelerce bakmaya devam olunur. Bu davalarda, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemez. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10'uncu maddesinin kovuşturmayla ilişkin hükümleri bu davalarda da uygulanır.” denmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tasfiye halindeki 252'nci maddesinin (g) fıkrasında ise, Özel Yetkili Mahkeme'de görülmekte olan bir davanın, konusu suçun görev alanına girmediğinin ortaya çıkması halinde, mahkemenin derhal görevsizlik kararı vererek, görevli alt dereceli mahkemeye göndermesi öngörülmekteydi. Bu hüküm CMK'nun 6'ncı maddesindeki genel kuralın aksini öngören bir normdur.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri açılmış olan davaları kesin hükümle sonuçlandırılıncaya kadar bakmaya devam edebileceklerdir. Söz konusu mahkemeler bu davalarda yetkisizlik ve görevsizlik kararı veremeyeceklerdir.

İşaret edelim ki, bu hal sadece kovuşturma evresinde olan kamu davaları ile ilgilidir. Her ne kadar bu hükmün doğru olmadığı, Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmemizin yanında, uygulamada, soruşturma evresine de, bu hüküm sirayet ettirilmiştir. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde görevli Savcılık tarafından kanun yayınlanmadan önce yürütülen soruşturmaların da bu Savcılar tarafından yürütüleceği Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapmış olduğu bir düzenleme ile gerçekleştirilmiştir. Ne gariptir ki yüksek yargı organı olması gereken bir kurum, aldığı bir karar ile kanun hükmünü değiştirmek gücünü kendinde görebilmiştir.

İki kanun arasındaki yegane değişiklik ya da fark, Terörle Mücadele Kanunu'nun 3'üncü fıkrasının (c) bendinde yer alan hükümdür. Bu hükme göre, soruşturma evresinde Hakim tarafından verilmesi gerekli kararları almak ve bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek üzere, yeni bir hakimlik makamının tesis edilmesidir. Normal Ceza Muhakemesi'nde soruşturma evresinde bu gibi kararları verecek olan hakimlik makamı Sulh Ceza hakimleridir. 250'inci madde ile kurulmuş olan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde ise, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi yedek üyesi bu görevi yerine getirmekte idi.

Esasında ortaya çıkan problem, kamuoyunda "özgürlük hakimi" olarak lanse edilen bu hakimlerin verecekleri karara karşı hangi hakim nezdinde itiraz edilebileceğidir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun sahip olduğu pratik zekanın bu sorunu da çözeceği konusunda bizce kuşku bulunmamaktadır.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu:

Söz konusu Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu duyurusunun son paragrafında aşağıdaki ifadelere yer verildiği de görülmektedir:

"Ancak, CMK 251'nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Cumhuriyet savcıları, TMK 10'uncu maddesi uyarınca görevlendirilen Cumhuriyet savcıları görevlerine başladığında, yürütmekte oldukları soruşturma evraklarını bu savcılara devretmek zorunda olduklarından yürütülmekte olan soruşturmaların kesintiye uğramaması ve süreçlerin uzamaması için mevcut soruşturmaları yürüten savcıların bir kısmı TMK 10'uncu madde kapsamında görevlendirilmiştir."

Bu şekildeki düzenleme, 6352 sayılı Kanun'un Geçici 2'nci Maddesinin 4'üncü fıkrası ile Türk Ceza Hukuku'nda iki başlı bir yargı sistemi yaratmıştır. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, gerek Terörle Mücadele Mahkemeleri, gerek Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri aynı yetki ve görevlerle donatılmış, aynı suçlara bakmakla görevli kılınmıştır. Bu şekildeki düzenleme Anayasa'nın 2'inci maddesine, 10'uncu maddesine, 36 ve 37'inci maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Söz konusu Geçici 2'nci madde hükmü, Anayasa'nın 2'inci maddesinde yer alan Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu temel maddeye göre, yasa koyucu hukuki düzenlemeler yaparken, bu yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçülerini göz önüne alarak kullanmalıdır. Oysa, 6352 sayılı Kanun'un Geçici 2'nci maddesinin 4'üncü fıkrasıyla yapılan düzenleme ile geçiş dönemi yargılaması Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde devam edecektir. Bu durum doğal hakim ve eşitlik ilkesine aykırı olması sebebiyle hukuk devleti ilkesine de aykırı düşer.

Anayasa'nın 10'uncu maddesi açısından meseleye baktığımızda, söz konusu madde herkesin bildiği gibi vatandaşların kanun önünde eşit olarak kabul edilmesi söz konusudur. 10'uncu maddenin son fıkrasında da devlet organları ve idari makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları öngörülmektedir. Bu eşitlik hukuki eşitliktir. Yapılan düzenlemelerin adil ve makul olması gerekir. Adil ve makul olmayan düzenlemeler eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi anlamındadır. Böylece kişiler yaptıkları aynı eylem nedeniyle iki ayrı yargı organı huzurunda yargılanacaklardır. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri, görev alanları ve yapmış oldukları uygulamaların keyfi ve hukuk dışı uygulamalar olduğu gerek Hükümet organlarınca, gerek uygulayıcılar tarafından ortaya konulmuş ve tartışılmıştır. Çoğu kez açık bir şekilde ifade edilmiş temel hak ve özgürlüklerin kullanılması dahi, bu mahkemelerin uygulamasıyla askıya alınmıştır. Özel yetkilerle donatılmış olan bu mahkemelerin kişi özgürlük hakkını ihlal etmeleri sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile Türkiye Devleti'ne karşı ihlal kararları verilmiştir.

Avrupa Birliği İlerleme Raporları'nda, Uluslar arası İnsan Hakları Örgütleri'nin raporlarında, Türkiye'deki sivil toplum kuruluşları ile barolar tarafından hazırlanan raporlarda CMK 250'nci maddesi ile görevli mahkemelerin temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıran karar ve uygulamalara imza attıkları tespit edilmiştir. Bu uygulamalar sonucunda da söz konusu mahkemelerin yürürlükten kaldırıldığına dair düzenlemeler yapılarak bir ölçüde kamuoyu tatmin edilmek is-

tenmiştir. Buna karşın, 6352 sayılı Yasa'nın Geçici 2'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında aynı fiili işleyen kişiler arasında farklı uygulamaların ortaya çıkmasına imkan verilmiştir. Bu nedenle Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaktadır.

Anayasa'nın 36. Maddesi, “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma” ile “adil yargılanma” hakkına sahiptir.

“Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

5217 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mülga 252 maddesinin (g) bendinde “bu kanunun 6. Maddesi, 250 nci madde kapsamına giren suçlara bakan ağır ceza mahkemeleri hakkında uygulanmaz” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme mülga CMK 250 maddesine göre kurulan mahkemelerin özel yetkili ve olağanüstü mahkemeler olduğunu göstermekteydi. Ayrıca bu mahkemelerin kendi görev alanlarına giren suçlarda yargılama yapmayı kabul ettiklerini de açıklamaktaydı.

Görev ve yetki konusu, kamu düzenini yakından ilgilendirmektedir. Bu çerçevede doğal hakim ilkesinin bir sonucu olan bu hususlarda Mahkemelerin takdir hakkının kısıtlanması mümkün değildir.

Oysa ki kanun koyucu tarafından 6352 Sayılı Yasayla yapılan değişiklikle “Bu davalarda, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemez.” düzenlemesi getirilmiştir. Böylece mahkemelerin görev alanına girmeyen suçların yargılması da bu mahkemelere bırakılmaktadır. Kamu düzeninden doğan bu konuların sınırlandırılması mümkün değildir.

Bu yasal düzenleme karşısında Mahkemeler yetkili/görevli olmadıklarına ilişkin yeni durumlar ortaya çıktığında dahi yetkisizlik/görevsizlik kararı vermeyeceklerdir. Bu durum sanıklar açısından hak arama hürriyetine aykırılık oluşturduğu kadar, doğal hakim ilkesine de aykırıdır.

Anayasa'nın 37'nci maddesinde, “Hiç kimse kanunen tabi oldu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanu-

nen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” denmektedir.

Ancak kanun koyucu tarafından söz konusu yasa değişikliği yapılırken görülmekte olan davalarda yaşanan hukuka aykırılıklarla ilgili yapısal hiçbir düzenleme yapılmamış, CMK 250’nci maddeyle görevli Mahkemelerin yetkilerinin geçici bir kanun maddesiyle korunması yolu seçilmiştir. Bu düzenleme, iki başlı bir yargı sistemini beraberinde getirmesi sebebiyle, doğal hakim ilkesine aykırılık taşımaktadır.

Ceza Yargılamasında, 6352 Sayılı Yasanın geçici 2/4’ncü maddesi ve TMK’nun 10’uncu maddesi çerçevesinde iki başlı bir yargı sistemi yaratılmıştır. Öyle ki bu Mahkemeler aynı yetkiler ile donatılmış ve aynı davalara bakmakla görevli kılınmış Mahkemelerdir. TMK’nın 10’uncu maddesinde şöyle denilmektedir:

“İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332’nci maddeler hariç), dolayısıyla açılan davalar, birinci fıkra hükmüne göre görevlendirilen mahkemelerde görülür.”

Değişiklikten önceki CMK 250’nci maddeye bakıldığında ise şu düzenlemenin yer aldığı görülebilecektir:

“İkinci kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332’nci Maddeler hariç), dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çerçevesi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür.”

Bir başka ifadeyle, değişiklikten önceki CMK 250 maddesi gereğince Özel Yetkili Mahkemelerin sahip olduğu yetkiler ile TMK 10’uncu madde çerçevesinde faaliyet gösteren Mahkemelerin yetkileri aynı olup, Türk Ceza Hukuku sisteminde aynı davalara bakmakla görevlendirilmiş iki farklı mahkeme tipi yaratılmıştır. Bu Ceza Hukukunda iki başlı bir yargı sistemini de beraberinde getirmiştir. Bu durum Doğal Hakim İlkesi’ne aykırılık taşımaktadır.

Buradan çıkartacağımız sonuç, 6352 sayılı Kanun'un getirdiği düzen, Anayasamızın 2, 10, 36 ve 37'nci maddelerinde yer alan Türkiye Cumhuriyeti'nin laik ve sosyal bir hukuk devleti ilkesine, kanun önündeki eşitlik ilkesine, kişilerin sahip olduğu adil yargılama haklarına, tabii hakim ilkesine ciddi bir şekilde aykırı olduğunu ileri sürebiliriz.

Yazımızın başındaki "3. yargı paketi ne getirdi, ne götürdü" sözünü, "mevcut hukuksuzluğu götürdü, yerine yeni hukuksuzluklar getirdi" şeklinde yenileyerek tekrarlayabiliriz. Bu şekilde çizilen tablo, "demokratik hukuk devleti" anlayışına uygun düşmemektedir. Umudumuz 4., 5., 6., 7'inci yargı paketlerine kalmış olmaktadır.

6352 SAYILI YASA ile TÜRK CEZA KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Dr. Güçlü AKYÜREK*

Özet

Bu çalışmada 6352 sayılı yasa ile Türk Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikler ele alınmaktadır. Bu bağlamda yer alan başlıklar; Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Adliyeye Karşı Suçlar ve diğer değişiklikler.

Anahtar sözcükler: Türk Ceza Kanunu, 6352 sayılı yasa.

Abstract

This study deals with the articles of the Turkish Penal Code amended by the law n. 6352. In this context, it has been composed by these chapters: Offences against privacy and secrecy of life, Offences against reliability and functioning of the public administration, Offences against the judiciary and other amendments.

Key words: Turkish Penal Code, Law n. 6352.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Giriş:

2 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren ve birçok yasada kapsamlı bir değişiklik yapan 6352 sayılı yasa, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun da 17 maddesini değiştirmiştir. Yapılan değişiklikler dört ana başlıkta toplanabilir:

1. Özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı suçlarda yapılan değişiklikler
2. Kamu idaresinin işleyişi ve güvenilirliğine karşı suçlarda yapılan değişiklikler
3. Adliyeye karşı suçlarda yapılan değişiklikler
4. Diğer değişiklikler

Özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlar:

Bu bölümde yapılan en temel değişiklikler bir yandan cezaların ağırlaştırılması ve fakat suçun basın-yayın yoluyla işlenmesinin ağırlaştırıcı neden olmaktan çıkarılması, diğer yandan da hukuka özel aykırılık unsurunun getirilmesidir. Hukuka özel aykırılık unsuru genellikle tartışmalı bir kurum olmakla birlikte, zaten kendiliğinden hukuka aykırı olan suç kavramını kabul eden ve böylece hukuka aykırılığı ayrıca aramayan hukuka genel aykırılık kavramının tersine, "hukuka özel aykırılık" halinde failin hukuka aykırılık bilincine sahip olması yani eyleminin hukuka aykırı olduğu bilmesi özel olarak aranmaktadır. Suçu tanımlayan yasa maddesinde, daha çok, "hukuka aykırı olarak" sözüyle ifade edilir ve en bilinen örneği de "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçudur (TCK m. 109). 6352 sayılı yasanın madde gerekçelerinde de bu anlayış bulunmaktadır.

Öte yandan değiştirilen her üç maddede de suçun basın-yayın yoluyla işlenmesi ağırlatıcı neden olmaktan çıkarılmış ve hatta hepsine ayrı ayrı "İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur" ifadesi getirilmiştir. Söz konusu suçların basın-yayın yoluyla işlenmesi durumunda verilen zararın daha ağır olmasından hareketle ağırlatıcı nedenin korunması gerektiği savunulabilirse de kaldırılmış olması siyasi bir seçimdir.

Son olarak bazı hallerde suçların cezasının beş yıl hapis cezasına kadar yükselmesine izin verilirken, halen daha şikâyete bağlılık koşulunun korunuyor olması da (TCK m. 139) dikkat çekicidir.

Madde 132: Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun temel halinin cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına çıkartılmıştır. Böylece cezanın üst sınırı ertelemenin (TCK m. 51) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının (CMK m. 231) uygulama alanından çıkmıştır. Ayrıca artık Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına girmektedir. Haberleşme içeriğinin kaydının cezası ise temel cezanın bir kat arttırılmış halidir.

İkinci fıkradaki ifşa suçunu cezası da iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Böylece bu suçun cezası da, alt sınır dışında, ertelemenin (TCK m. 51) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının (CMK m. 231) uygulama alanından çıkmıştır.

Üçüncü fıkarda yer alan, haberleşmenin bir tarafının ifşası suçunu cezası ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile olmuştur. İlk fıkra için yapılan açıklama aynen geçerlidir.

Ayrıca haberleşmenin bir tarafının ifşasının suç olması için artık hukuka aykırılık bilinci aranacaktır. Gerekçede önleyici kolluk faaliyetlerine gönderme yapılmaktadır ama bu değişiklik olmasa da söz konusu uygulamalar zaten, koşulları varsa, hukuka uygundur. Düzenlemenin bazı kişileri “kurtarmak” için yapıldığına dair çok ciddi eleştiriler vardır.

Madde 133: İlk iki fıkradaki suçların yalnızca cezaları ağırlaştırılmıştır. Birinci fıkradaki ceza, inanılmaz bir oranda artmış ve iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olmuştur. Böylece bu suçun cezası da, alt sınır dışında, ertelemenin (TCK m. 51) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının (CMK m. 231) uygulama alanından çıkmıştır. Ayrıca artık Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına girmektedir. İkinci fıkradaki suçun cezası da altı aydan iki yıla kadar hapis cezası haline gelmiştir.

Üçüncü fıkradaki ifşa suçunun tanımı ise tamamen değişmiştir. Artık kayıtların hukuka aykırı biçimde elde edilmesi koşulu aran-

mazken ifşada hukuka aykırılık bilinci aranacaktır. Cezası ise iki yıldan beş yıla kadar hapis ve ayrıca dört bin güne kadar adli para cezasıdır.

Madde 134: Cezalar 132. maddeye paralel biçimde ağırlaşmıştır. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun temel halinin cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına çıkartılmıştır. Böylece cezanın üst sınırı ertelemenin (TCK m. 51) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının (CMK m. 231) uygulama alanından çıkmıştır. Ayrıca artık Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına girmektedir. Görüntü ve seslerin kaydının cezası ise temel cezanın bir kat arttırılmış halidir.

İkinci fıkradaki görüntü ve seslerin ifşası suçunda ise artık hukuka aykırılık bilinci aranacaktır. Ceza iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır.

Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlar:

Madde 250: İrtikâp suçunda iki temel değişiklik yapılmıştır. Birincisi, kişinin kamu görevlisinin aktif bir hareketiyle icbar edilmediği ancak “kendini mecbur hissederek” menfaat sağlaması hali de artık açıkça irtikâp suçu sayılmaktadır. Eskiden uygulama, 6352 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılan TCK m. 257/3’ün uygulanması yönündeydi. Ancak yeni ifade oldukça muğlâktır ve gerçekte rüşvet veren kişinin, rüşvet verme suçundan kurtulmak için bütün suçu kamu görevlisinin üstüne yıkmasına olanak tanımaktadır.

Diğer değişiklik ise aslında tasarıda olmayan ve sonradan eklenen dördüncü fıkradaki özel hafifletici sebeptir: menfaatin değer azlığı ve mağdurun ekonomik durumu.

Madde 252: Rüşvet suçu bu yasa ile en kapsamlı değişikliğe uğrayanlardan biridir. Artık 2005 yılında kabul edilen yeni sistemin yerine tıpkı 765 sayılı yasa dönemindeki gibi hem basit hem de nitelikli rüşvet alma ve verme 252. madde çerçevesinde suç haline getirilmiştir. Özellikle Avrupa kurumlarının bu yöndeki istemleri etkili olmuştur. Ayrıca vadin kabul edilmemesi ya da talebin kabul edilme-

mesi halleri özel bir teşebbüs düzenlemesi şeklinde yer almaktadır (4. fıkra). Aracı ve menfaat sağlayan üçüncü kişi ile ilgili de açık düzenleme bulunmaktadır (5 ve 6. fıkralar) ve genel iştirak düzenlemesine istisna olarak müşterek fail olarak kabul edilmektedirler.

Öte yandan kamu görevlisi dışındakilerin işleyebileceği rüşvet suçu genel düzenlemeyle paralel bir hale getirilmiştir. Özel sektörde rüşvetin cezalandırılması artık bir uluslararası yükümlülüktür. Ancak düzenlemenin yeri, içeriği ve cezası tartışmalıdır. Zira hemen şu sorular akla gelmektedir: 1) Neden kamu idaresine karşı suçlar bölümünde yer almaktadır? 2) Düzenleme neden bütün özel sektörü kapsamaktadır? 3) Kamu görevlisinin rüşvet alması ile bir anonim şirket yöneticisinin ya da dernek yöneticisinin rüşvet alması yaptırım açısından aynı olabilir mi?

Son olarak yabancı ülkedeki rüşvet suçunun düzenlemesi de genel düzenlemeye paralel hale getirilmiş ve hangi hallerde Türkiye’de yargılama yapılabileceği açıkça düzenlemiştir (10. Fıkra). Türkiye’nin veya bir Türk vatandaşının tarafı olduğu bir işlemle ilgili rüşvet suçu işlenmişse Türkiye’de resen soruşturma-kovuşturma yapılabilir. Genel hükümler uyarınca Adalet Bakanının istemi doğrultusunda işlem yapılması düşüncesinden vazgeçilmiştir (TCK m. 12 ve 13).

Madde 254: Rüşvet suçu açısından etkin pişmanlık düzenlemesi değişmiştir. Fail, bu hükümden yararlanabilmek için resmi makamlar olayı öğrenmeden önce (idari soruşturma bile başlamamış olması) bildirimde bulunmak zorundadır. Ayrıca rüşvet konusu menfaat teslim edilecek ve müsadere olunacaktır. Artık iade yoktur. Yerinde bir düzenlemedir. Ama kamu görevlisi daha menfaati elde etmeden önce de etkin pişmanlıktan yararlanabilirken kamu görevlisi olmayan kişinin rüşveti mutlaka almış olmasının gerekmesi bir çelişkidir (1. fıkra).

Madde 255: “Nüfuz ticareti” adıyla düzenlenen yeni bir suç, “yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama” suçunun yerini almıştır. İki arasında üç temel fark vardır: 1) Artık özgü bir suç olmayıp herkes tarafından işlenebilmektedir. Failin kamu görevlisi olması ağırlaştırı-

cı sebeptir. 2) İşin görülmesi için menfaat sağlayan kişi de cezalandırılır. 3) Gördürülecek işin haksız bir iş olması gerekmektedir.

Adliyeye karşı işlenen suçlar:

Madde 277-288: Değişiklikten önceki halleriyle bu iki suç birbirinden tamamen farklıdır. 277. maddedeki suçun maddi unsuru emir vermek, baskı yapmak, nüfuz icra etmek gibi eylemlerdir. Dolayısıyla failin belli bir gücü / iktidarı elinde bulundurması gerekir. Oysa 288 herkes tarafından işlenebilir. Şimdi ise aralarında genel-özel ilişkisi olan paralel iki düzenleme haline gelmişlerdir. Her ikisi de hem soruşturma hem de kovuşturma sırasında işlenebilir. Her ikisinde de gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek, hukuka aykırı bir karar vermek, işlem tesis ettirmek özet kastı vardır. 277. madde açısından hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs ile suç tamamlanırken 288. madde için yargı görevi yapan yani yargıç, savcı veya avukat, bilirkişi veya tanığı hukuka aykırı etkilemek için alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunulmalıdır. 277. maddenin cezası iki yıldan dört yıla hapis cezası iken 288. maddenin cezası adli para cezasına dönüştürülmüştür ki bu haliyle artık ön ödemeye tabidir.

Madde 278: Anayasa Mahkemesi'nin 30 Haziran 2011 tarihli kararı ile iptal ettiği madde aynen tekrar düzenlenmiştir. Ancak iptal kararı doğrultusunda 4. fıkraya yer verilmiştir yani suçun tanıklıktan çekinebilecek kişiler tarafından işlenmesi hali cezalandırılmaz. Herkese ihbar yükümlülüğü getiren böyle bir maddenin ne kadar gerekli olduğu suç ve ceza politikası açısından tartışmalıdır. Ayrıca artık ceza davalarında tanıklık eden hemen herkese 278. maddeyle ilgili dava açmak gerekecektir. Zira çoğu olayda tanık, suçun işlendiğini görmüş ama ihbar etmemiştir. Bu durumda söz konusu ceza tehdidi altında ceza davalarında kimin tanıklık yapmak isteyeceği de ayrı bir tartışma konusudur.

Madde 285: Düzenleme çok esaslı biçimde değiştirilmiştir. Suçun soruşturmanın gizliliğini ihlal biçiminde işlenmesi çok daha sıkı ve tartışmalı koşullara bağlanmıştır. Örneğin, "açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engellemeye elverişli olması" nasıl belir-

lenecek, yasallık ilkesine uygun nesnel koşullar nasıl getirilecektir (m. 285/1-b)? Ayrıca tıpkı 301. maddedeki gibi haber verme sınırlarının aşılması halinde, hiç gereği yokken, suç oluşturmadığını açıkça yazmak nasıl yorumlanacaktır (m. 285/6)? Söz konusu fıkranın bulunmadığı maddeler açısından, haber verme özgürlüğünün söz konusu olmadığı gibi yanlış bir sonuca varılabilecek midir? Ayrıca bir suçla ilgili olarak çok sayıda soruşturma ve kovuşturma yapılmasının çözümü bu olabilir mi?

Diğer değişiklikler:

Madde 141-142-163-168: Kaçak elektrik kullanımı suçu yeniden düzenlenmiştir. Yargıtay'ın oldukça tartışmalı bir kararından çıkan ve nihayet hırsızlık suçunu cezalandıran maddeye hem 765 hem 5237 sayılı yasalarda “enerjinin taşınır mal sayılmasıyla” ilgili hüküm eklenmesine yol açan, kaçak enerji kullanımının hırsızlık sayılması düşüncesinden, yine davaların çokluğu nedeniyle vazgeçilmiş ve eylem, cezası aynı olan bir karşılıksız yararlanma suçu haline getirilmiştir. Ancak iki kez yararlanılabilecek özel bir “etkin pişmanlık” düzenlemesi de 168. maddeye 5. fıkra olarak eklenmiştir. Hatta adli sicilde bununla ilgili özel bir sistem de kurulmuştur (5352 sayılı yasa m. 6/2)

Ayrıca suçun tasarısındaki halinde, enerjinin sahibinin rızası olmaksızın tüketilmesi suçun tamamlanması için yeterli iken, düzenleme alt komisyonca değiştirilmiş ve “tüketim miktarının belirlenmesinin engelleyici şekilde tüketilmesi” koşulu eklenmiştir. Gerekçe ise ödemeye niyeti olanları korumaktır. Dolayısıyla elektrik, su veya doğalgazı kaçak olarak kullanan ancak bir şekilde ölçen kişi(!) ceza almayacaktır.

Madde 220: Yapılan değişiklik uyarınca örgüte üye olmayan ancak örgüt adına suç işleyen kişi ya da örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmayan ancak örgüte yardım eden kişi örgüt üyesi olarak cezalandırılır ancak cezası indirilir. Nedenise yasakoyucu bu atıflı, dolaylı cezalandırma yöntemine ısrarla devam etmektedir. Örgüt üyesi olarak cezalandırılır ancak cezası azaltılır demek yerine doğru-

dan yaptırımını belirtmek, ceza hukuku açısından kuşkusuz daha doğrudur. Ayrıca “indirilebilir” ifadesi de fazla takdir yetkisi bırakmaktadır ve bu yetkinin hangi nesnel koşullara göre kullanılacağı belirsizdir (m. 220/6, 7).

6352 SAYILI KANUNLA TCK'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Av. Salih Oktar*

Özet

Kamuoyunda “Üçüncü Yargı Paketi” olarak anılan 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertenilmesi Hakkında Kanun” TCK ve CMK dahil olmak üzere pek çok temel Kanuna ilişkin değişiklikler içermektedir. 6352 sayılı Kanun’un başlığı, kapsamı “basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesi” ile sınırlıyor ve “yargı hizmetlerinin etkinleştirilmesi” dışında bir değişiklik içermiyor gibi görünmektedir. Buna karşın 6352 sayılı Kanun, Türk Ceza Kanunu’nda önemli ve kapsamlı değişiklikler yapmaktadır. Anılan düzenlemelerin birçoğunun infaz hukuku ya da yargı hizmetlerinin etkinleştirilmesiyle ilgisi yoktur.

Türk Ceza Kanunu’nda 6352 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikler; “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m. 132, 133, 134)”, “Mal Varlığına Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 141, 142, 163, 168)”, “Kamu Barışına Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 220)”, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 250, 252, 254, 255, 257)”, “Adliyeye Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 277, 278, 285, 288)” başlıkları altındaki anılan maddelerde yer alan suçlara ilişkindir.

Abstract

“Law No. 6352 dated 02.07.2012 on Modification of Certain Laws for the Purpose of Improving The Efficiency of Judicial Service and Adjournment of the Trials and the Punishments Regarding the Crimes Committed Through Press and Broadcast” or the so-called “Third Judicial Package” has brought modifications on many Codes including Turkish Criminal Code (TCC) and Criminal Procedural Code. The title of the Code No. 6352, seems to limit the scope of the law to the “adjournment of the trials and the punishments regarding the crimes committed through press” and “improvement of the efficiency of judicial service”. However, the Law brings significant and substantial changes on TCC irrelevant to the improvement of the efficiency of judicial service or law on criminal execution.

The modifications introduced by the Law dated 6352 to TCC concerns crimes regulated under these Sections: “Crimes Against Privacy (art. 132, 133, 134 of TCC)”, “Crimes Against Property (art. 141, 142, 163, 168 of TCC)”, “Crimes Against Public Peace (art. 220 of TCC)”, “Crimes Against Public Administration (art. 250, 252, 254, 255, 257 of TCC)” and “Crimes Against Judicial Bodies and Courts (art. 277, 278, 285, 288 of TCC)”.

* İstanbul Barosu avukatı.

1. GİRİŞ

Kamuoyunda “Üçüncü Yargı Paketi” olarak anılan 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı “**Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun**”, 5.7.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış ve bazı maddeleri dışında yayım tarihinde yürürlüğe girmiştir ².

6352 sayılı Kanun, son zamanlarda yasama alışkanlığı halini kazanmış “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ya da “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ve benzeri başlıklar taşıyan “Torba Kanun” olarak nitelenen kanunlaştırma tekniğinin genel sorunlarını taşımaktadır. Torba kanunlarla yapılan düzenlemelerle değiştirilen kanunların sistematik bütünlüğü bozulmakta, yapılan değişikliklerin takibi güçleşmektedir.

6352 sayılı Kanun, Türk Ceza Kanunu’nda önemli ve kapsamlı değişiklikler yapmaktadır. Ancak, 6352 sayılı Kanun’un adında Türk Ceza Kanununda değişiklik yapıldığına dair hiçbir ibare yoktur. Kanun’un başlığından kapsamının “basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesine yönelik” yine, “yargı hizmetlerinin etkinleştirilmesi amacıyla” sınırlı olduğu zannı uyandırmaktadır. Oysa 6352 sayılı Kanun, Türk Ceza Kanunu’nda önemli ve kapsamlı değişiklikler yapmıştır. Anılan düzenlemelerin birçoğunun infaz hukuku ya da yargı hizmetlerinin etkinleştirilmesiyle ilgisi yoktur.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu, henüz 7,5 yıldır yürürlüktedir. 5237 sayılı TCK’da, kabulünden itibaren; 31.3.2005 tarih ve 5328 sayılı Kanun’la, 29.6.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun’la, 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun’la, 26.2.2008 tarih ve 5739 sayılı Kanun’la, 30.4.2008 tarih ve 5759 sayılı Kanun’la, 25.2.2009 tarih ve 5841 sayılı Kanun’la, 26.06.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanun’la, 22.7.2010 tarih ve 6008 sayılı

2 TCK’da değişiklik yapan hükümler 6352 sayılı Kanun’un yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kanun'la, 8.12.2010 tarih ve 6086 sayılı Kanun'la, 31.3.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun'la ve son olarak da 5.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır.

Yeni Türk Ceza Kanunu kabulü sırasında reform olarak nitelenmiş ise de; kanunun kamuoyunda yeterince tartışılıp olgunlaştırılmadan hazırlanıp kabul edildiği eleştirileri yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu gibi önemli bir kodifikasyonun yenilik vasfıyla ve reform niteliğiyle kamuoyuna sunulup, kabulünden itibaren geçen kısa süre zarfında birçok kez kapsamlı değişikliğe tabi tutulması, kanunun yeterince olgunlaştırılmadan yürürlüğe konulduğu yönündeki eleştirilere hak verdirir mahiyettedir.

Ayrıca ceza kanunları temel kanunlardır; kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirir, derinden etkiler. Ceza kanunları, Anayasal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, en fazla hukuki güvenlik ve istikrara gereksinim duyulan alandır. Elbette toplumun değişim ve ihtiyaçlarına paralel olarak ceza kanunlarında da kanun koyucunun değişiklik cihetine gitmesi tabiidir. Ancak, ceza mevzuatında aşırı yasalastırma faaliyetinin; ceza kanunlarında sık değişiklik yapılmasının hukuki güvenlik ve istikrarı bozacağı, toplumdaki ceza adalet sistemine duyulan güveni sarsacağı da bir gerçektir. Suç ve ceza politikalarının öngörülü bir biçimde oluşturulup, Ceza kanunu hükümlerinin genel, soyut ve objektiflik vasfını zedelemeyecek biçimde oluşturulması gerekir. Aksi takdirde, reaksiyoner ceza hukuku anlayışının hakim olduğu, Ceza kanunu hükümlerinin oluşturulmasında genellik, soyutluk ve objektiflikten uzaklaşıldığı intibai ve kaygısı yaratılır. Ayrıca, aşırı yasalastırma faaliyeti ceza adalet sisteminin etkinliğinde en büyük engeldir.

6352 sayılı Kanun'la Türk Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikler aşağıda ana hatlarıyla incelenecektir.

2. TÜRK CEZA KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Türk Ceza Kanunu'nda 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler; “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m. 132, 133, 134)”, “Mal Varlığına Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 141,

142, 163, 168)”, “Kamu Barışına Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 220)”, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 250, 252, 254, 255, 257)”, “Adliyeye Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 277, 278, 285, 288)” başlıkları altındaki anılan maddelerde yer alan suçlara ilişkindir.

2.1 ÖZEL HAYATA VE HAYATIN GİZLİ ALANINA KARŞI SUÇLARDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

a) Haberleşmenin Gizliliğini İhlal (TCK m. 132, f. 1, cümle 1, 2, f. 2, f. 3) suçlarında cezalar arttırılmıştır. Suçun basın yayın yoluyla alenen ifşa suretiyle işlenmesi hali ağırlatıcı sebep olmaktan çıkarılmıştır. Ayrıca ifşanın suç teşkili bakımından hukuka aykırılık şartı eklenmiştir. Haberleşme gizliliğinin ifşa yoluyla ihlalinde ifşanın hukuka aykırı olmaması durumunda fiil suç teşkil etmeyecektir. Madde gerekçesinde önleyici kolluk ve istihbarat gereği yapılan dinlemele- rin soruşturma evresinden itibaren adli makamlara sunulmasıyla aleniyet kazanacağı, bu durumda ifşanın suç teşkil etmeyeceği belirtilmektedir. Hukuka aykırı olarak ibaresinin madde metnine dahil edilmesi uygulamada tartışma doğuracak niteliktedir. Haberleşme- nin gizliliğini ifşa suretiyle ihlal suçunun koruma alanı böylece daraltılmıştır.

b) Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması suçlarının cezalarında da ciddi artış yapılmıştır (TCK m.133, f. 1, 2).

Üçüncü fıkradaki suç: “Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etmek” şeklinde yeniden tanımlanmış ve cezası arttırılmıştır. Hukuka aykırılık şartına suç tanımında yer verilerek, uygulama kapsamı daraltılmıştır.

c) Özel Hayatın Gizliliğini İhlal suçlarında da cezalar arttırılmıştır. Maddenin 2. fıkrasındaki fiilin basın yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın arttırılmasına ilişkin hüküm kaldırılmıştır. Yine maddenin 2. fıkrasına hukuka aykırılık şartı eklenmiştir. Gerekçeden de anlaşıldığı üzere hukuka aykırılık şartının eklenmesiyle suçun koruma kapsamı daraltılmakta ve uygulama alanı sınırlanmaktadır.

2.2 MAL VARLIĞINA KARŞI İŞLENEN SUÇLARDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Hırsızlık suçunda değişiklik yapılmış, TCK 141. maddenin ikinci fıkrasındaki “ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de taşınır mal sayılır” hükmü kaldırılmıştır. Hırsızlık suçunun nitelikli halini oluşturan elektrik enerjisi madde kapsamından çıkartılarak (TCK m. 142, f. 1 bent f), karşılıksız yararlanma suçu kapsamında cezalandırılmıştır. TCK 142. maddenin 3. fıkrasındaki nitelikli hırsızlıkta ceza arttırılmıştır.

Karşılıksız yararlanma suçuna yeni fıkra eklenmiştir. TCK 163. maddesine eklenen 3. fıkra: “Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğalgazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı” düzenlenmektedir.

TCK 168. maddede karşılıksız yararlanmaya özgü etkin pişmanlık hali ayrıca düzenlenerek, 5. fıkra olarak eklenmiştir.

2.3 KAMU BARIŞINA KARŞI İŞLENEN SUÇLARDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

“Kamu Barışına Karşı İşlenen Suçlar” başlıklı bölümdeki “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunu düzenleyen TCK 220. maddesinin 6. fıkrasına, örgüt üyesi olmamakla beraber örgüt adına suç işleyen kişiye örgüt üyeliğinden verilecek cezanın yarısına kadar indirilebileceği hükmü eklenmiştir. Yine 7. fıkrasındaki örgüte üye olmakla beraber, örgüte yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı yönündeki hükme, örgüt üyeliğinden verilecek cezanın yardımın niteliğine göre indirilebileceği hükmü eklenmiştir.

2.4 KAMU İDARESİNİN GÜVENİLİRLİĞİNE VE İŞLEYİŞİNE KARŞI İŞLENEN SUÇLARDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

a) İrtikap suçunda değişiklik yapılmış, icbar kavramı genişletilmiştir. TCK 250. madde 1. fıkraya “kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç

veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.” hükmü eklenmiştir. Mefruz icbar bu suçun işlenmesi bakımından yeterli saymak suretiyle suçun kapsam ve uygulama alanını oldukça genişletilmiştir. Ayrıca, TCK 250. maddeye; irtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, cezada indirim yapılabileceğine ilişkin 4. fıkra eklenmiştir.

b) Rüşvet suçunu düzenleyen TCK 252. madde hükmü tamamen değiştirilmiş, yeniden düzenlenmiştir. Kanun değişiklikten önce rüşvet suçunu, kamu görevlisinin görevine giren bir işi görevinin gereklerine aykırı surette yapmak ya da yapmamak için kişilerle haksız menfaat temini hususunda anlaşması şeklinde tanımlamıştı. Görevin gereklerine uygun bir işin gördürülmesi için haksız menfaat teminine ilişkin anlaşmaya varılması rüşvet suçu kapsamında değil, TCK 257. maddenin 3. fıkrasında görevi kötüye kullanma suçu kapsamında cezalandırılmakta idi. Bu halde sadece kamu görevlisi cezalandırılabilmekte, fertler cezalandırılmamakta idiler. Oysa yeni düzenlemede ister görevin gereklerine uygun, ister görevin gereklerine aykırı iş için olsun kişilerle görevlinin menfaat sağlama hususunda anlaşmaya varması rüşvet olarak cezalandırılmaktadır. Nitekim 257. maddenin 3. fıkrası yeni düzenlemeyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, yukarıda irtikap suçuna ilişkin değişikliği aktarırken belirttiğim üzere; irtikapta icbar kavramının genişletilerek mefruz icbarın da bu suçun oluşabilmesi için yeterli sayılması, bu defa, kamu görevlisinin haklı bir işi görmek için kişilerle menfaat temini konusunda anlaşmaya varması halinin rüşvet mi, yoksa irtikap mı oluşturacağını tartışmalı hale getirmektedir.

Öte yandan, TCK değişik 252. madde hükmünden, gerek rüşvet veren, gerekse rüşvet alanın aynı ceza ile cezalandırılacağı, rüşvet anlaşmasının yapılması halinin suçun tamamlanmış gibi cezalandırılmak için yeterli kabul edildiği, rüşvet suçunun oluşması için rüşvete konu işin yapılması ya da menfaatin sağlanmasının şart olmadığı anlaşılmaktadır.

TCK 252. maddenin değişik 4. fıkrasında, kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması veya iş sahibinin kamu görevlisine rüşvet teklif veya vaat etmesine rağmen diğer tarafın kabul etmemesi halinde rüşvet talep eden kamu görevlisinin ya da rüşvet teklif veya vaat eden kişinin rüşvetten ötürü cezalandırılacağı; 1. fıkra ya da 2. fıkraya göre verilecek cezanın yarısına kadar indirileceği belirtilmektedir.

TCK 252. maddenin 5. fıkrasında, rüşvete aracılık eden kişinin, kamu görevlisi olmasa dahi, müşterek fail olarak cezalandırılacağı, 6. fıkroda, rüşvet ilişkisinden dolayı kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişilerin de müşterek fail olarak cezalandırılacağı öngörülmüştür.

TCK 252. maddenin 7. fıkrasında, rüşvet suçunda failin yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hali cezada artırım sebebi olarak düzenlenmiştir.

TCK 252. maddenin 8, 9 ve 10. fıkraları ile rüşvet suçunun kapsamı genişletilmiştir. TCK 252. maddenin 8. fıkra kapsamına giren kuruluşlar bünyesinde görev yapan kişiler hakkında kamu görevlisi sıfatını taşımaları dahi, görevlerine giren işin yapılması veya yapılmaması için menfaat temini hususunda anlaşmaya varmaları halinde rüşvet suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Maddeye eklenen 7. fıkroda belirtilen yabancı kamu görevlilerine, görevlerine giren iş için menfaat temini hususunda anlaşmaya varmaları halinde de rüşvet suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Fıkroda yabancı kamu görevlilerinin yanı sıra “uluslararası mahkemelerde görev yapan hakimler ve diğer kamu görevlileri”, “uluslararası parlamento üyeleri” ve “bir hukuki uyuşmazlığın çözümü amacıyla tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen hakemlerin” de görevleriyle bağlantılı bir iş için haksız menfaat temini konusunda anlaşmaları halinde rüşvet suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Maddeye eklenen son fıkroda yabancı kamu görevlilerine rüşvetin Türkiye’de soruşturulması ve kovuşturulması şartları belirlenmektedir.

TCK 254. maddesindeki rüşvet suçunda etkin pişmanlık hükümleri değiştirilmiştir. Değişik 254. madde 1. fıkrada rüşvet alan, 2. fıkrada rüşvet veren, 3. fıkrada rüşvete iştirak eden kişilerin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce pişmanlık duyarak, yetkili makamları haberdar etmesi halinde fiilden ötürü cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. 4. fıkradaki yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere etkin pişmanlık hükmünün uygulanmayacağı hükmü muhafaza edilmiştir.

c) 6352 sayılı Kanun'la, TCK 255. maddesinin başlığı "Nüfuz Ticareti" şeklinde değiştirilmiş ve kapsamı genişletilmiştir. Madde başlığı değişiklikten önce "Yetkili Olmadığı Bir İş İçin Yarar Sağlamak" şeklinde idi ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen özgü bir suçtu. Kamu görevlisinin görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaati uyandırarak yarar sağlaması cezalandırılıyordu. Yeni düzenlemeyle suçun faili ve tanımı değişmiştir. 6352 sayılı Kanun'la değişiklik 255. maddeye göre: Kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunması için doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya başkasına haksız menfaat temin eden kişi cezalandırılmaktadır. Failin kamu görevlisi olması cezada artırım sebebidir. Yine işinin gördürülmesi karşılığında veya gördürüleceği beklentisiyle menfaat sağlayan kişinin de eylemi suç olarak kabul edilip, cezalandırılmaktadır.

Menfaat temini konusunda anlaşmaya varılması suçun tamamlanmış gibi cezalandırılmasına yeterlidir. Nüfuz Ticareti için menfaat talep edilmesi ya da teklif veya vaadinde bulunulmasına rağmen karşı tarafça bunun kabul edilmemesi hali cezada indirim sebebi sayılmıştır.

Nüfuz ticareti suçuna aracılık eden kişilerin, yine nüfuz ticareti ilişkisinden dolayı kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişilerin müşterek fail olarak cezalandırılacağı öngörülmüştür.

Maddede işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunmanın bağımsız bir suç oluşturduğu hallerde ayrıca bu suç nedeniyle de ceza tayin edileceğine dair içtima kuralına yer verilmiştir. Nüfuz Ticareti

suçunun, 252. maddenin 9. fıkrasında sayılan kişiler üzerinde işlenmesi halinde de uygulanacağı, failin Türkiye’de bulunması halinde vatandaş ya da yabancı olmasına bakılmaksızın resen soruşturma ve kovuşturma yapılacağı öngörülmüştür.

d) 257. maddenin üçüncü fıkrası, irtikap ve rüşvet suçlarına ilişkin değişiklikler karşısında, varlık sebebi ortadan kalktığı için yürürlükten kaldırılmıştır.

2.5 ADLİYEYE KARŞI İŞLENEN SUÇLARDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

TCK’nin 277. maddesi başlık ve hükmü değiştirilmiştir. Madde başlığı “Yargı Görevi Yapanı Etkileme” iken “Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs” şeklinde değiştirilmiştir.

a) TCK 277. madde 1. fıkrası: “Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta 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. fıkrası: “Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar arttırılır.” şeklinde değiştirilmiştir.

Öncelikle bu suçun oluşması için, görülmekte olan bir davanın ya da yapılmakta olan bir soruşturmanın bulunması gerekmektedir. Fail, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek ya da haksızlık oluşturmak amacı taşımaktadır. Bu amaçla davanın taraflarından birini, şüpheli, sanık, katılan veya mağdurun leh ve aleyhinde sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesisi ya da beyanda bulunması için yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs etmelidir. Suçun teşebbüs hali dahi suçun teşekkülü için yeterli sayılmıştır. Etkilenmeye teşebbüs edilen kişinin

yargılama görevi yapan, bilirkişi veya tanık olması gerekmektedir. Yargılama yapan kapsamına adli, idari, askeri, yerel ve yüksek mahkemeler üye ve hakimleri, savcı ve avukatlar dahildir. Bilirkişi ve tanık maddede ayrıca belirtilmiş, tercümanın da bilirkişi kavramı içinde değerlendirildiği gerekçede açıklanmıştır. Failin, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek, haksızlık oluşturmak amacını taşıması, davanın taraflarından biri soruşturma ve kovuşturmada şüpheli, sanık, katılan ya da mağdurun leh ve aleyhinde sonuç doğuracak karar verilmesini veya işlem tesisini ya da gerçeğe aykırı görüş ve beyanda bulunulmasını sağlamak gayesini gütmesi gerekmektedir. Bu itibarla suç, ancak özel kastla işlenebilen bir suçtur. Suç, bir tehlike suçu olup, teşebbüs, tamamlanmış suç olarak cezalandırılmaktadır. Tanımı son derece muğlaktır. Suçun maddi unsurlarından ziyade, hukuka aykırılık ve kusurluluk üzerinden, teşebbüs suç olarak tanımlanmıştır. Suçun kapsam ve uygulama alanı son derece genişletilmiştir. Sınırları belirginlikten uzaktır, uygulamada tartışma ve sorunlara yol açacak bir hüküm izlenimi vermektedir.

b) Suçu Bildirmeme başlığını taşıyan TCK 278. maddesi hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2011 tarih ve 28085 s. RG.'de yayınlanan 2011/113 sayılı kararın Resmi Gazete'de yayınlanmasından altı ay sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmesi nedeniyle iptal gerekçeleri doğrultusunda yeniden düzenlenmiştir. İlk üç fıkraya aynen muhafaza edilerek, maddeye yeni fıkra eklenmiş, bu suç bakımından şahsi cezasızlık sebebine yer verilmiştir. TCK 278. maddeye eklenen 4. fıkrada: "Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır." denilmektedir. Suçu önleme yükümlülüğünün bulunduğu hallerde bildirim yükümlülüğünün ihmalinden dolayı değil, işlenmesi önlenmeyen suça iştiraktan ya da suçun ihmali davranışla işlenmesinden ceza sorumluluğu cihetine gidilmesinin söz konusu olduğu değişiklik gerekçesinde kaydedilmiştir.

c) Gizliliğin İhlali başlığını taşıyan TCK 285. madde hükmü tamamen yeniden düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasındaki "soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden" şeklindeki suç tanımı aynen

muhafaza edilmiş, hapis cezasına alternatif olarak adli para cezası öngörülmüştür. Fıkranın (a) ve (b) bentlerinde suçun oluşabilmesi için ilave şartların varlığı aranarak kapsam ve uygulama alanı oldukça daraltılmıştır. Soruşturmada yapılan işlemin içeriğinin açıklanmasıyla, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşme gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi, yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması gerektiği belirtilmiştir. Soruşturmada alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişinin cezalandırılacağı, maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu suç bakımından aleniyet şartı yoktur. Maddenin 3. fıkrasında kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğinin alenen ihlali cezalandırılmaktadır. Şayet gizlilik kararı tanığın korunmasına ilişkin olarak alınmışsa, aleniyet şartının aranmayacağı öngörülmüştür. 4. fıkrada bu suçların kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi, cezada artırım sebebi sayılmıştır.

TCK 285. maddenin 5. fıkrasında, soruşturma ve kovuşturmada kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması suç olarak düzenlenmiş, 6. fıkrasında soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber yapılmasının suç oluşturmadığı belirtilmiştir.

2.6 GEÇİCİ MADDELER VE YÜRÜRLÜK HÜKÜMLERİ

a) Geçici Maddeler

Geçici maddeler büyük ölçüde ceza yargılama hukukuna ve infaz hukukuna ilişkindir. 6352 sayılı Kanunun 3 geçici maddesi önemli olup, bunlara kısaca değinmekte yarar vardır.

aa) Geçici 1. maddenin 1. fıkrasında, 31.12.2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemiyle işlenen temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı 5 yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı soruşturma evresinde, 5271 sayılı CMK m. 171'deki şartlar aran-

maksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve kovuşturma evresinde kovuşturmanın ertelenmesine, kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine karar verileceği belirtilmiştir.

2. fıkrada: Kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesine karar verilen kişinin erteleme karar tarihinden itibaren üç yıl içinde 1. fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi halinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verileceği öngörülmüştür. Bu süre zarfında aynı mahiyette yeni bir suç işlenmesi halinde bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümlerle cezaya mahkum olduğu takdirde, ertelenen soruşturma ve kovuşturmaya devam olunur.

3. fıkrada: “Mahkumiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkumiyete bağlı herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde aynı mahiyette yeni bir suç işlemesi halinde bu suçtan kesinleşmiş hükümlerle cezaya mahkum olduğu takdirde ertelenen mahkumiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur” hükmü getirilmiştir.

4. fıkrada: Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi ya da cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince dava zamanaşımı, dava süreleri ve ceza zamanaşımının duracağı belirtilmiştir.

5. fıkrada: “Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması halinde dahi bu madde hükümleri uygulanır” denilmektedir.

6. fıkrada: “Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazının tamamlanması halinde, bu mahkûmiyet hükmüne bağlı yasaklanmış hakların 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 13/A maddesindeki şartlar aranmaksızın geri verilmesine karar verilir” denilmektedir.

7. fıkrada: “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 hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir” hükmüne yer verilmiştir.

8. fıkrada: “Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hallerde, bu suçlar 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz” hükmü getirilmiştir.

bb) Geçici 2. maddenin 1. fıkrasında: “ Bu Kanunda yapılan değişiklikler karşısında; ilgili suçlardan dolayı açılan ve temyiz aşamasında bulunan dava dosyalarından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca; Yargıtay ilgili dairesinde bulunan dosyalar ise bu dairece, hükmü veren mahkemeye gönderilir” hükmü yer almaktadır.

2. fıkrada: Kanun yürürlük tarihi itibariyle karşılıksız faydalanma suçu kapsamına giren bir fiilden ötürü hırsızlık suçu kapsamında kovuşturulan veya, kesinleşsin ya da kesinleşmesin, hakkında hüküm verilen kişilerin, bu Kanun’un yürürlüğü tarihinden itibaren altı ay içinde zararı tamamen tazmin etmesi halinde, hakkında ceza ya hükmolünmayacağı, verilen cezanın tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacağı hükmü getirilmiştir.

3. fıkrasında: Maddenin yürürlük tarihi itibariyle koşullu salıverilmelerine bir yıldan az kalan ve açık ceza infaz kurumunda bulunan iyi halli hükümlülerin talepleri halinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebileceği belirtilmiştir.

Geçici 2. maddenin devamı fıkraları, mahkemelerin görev ve yetkisine Terörle Mücadele Kanunu’nun 10. maddesinin uygulanmasına ilişkindir.

cc) Geçici 3. maddede: 12 Eylül 1980 tarihinden önce işlenmiş olan suçlardan dolayı lehe kanunun 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun cezaların içtimasına ilişkin hükümleri uygulandıktan sonra ortaya çıkan sonuç ceza göz önünde bulundurulacak şekilde belirle-

neceği, belirlenen cezanın infaz bakımından lehe hükümler içeren kanuna göre infaz edileceği belirtilmektedir.

2. fıkrasında: terör suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hariç;

- a) Kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olanların,
- b) Taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanların,
- c) Adli para cezasının infazı sürecinde tazyik hapsine tabi tutulanların cezalarının doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getireceği öngörülmüş, bu fıkra hükmünün 31.12.2017 tarihine kadar uygulanacağı belirlenmiştir.

3. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

1. 6352 sayılı Kanun da, Torba Kanun olarak nitelenen kanunlaştırma yolunun genel sorunlarını taşımakta; değiştirilen kanunun sistematüğını bozmakta ve değışikliklerin takibini güçleştirmektedir.
2. Temel kanunlardan olan ceza kanunları kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirir ve derinden etkiler. TCK'nin düzenleme alanı, en fazla hukuki güvenlik ve istikrara gereksinim duyulan alandır. Toplumdaki değışim ve ihtiyaçlar paralelinde ceza kanunlarında da değışiklik yapılması gerekebilir. Ancak, aşırı yasa faaliyetleri ceza mevzuatında hukuki güvenlik ve istikrarı bozar, ceza adalet sistemine güveni zayıflatır, onun işleyişini yavaşlatır.
3. Suç ve ceza politikaları ileri görüşlülükle oluşturulmalı; ceza kanunu hükümleri genel, soyut ve objektif şekilde sevk edilmelidir. Aksi takdirde, reaksiyoner ceza hukuku anlayışıyla hareket edildiği izlenimini doğurur.
4. Türk Ceza Kanunu'nun içerdiği yapısal sorunlar, yapılan değışikliklerle giderilmek bir yana, daha da ağırlaştırılmıştır. Buna, rüşvet, irtikap ve güveni kötüye kullanmaya ilişkin yapılan düzenle-

meler örnek gösterilebilir. Yapılan değişikliklerde de, suç yasal tanımları son derece muğlak ve müphemdir. Bu durum, kişi hak ve özgürlüklerine kanunilik ilkesinin sağladığı güvenceyi zayıflatmaktadır.

5. TCK'da yapılan değişikliklerde kazuistik nitelik ağır basmaktadır. Değişiklik yapılan suç tiplerinde “teşebbüs”, “iştirak” ve “içtima”a ilişkin özel düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinden ayrılarak her bir suç tipine özgü hükümler sevk edilmesi, kanunun genellik, soyutluk ve objektiflik niteliklerine zarar vermekte, kanunun bütünlüğü kaybolmakta, sistematik yapısında zafiyet doğurmakta ve genel hükümlere istisna getirildiği anlamı taşımaktadır. Bu durum aynı zamanda, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin, özel kısımda düzenlenen suçlar bakımından yetersiz kaldığına işaret etmektedir.
6. Ceza adalet sistemimizin ağır sorunlarla karşı karşıya olduğu herkesin malumudur. Ceza mevzuatındaki değişiklikler yargılamanın çabuklaştırılması ve etkinleştirilmesi için yapılmakta, ancak her yapılan değişiklikle bu amaçtan biraz daha uzaklaşmaktadır. Yargılama makamlarınca görülmekte olup, çözümünde aşama kaydedilmiş uyuşmazlıklar defalarca yeniden ele alınmak zorunda kalınmakta; zaten ihtiyaçlara cevap veremez durumda olan yargının iş yükü daha da ağırlaştırılarak, işlevini yapamaz hale getirilmektedir.
7. Anayasal hukuk devletinde ceza kanunları topluma zararlı fiillerin önlenmesinde son çaredir. Her fırsatta yinelenen bu ilke en fazla göz ardı edilen ilke olmaktadır. Kanun koyucu tarafından yaratılan her suç tipinin topluma ağır maliyetler oluşturduğu daima hatırlanmalıdır. Suçlu sayılan kişinin toplum düşmanı değil, toplumun bir üyesi olarak yeniden kazanılması gerektiği unutulmamalıdır.
8. Ayrıca 6352 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle ceza yaptırımları ciddi biçimde ağırlaştırılmıştır. Bu durum, fiilin ağırlığı ve failin kusurluluğuyla orantılı ceza yaptırımını tayin edilmesi ilke-

siyle bağdaşmaz. Ceza adalet sisteminin etkinliğini yaptırımlarının ağırlığında gören anlayış, eski ve yerinde olmayan bir anlayıştır. Farklı hukuksal değerleri ihlal eden, farklı haksızlık ve kusurluluk değeri taşıyan fiillerin bir ve aynı suç tipi içerisinde eritilip, aynı ceza yaptırımına tabi tutulması isabetsizdir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu terimleriyle ifade etmek gerekirse; rüşvet verme ve rüşvet alma fiilleri, bunların basit ve mevsuf rüşvet halleri, keza faillerinin hukuki statüsü son derece farklıdır. Tüm bu fiilleri hiçbir fark gözetmeksizin bir ve aynı suç tipi içerisinde düzenleyip, aynı ceza yaptırımına tabi tutmak, fiilin ağırlığıyla ölçülü ceza tayini ilkesiyle bağdaşmaz.

9. Yeni TCK' da yapılan bu değişiklikler, ceza kanununun içerdiği yapısal sorunları daha da karmaşıklaştırmıştır. Üçüncü Yargı Paketi ile Türk Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikleri ceza adalet sisteminde olumlu bir gelişme şeklinde değerlendirmek güçtür.

BASIN YAYIN DAVALARINDA 4304, 4454 ve 6352 SAYILI ERTELEME KANUNLARI

Av. Fikret İLKİZ

Özet

Yargıda demokratikleşmenin sağlanacağı ve hazırlandığı söylenen “paket” tasarımlarla tüm sıkıntıların çözüleceği vaat edildi ve böyle bir beklenti oluştu. Bu şekilde toplumda özgürlükler için umut yaratıldı ve insanların onurları kırıldı. Kanun değişiklikleri yapıldı, ancak sorunlar değişmedi. 6352 sayılı Kanun bakımından da bundan farklı bir tablo söz konusu değildir. Sonuç olarak 6352 sayılı Kanunla kaldırılmış gibi gözükken CMK 250 inci maddesi ile görevli mahkemeler yargıya egemendir. Olağan dönemde, olağanüstü görevlidirler. Bu mahkemeleri, savcı atamalarını ve değişik adlarla teşkilat kanunu olmadan kurulan mahkeme ve yargıçlarla yargının yeniden inşası görevi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nundur. Referandum yapılmıştır ve bu inşa görevine “evet” denilmiştir.

Sonuç olarak; gazeteciler ve kişiler için ifade özgürlüğünün kullanılması sonucunda ortaya çıkan “esas” sorunu çözmek yerine “ertelemeyi” seçiyoruz.

Soruşturma ve dava sayısını sürekli çoğaltan ve ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü sınırlandıran yasal mevzuat ve uygulamalardan kaynaklanan sistematik bozuklukları çözmek, asıl hedefimiz olmalıdır.

Abstract

Recently we are passing through a period of promises made for democratization in judicial system which were to be realized by a series of “package” draft laws. These promises lead to a great public expectation as usual and thereby a hope for freedoms was also promised which failed to materialize. Many laws were changed in this context but the problems still stand there. This scene did not change after the modifications made by Law no 6352. After all, the courts given exceptional powers by article 250 of Criminal Procedural Code which seem to be abrogated by 6352 still have control over the judicial system. These are extraordinary courts functioning in ordinary times. The task for the creation and the organization of these courts with their staff is given to High Council of Judges and Prosecutors without any specific law of organization. This construction task of the High Council was approved by a plebiscite.

As a conclusion, we choose to “suspend” the “real” problem which occurs as a result of the use of freedom of expression rather than dealing with it. Our main goal should be solving the systemic defects caused by legal regulations and practices which increase the number of investigations and trials from day to day and limit the freedom of expression and press.

1. ASIL SORUN NEDİR?

Türk ceza hukuku “**panik mevzuatına**” geri dönmüştür. Hem de 6352 sayılı kanunla kaldırılmış olsa bile Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlükten kaldırılan 250, 251 ve devamı maddelerinde yer alan mantık ve zihniyet artık yargıya tam anlamıyla hâkimdir.

Herkes, hukuk üzerine demeçler veriyor. Hukuktan anlayan ne kadar çokmuş meğerse...

Herkes taraf olduğu için ve herkes “*tutukluluk*” üzerinden bir şeyler söylediği için, sonuç olarak; Türkiye’nin ceza hukuku sistemi, bertaraf oldu.

Türkiye’de yargı; “*tutukluluk hali*”, “*tutuklama*”, “*tutuklanırsın*”, “*tutuklandı*”, “*tutuklanacak*” gibi kelimelerden kurulu bir yapıya dönüştürülmüştür.

Kısacası, “**tutukluluk hali**”, tutukludur. Tedbir falan değildir, cezadır ve cezanın infazıdır.

Artık, yargıda önce kanuna uygun “**sorun**” yaratılıyor. Sonra yaratılan sorunun çözümü için “*demokrasi gereği*” davrandıkları edasıyla çözüm üretiyormuş gibi yapılıyor. Daha sonra da buldukları çarenin yarattığı yeni sorunlar üzerinden “**siyasetler**” sürdürülüyor...

Görüşüme göre, 6352 sayılı Kanun böyle bir kanundur ve bu anlayışa göre kanunlarda değişiklik yapılmıştır.

İnsanların “**tutuklulukları**” üzerine kurulu bir yargı sisteminde; cezaevindeki tutukluların “*özgürlükleri*” üzerine politika yapılan ülkede yaşamak demek, siz de tutuklusunuz demektir.

Artık “**korkular**” üreten, herkese gözdağı veren ve **vicdanı olmayan** bir hukuk sistemi üzerinden yaratılan sorunlar yargı sistemini bozmuştur ve hatta kanunları değiştiren kanun bile toplumda endişe ve panik yaratmaktadır.

Yargıda demokratikleşmenin sağlanacağı ve hazırlandığı söylenen “*paket*” tasarılarla tüm sıkıntıların çözüleceği vaat ediliyor ve bekleniyor! Açıklanmayan, ama Bakanlar kurulunda görüşülerek

Meclise sevk edileceği beklenen ve adına “paket” denilen, ama gizli tutulan “tasarılarla” yargıda “demokratikleşme” ve/veya tutuklulukta geçen “uzun süre”ye çözüm bulunacağı rivayet ediliyor...

Çok beklendi. Toplumda özgürlükler için umut yaratıldı ve insanların onurları kırıldı. Kanun değişiklikleri yapıldı, geldi, geçti. Sorunlar değişmedi.

Sonuç olarak 6352 sayılı Kanunla kaldırılmış gibi gözüken CMK 250 inci maddesi ile görevli Mahkemeler yargıya egemendir. Olağan dönemde, olağanüstü görevlidirler. Bu Mahkemeleri, savcı atamalarını ve değişik adlarla teşkilat kanunu olmadan kurulan mahkeme ve yargıçlarla yargının yeniden inşası görevi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nundur. Referandum yapılmıştır ve bu inşa görevine “evet” denilmiştir.

Özgürlükler, tutukludur. Yargının yargıları, bilinerek ve istenerek CMK’nun yürürlükten kaldırılan 250-251 inci maddeleriyle olağan dönemde “olağanüstü” bir yargı sisteminin egemenliğine terk edilmiştir. Panik mevzuatına bu kez bilinerek geri dönmüştür.

Sorun buradan başlamaktadır. Bu sorun, yargı reformu adı ile anılan tasarıların kanunlaşmasıyla kendisini sürekli yenileyen bir soruna dönüşmüştür.

02.07.2012 Kabul Tarihli 6352 Sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun” ile dava ve cezaların ertelenmesi yeniden düzenlenmiş ve Basın Kanununda değişiklik yapılmıştır.

Böylece eskiden basın yayın fiillerinin yarattığı özgürlük sorununun çözümünde bulunan ve “sorun çözen” yasal düzenlemeler, yeniden sorun çözmek üzere kendisini yenileyerek ve bu gün zamanımıza uyarlanarak karşımıza çıkmaktadır.

Daha önceden benzeri dava ve cezaların ertelenmesi hakkında iki ayrı Kanun kabul edilmiştir.

Bunlar 4304 sayılı ve 4454 sayılı kanunlardır.

6352 sayılı Kanun 05.07.2012 Perşembe günlü 28344 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Birincisi, 14.08.1997 kabul tarihli 4304 sayılı “**12.7.1997 Tarihine Kadar Sorumlu Müdür Sıfatı ile İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun**” (R.G. 14.08.1997 Mükerrer Sayı 23080) kabul edildiğinde, üç yıl süreyle sorumlu yazı işleri müdürlerinin suç ve cezaları ertelenmişti.

İkincisi ise, 28.08.1999 kabul tarihli 4454 sayılı “**Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun**” (R.G. 03.09.1999. Sayı 23805) olup üç yıl süreyle yeniden bir “erteleme” kanunu daha çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu Kanunun 1. maddesinin birinci fıkrasının “... basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup...” bölümünü Anayasa’ya aykırı buldu ve iptaline karar verdi (*Esas Sayısı: 1999/39, Karar Sayısı: 2000/23, Karar Günü: 19.9.2000*).

Böylece bu Kanundan “herkes” yararlandı ve zaten daha sonra “Rahşan Affı” olarak anılan 4616 sayılı kanun çıkarıldı.

Her iki “erteleme” yasaının Mecliste kabul tarihlerine göre aralarında 2 yıl 1 ay 14 gün vardır. Her iki yasa gazete ve dergilerde yazı yazan gazeteciler, sorumlu müdürler, televizyon ve radyolarda haber verenler, konuşma yapanlar için açılan soruşturma veya davalarla verilmiş cezalara “erteleme” adı altında koşullu af getirmiştir.

2. 4304 SAYILI KANUNLA SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRLERİNİN DAVA VE CEZALARI ERTELENMESİ HAKKINDA KANUN (1997)

14.08.1997 kabul tarihli “**12.07.1997 Tarihine Kadar Sorumlu Müdür Sıfatı ile İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun**” 4304 sayılı olan ve sadece sorumlu yazı işleri müdürlerini kapsayan yasaydı.

Hapishanelerde bulunan sorumlu yazı işleri müdürleri serbest kaldı. Örneğin sorumlu yazı işleri müdürü olarak 16 yıl ağır hapis cezasından hükümlü **Işık Yurtçu** özgürlüğüne kavuştu. Bu kanun zaten Işık Yurtçu Kanunu olarak biliniyordu. Hapis cezaları 3 yıl süreyle ertelendi. Bu kanunla sorumlu yazı işleri müdürleri hakkında dava açılması, açılmış dava varsa ve hüküm kurulmamış ise davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi hakkındaydı.

3 yıllık süre içinde sorumlu müdür sıfatıyla yeniden kasıtlı bir cürümden mahkum edilmeksizin geçirildiğinde, sorumlu müdür hakkındaki mahkumiyet vaki olmamış sayılır veya bu suçtan dolayı kamu davası açılmaz.

1997 yılı Temmuz ayında, 4304 sayılı sorumlu müdürler için hazırlanan yasa tasarısından o günlerde çoğu kimsenin haberi yoktu.

Bu tasarımı “tartışmak” için yılların gazetecisi, o yıllarda CHP İstanbul milletvekili Altan Öymen, İzmir DSP Milletvekili gazeteci Hakan Tartan ve hukukçu olarak benim çağrıldığım, Kanal E televizyonunda Nahit Duru’nun hazırlayıp sunduğu “7. Kulvar” programında ilk kez tasarımı konuşmuştuk. Tasarı “sınırlı” olarak sorumlu müdürlerle ilgiliydi. Gazeteci Öymen aklının emrettiği mantığı ile her zamanki gibi “gazeteci” ve “parlamento üyesi” sıfatıyla soruyu şöyle sormuştu: *“Peki bu tasarımı genişletsek, yazıyı yazan yazarlar, gazeteciler, muhabirler ve aydınlar veya karikatürü çizenler ile radyo ve televizyonlarda örneğin program hazırlamış , konuşma yapmış veya mitingde yaptığı konuşmadan dolayı yasalarla başı derde girmiş olanları da bu tasarıya dahil ederek yararlanmalarını sağlasak kime ne zararı olur ?”*

Sorduğu sorunun takipçisi olmuştu. 4304 sayılı Yasa tasarısı olarak Mecliste görüşülürken CHP’li arkadaşları ile birlikte ayrı ayrı değişiklik önerileri vermişlerdi. DSP’li Milletvekilleri bu değişiklik önerilerine katılmadılar. Katılmış olsalardı yasa, CHP’nin katkısıyla sadece sorumlu müdürler için çıkmayacak; konuşan ve söz söyleyenler hakkındaki davalarda ertelenmiş olacaktı.

3. 4454 SAYILI BASIN YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN İKİNCİ ERTELEME KANUNU (1999)

“Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” ise 4454 sayılı ikinci erteleme veya koşullu “af” yasasıdır. 23 Nisan 1999 tarihine kadar **sorumlu müdür sıfatı ile işlenmiş suçlar dahil, basın yoluyla, yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş** olup ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı on iki yılı geçmeyen suçlardan dolayı oniki yıl veya daha az şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum edilmiş bulunan kimselerin cezalarının infazı bu yasayla ertelenmişti. Yasadan yararlanacak kişilerin sayısı biraz daha genişletilmiş, bu kez sadece sorumlu müdürlerle sınırlı tutulmamıştır.

Hatırlarsanız Anamuhalefet (Fazilet) Partisi bu kanunun iptali ve herkes için geçerli sayılması amacıyla Anayasa mahkemesine iptal davası açmıştır.

Anayasa Mahkemesi yasanın birinci maddesinde bulunan ve sadece gazetecileri kapsadığı düşünülen **“...basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup...”** cümlesini Anayasa'nın 2.ve 10.maddesine aykırı bulunarak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 1999/39 Esas, 2000/23 Karar ve 19.09.2000 günlü iptal kararı 12 Ekim 2000 günlü Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi 4454 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin birinci fıkrasının iptal edilen bölümü nedeniyle doğan hukuksal boşluk kamu düzenini ve kamu yararını olumsuz yönde etkileyeceğinden TBMM'ne süre tanımıştır.

Gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının Resmi Gazetede yayımından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür. Yasanın ömrü yetmemiş ve Anayasa engeline takılmıştır. Meclise gerekli düzenleme yapılması için 12 Ekim 2000 tarihinden itibaren bir yıllık süre verilmiştir.

4. 6352 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİ HAKKINDAKİ ÜÇÜNCÜ DÜZENLEME (2012)

Adalet Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulu'na 16/01/2012 tarihinde kararlaştırılan “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Davա ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı” TBMM Başkanlığına 30 Ocak 2012 tarihinde sunulmuştur.¹

6352 sayılı Kanun aslında bu güne kadar yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla yapılan düzenlemelerin devamıdır ve sorunlara çözüm getirmek amacıyla hazırlanmıştır.

Kanun gerekçesinde “temel hak ve hürriyetlerden kabul edilen ifade özgürlüğü, çoğulcu demokrasilerde temel haklardan kabul edildiği”ne değinilmiştir. Hatta “ileri demokrasilerin “olmazsa olmaz şartı” olan ifade hürriyetinin birçok hak ve hürriyetin temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin kaynağı olarak değerlendirilmiştir.

Tasarının Genel Gerekçesinde basınla ilgili olarak şöyle bir açıklama yer almıştır:

“IV- Basın ve ifade hürriyeti konularında yapılan değişiklikler kapsamında;

Temel hak ve hürriyetlerden kabul edilen ifade ve basın özgürlüğü, çoğulcu demokrasilerde vazgeçilmez ve devredilemez bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, ifade hürriyeti, birçok uluslararası belgeye konu olmuş, Anayasamızda da ayrıntılı düzenlemelere tâbi tutulmuştur. Bu özgürlüğün kullanım araçlarından biri de basın yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıdır. Bu araçların, amacına uygun olarak işlevlerini yerine getirmeleri bakımından korunmaları demokratik toplumlarda asıl olup, bu anlamda **basın ve yayın özgürlüğü önündeki engeller kaldırılarak ve güvenceler sağlanarak, haber ve düşüncayı özgür kılmak hedeflenmektedir.** Bu nedenle, basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve ceza-

1 Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü. 30.1.2012. Sayı: B.02.0. KKG.0.10/101-464/544

ların infazının ertelenmesi ilişkin bazı düzenlemeler yapılması **toplumsal barışın sağlanması ve sürdürülmesi bakımından** büyük bir önem taşımaktadır. Önem taşıması nedeniyle basın yoluyla ya da sair düşünce açıklama yöntemleriyle işlenen suçlar yönünden erteleme imkânı getirilmiştir.”²

Sonuç olarak genel gerekçede ifade edildiği gibi, öncelikle **basın ve yayın özgürlüğü önündeki engeller kaldırılarak ve güvenceler sağlanarak, haber ve düşünceyi özgür kılmak hedeflenmiştir.**

Ardından basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların infazının ertelenmesi ilişkin bazı düzenlemeler yapılması yoluyla “**toplumsal barışın sağlanması ve sürdürülmesi**” amaçlanmıştır.

Yine Tasarının Geçici 1 Madde hakkındaki gerekçesi Genel Gerekçe ile aynıdır.

“ **Geçici Madde 1-** Temel hak ve hürriyetlerden kabul edilen ifade ve basın özgürlüğü, çoğulcu demokrasilerde vazgeçilmez ve devredilemez bir hak olarak kabul edilmektedir. İleri demokrasilerin “olmazsa olmaz şartı” olan ifade ve basın hürriyeti, birçok hak ve hürriyetin temeli, kişisel ve toplumsal gelişmenin kaynağı olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, ifade hürriyeti, birçok uluslararası belgeye konu olmuş, Anayasamızda da ayrıntılı düzenlemelere tâbi tutulmuştur.

Bu özgürlüğün kullanım araçlarından biri de basın yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıdır. Bu araçların, amacına uygun olarak işlevlerini yerine getirmeleri bakımından korunmaları demokratik toplumlarda asıl olup, bu anlamda basın ve yayın özgürlüğü önündeki engeller kaldırılarak ve güvenceler sağlanarak, haber ve düşünceyi özgür kılmak hedeflenmektedir. Bu nedenle, basın yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların infazının ertelenmesi ilişkin bazı düzenlemeler yapılması toplumsal barışın sağlanması ve sürdürülmesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

2 TBMM. Yasama Dönemi 24. Yasama Yılı: 2. Sıra Sayısı 278. Sayfa 8

Tasarıyla, 31 Aralık 2011 tarihine kadar basın yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı; kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükümlerinin infazının ertelenmesi imkânı getirilmektedir.”

Tasarıda yer alan bu gerekçelere dayalı olarak yapılan düzenleme şöyledir:

DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİ

02.07. 2012 Kabul Tarihli 6352 Sayılı “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun” ile “dava ve cezaların ertelenmesi” başlıklı Geçici 1. Madde kabul edilmiştir.

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, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın **kamu davasının açılmasının ertelenmesine,**

b) Kovuşturma evresinde, **kovuşturmanın ertelenmesine,**

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet **hükümünün 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 olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmayla **devam olunur**.

(3) Mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkûmiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen mahkûmiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur.

(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 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı 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 hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(8) Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun **erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz**.

Bu düzenleme nedeniyle kabul edilen Geçici madde 2 ile getirilen düzenleme de şöyledir:

GEÇİCİ MADDE 2 – (1) Bu Kanunda yapılan değişiklikler karşısında; ilgili suçlardan dolayı açılan ve temyiz aşamasında bulunan dava dosyalarından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca; **Yargıtay** ilgili dairesinde bulunan dosyalar ise bu dairece, **hükmü veren mahkemeye gönderilir.**

Bu koşullarda Tasarıda yer alan basın yayın fiilleri, basın özgürlüğü konusundaki gerekçede yazılı olan tespitini iki ayrı başlık altında bir başka bakış açısıyla değerlendirirsek; basın ve yayın özgürlüğü önünde engeller vardır ve ayrıca “haber ve düşünce özgür” değildir.

Basın ve yayın yoluyla ya da “**sair düşünce açıklama yöntemleriyle**” açıklanmış olan düşünce açıklamaları hakkında getirilen üçüncü “erteleme” 6352 sayılı Kanunla, yani 3. Yargı paketi ile getirilmiştir. Basın yayın yoluyla işlenen suçlar eğer adli para cezasını içeriyorsa ya da cezanın üst sınırı 5 yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiriyorsa; bu suçtan dolayı yapılmakta olan savcılık soruşturmaları, kovuşturmalar yani görülen ceza davaları ya da hüküm verilmiş ise mahkûmiyetler “askıya” alınacak. Savcılık soruşturmaları, kovuşturmalar yani ceza davaları ve verilmiş hükümler dahil suçların ve cezaların infazları “ertelenecek”

Eğer bu erteleme sonrası üç yıl içerisinde benzer bir suçun işlenmemesi halinde suç ve cezaların tüm sonuçları ortadan kaldırılmış olacak. Hakkında erteleme kararı verilen kişi, eğer erteleme kararının verildiği tarihten itibaren 3 yıl içinde aynı suçu işlemezse, hakkındaki ertelenmiş dosya işleminden kaldırılacak. Eğer aksi olur ve hakkında erteleme kararı verilen kişi aynı suçu işlenirse ertelenen soruşturma veya dava bu kez yeniden kaldığı yerden devam edecek... (6352 sayılı Kanun Geçici Madde 1)

Sonuç olarak; gazeteciler ve kişiler için ifade özgürlüğünün kullanılması sonucunda ortaya çıkan “**esas**” sorunu çözmek yerine “**ertelemeyi**” seçiyoruz.

Soruşturma ve dava sayısını sürekli çoğaltan ve ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü sınırlandıran yasal mevzuat ve uygulamalardan kaynaklanan sistematik bozuklukları çözmek, asıl hedefimiz olmalıdır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE DİN ve VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN BİR YANSIMASI OLARAK VİCDANİ RED HAKKI

Dr. Şennur Ağırbaşı*

Özet

Vicdani red, bir bireyin politik görüşleri, ahlaki değerleri veya dinsel inançları doğrultusunda zorunlu askerliği reddetmesidir. Günümüzde Türkiye hariç olmak üzere, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin tamamı vicdani reddi bir hak olarak tanımaktadırlar. Bu makalenin amacı, vicdani red sorununu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 9. maddesinde garanti altına alınan din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde incelemektir. Bu amaçla çalışmada öncelikle vicdani red kavramı ve vicdani red ile ilgili uluslararası düzenlemeler kısaca ele alınmış, daha sonra AİHS'nin 9. maddesi hem genel olarak hem de vicdani red bağlamında özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ilgili kararları dikkate alınarak irdelenmiş ve ayrıca vicdani reddin Türk hukukundaki yeri tesbit edilmiştir. İncelemenin sonucunda, gerek AİHS'nin ve gerekse de Protokollerinin vicdani redde doğru-
dan yer vermediği; ancak AİHM'nin kararlarında vicdani reddin açıkça korunduğu; Türk hukukunda ise vicdani red ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmediği, Anayasa'nın vicdani red hakkını engellemediği ancak yasalarımızda bu hak ile çatışan ve vicdani redçilerin cezalandırılması sonucunu doğuran düzenlemelerin olduğu görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: vicdani red, AİHS, AİHM, din ve vicdan özgürlüğü.

Abstract

Conscientious objection is an individual's refusal to serve in religious or political reasons. Today, all member states of Council of Europe despite of Turkey recognize conscientious objection as one of an individual rights. This study analyzes the problem of conscientious objection in framework of Article 9 of European Convention on Human Rights (ECHR) "freedom of conscience and religion". Therefore this study analyses the understanding of objection for grounds of conscience and the international regulations for conscientious objection due to reasons of conscience. In this study we explicitly outlined in consideration of article 9 EMRK as well as in relation with the recent jurisdiction for the right of withdrawal for reasons of conscience of the European Court of Human Rights (ECtHR), the status of right of withdrawal for reasons of conscience within the Turkish Law. The study concludes that although the ECHR and their additional protocols do not directly include the right of conscientious objection, the ECtHR protects these rights through its decisions. Also, there is no regulation about the right of conscientious objection within Turkish Law including the Turkish Constitution. Although the Constitution does not prohibit this right, there are rules in the existing Turkish legal system conflicting with this right.

Keywords: Conscientious objection, ECHR, ECtHR, freedom of religion, civil disobedience.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'den mezun olduktan sonra mesleğini İzmir Barosu'na kayıtlı olarak bir süre icra eden yazar, daha sonra Saarbrücken Üniversitesi'nde master ve doktorasını yapmış ve halen aynı Üniversite'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması konusunda ders vermektedir.

I. Giriş

Vicdani red genel olarak, bir kişinin vicdani kanaatini ya da felsefi ve ahlakî görüşlerini ileri sürerek zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulması talebini ifade eden bir kavramdır.¹ Burada birey düzeni, devlet otoritesini doğrudan reddetmemekte, fakat otoritenin buyruklarıyla yaşamının temelini oluşturan ve adeta kendisiyle özdeşleşmiş olan dinî, ahlakî, felsefi, insani ve vicdani değerler sisteminin buyrukları arasında mutlak bir bağdaşmazlık olduğu inancıyla, ordu içerisinde görev almayı, orduya ait bir elbise giymeyi ve silah taşımayı red eder. Bireylerin farklı motivasyonlarla sergiledikleri bu durumun ortak noktası, ölme ve öldürme üzerine kurulmuş savaş mekanizması ile farklı düzeylerde de olsa, işbirliği yapmayı reddetmeleridir.² Başlangıçta askerlik hizmetinden kaçınma biçiminde ortaya çıkan vicdani red, zamanla askeri harcamalara kaynak oluşturması nedeniyle vergi vermeme, hapisanede bazı kurallara uymama gibi çeşitli alanlara yayılmıştır. Bu bakımdan vicdani reddi, salt askerlik hizmetinden kaçınmayı ifade eden basit ya da dar anlamda vicdani red ve askeri kaynaklı, askeri unsurlar içeren bütün emirler ile savaşa temel oluşturan bütün sivil ya da askeri yükümlülükleri veya askerlik hizmetinin yerine sunulan alternatif tüm hizmetleri tamamen red eden total-köktenci ya da geniş anlamda vicdani red olmak üzere ikiye ayırabiliriz.³ Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde vicdani nedenlerle askerlikten muaf tutulmak isteyen kişiye bunun karşılığında kanunun öngördüğü bir kamu hizmetinde belirli bir süre çalışma yükümlülüğü getirilebileceği, yani alternatif sivil hizmet olanağının sunulabileceği genellikle kabuledilen bir görüştür.

Vicdani reddin tanınması anlamında Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkeleri inceleyecek olursak karşımıza dört grup çıkar: Birinci grubu zorunlu askerliği zaten kaldırmış ve profesyonel ordulara sahip olan

1 Bkz. *Ömer Anayurt*, Avrupa'da Vicdani Red Sorunu: İstemden Normatif Düzleme, Mülkiye Cilt: XXXI, Sayı: 254, s. 150. Vicdani red kavram ve tarihçesinin ayrıntılı tanımlama ve anlatımı için bkz. *Barış Esmer*, Türkiye'de ve Dünyada Vicdani Ret, Propaganda Yayınları, 2011.

2 Bkz. *Hülya Üçpınar*, Türkiye'de Vicdani Reddin Suç ve Ceza Konusu Olması ve Sonuçları, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Yayına Hazırlayan: *Ş. H. Çımar / Ç. Üsterci*, İletişim Yayınları 2008, s. 313-334 (313).

3 Bkz. *Ömer Anayurt*, a.g.e., s. 151.

ya da Andora, İzlanda, Lihtenştayn ve Monako gibi herhangi bir ordusu olmayan ve bu nedenle de alternatif sivil hizmet olanağı sunulmasına ihtiyaç duyulmayan ülkeler oluşturur.⁴ Zorunlu askerlik hizmetinin devam ettiği ama aynı zamanda vicdani red beyanında bulunan kişilere, askerlik süresi kadar ya da daha uzun sürelerde kamu hizmetinde çalışma zorunluluğu şeklinde alternatif sivil hizmet verme olanağı sunan ülkeler ise üçüncü grubu oluşturmaktadırlar.⁵ Bu süreler mesela Arnavutluk'da 12-12 ay iken, Avusturya'da 8-12 ay; Finlandiya'da 6-13 ay; Yunanistan'da 12 ve 23 aydır.⁶ Üçüncü gruba ise, zorunlu askerlik hizmeti yerine sivil hizmet verme olanağını yasal olarak hükme bağlamış, ancak bunu gereği gibi uygulamayan Azerbaycan ve Ermenistan oluşturmaktadır. Sadece zorunlu askerlik hizmetinin olduğu ve alternatif sivil hizmet olanağınının tanınmadığı dördüncü grupta ise tek ülke vardır: Türkiye. Sonuç itibarıyla Avrupa Konseyi'nin toplam 47 üye ülkesinden sadece bizim ülkemizde alternatif sivil hizmet olanağı tanınmamaktadır.

Bu yazıda AIHM'nin demokratik bir toplumun oluşturulması, korunması ve geliştirilmesi için gerekli gördüğü vicdani red hakkının özellikle 9. madde çerçevesinde nasıl korunduğunu, bu hükmün konu, kapsam ve sınırlarını genel anlamda inceledikten sonra, konuyla ilgili kararların analize edilmesi suretiyle yeniden ortaya koyacağız.

II. Uluslararası Hukukta Vicdani Red Hakkı

Vicdani reddin uluslararası hukuk alanında tartışılmaya açılması ve bir hak olarak tanınıp uluslararası belgelerde yer alması yeni değildir.⁷ Ancak burada hakkın tarihçesine detaylı olarak değinme-

4 Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İtalya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Portekiz, San Marino, Slovenya. Bu gruba 1 yıl kadar önce Almanya da dahil olmuştur.

5 Bunlar sırasıyla Arnavutluk, Avusturya, Bosna Hersek, Bulgaristan, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Hırvatistan, İsveç, İsviçre, Karadağ (Montenegro), Letonya, Litvanya, Makedonya, Moldova, Norveç, Polonya, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Slovakya, Ukrayna ve Yunanistan'dır.

6 Bkz. *Ümit Kardaş*, Radikal 24.01.2006.

7 Vicdani reddin uluslararası hukuk alanındaki yeri ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. *Sabahattin Nal*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Vicdani Ret, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2010/7, S. 253-274.

den, temeli niteliğinde olan birkaç önemli hukuk metninden söz etmekle yetinilecektir. Bunlardan ilki Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 8 Mart 1989 tarih ve 1989/59 sayılı kararıdır.⁸ Komisyon bu kararında vicdani reddin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında bir hak olduğunu kabul etmiş ve bu hakkın üye devletlerin hukuk sistemleri içerisine alınması gerektiğini vurgulamıştır. Komisyon daha sonra bu kararını temel alan 1993 tarihli Askerlik Hizmetinin Vicdanen Reddedilmesi'ne ilişkin bildiriminde bireylerin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşme'nin 18. maddelerinde yer alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün meşru kullanımı çerçevesinde askerlik hizmetinden vicdani red gerekçesiyle kaçınabileceklerini belirterek, tüm devletleri bu konuda gerekli her türlü düzenlemeyi yapmaya davet etmiştir.⁹ 2000 yılının Nisan ayında oylamaya başvurmadan karara bağlanan 2000/34 nolu bildirimde ise Komisyon herkesin vicdani nedenlerle askeri hizmete karşı çıkma hakkı olduğuna dikkat çekmiş ve vicdani red itirazında bulunanlara itiraz gerekçeleri ile uyumlu, savaşçı değil sivil nitelikte, kamu çıkarına yönelik ve cezalandırıcı olmayan alternatif hizmet imkanları sağlamalarını tavsiye etmiştir. Komisyon burada ayrıca ölüme neden olabilecek güç kullanmayı zorunlu kılmanın vicdan özgürlüğü ile din ve inançlarını yansıtırma hakkıyla çatışacağını belirterek vicdani reddi bir hak olarak kabul etmiş, haktan yararlananların ileri sürdükleri nedenlerden ve özel inançlarından dolayı ayırimcılığa uğratılmayacaklarını ve askeri hizmeti yerine getirmeyenler ile getirenler arasında da ayırimcılık yapılamayacağını karara bağlamıştır.¹⁰ Bir-

8 Conscientious objection to military service, The Commission on Human Rights, 1989/59, 48th meeting, E/CN 3/1989/L.96, Para.2-6. Aşağıdaki web sitesinde orjinal metin mevcuttur (son erişim-19.10.2012):
[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/b71bd1020b0b37d9c1256a140038812b/\\$FILE/13100.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/b71bd1020b0b37d9c1256a140038812b/$FILE/13100.doc).

9 Conscientious objection to military service, The UN-Commission on Human Rights, 1993/84, 67th meeting, E/CN 4/1993/L.107, Para.1-3. Aşağıdaki web sitesinde orjinal metin mevcuttur (son erişim-19.10.2012):
[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/b71bd1020b0b37d9c1256a140038812b/\\$FILE/13100.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/b71bd1020b0b37d9c1256a140038812b/$FILE/13100.doc).

10 Civil and Political Rights, Including The Question Of:Conscientious Objection To Military Service, Report of the High Commissioner submitted pursuant to Commission resolution 2000/34,

leşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun sözkonusu 2000/34 No'lu kararına dayanarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından 14 Mart 2002'de hazırlanan raporda da, vicdani reddin temel bir hak olduğu yeniden vurgulanmış, konuyla ilgili ulusal düzenlemelerdeki eksikliklere değinilmiş ve bir an önce yapılması gerekenlerin altı çizilmiştir.¹¹

Konuyu Avrupa Konseyi çerçevesinde ele aldığımızda ise karşımıza Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun biraz önce sözünü ettiğimiz bildirimlerine benzer Bakanlar Komitesi ya da Parlamenterler Meclisi tavsiye kararları çıkmaktadır. Avrupa Konseyi'nin vicdani ret hakkını tanıyan ilk kararı Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1967 tarihli 337 nolu kararı 478 nolu tavsiyesidir.¹² Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin yanı sıra Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 1987 yılında aldığı kararla açık bir şekilde vicdani ret hakkını tanımıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kararına göre „zorunlu askerlik hizmetinden sorumlu olan ancak vicdani nedenlerle silah kullanmayı reddeden herkes bu hizmeti yapma yükümlülüğünden kurtarılma hakkına sahip olmalıdır (...) Bu kişiler, alternatif hizmetler yapmaya sorumlu tutulabilir. (...) Bununla birlikte, alternatif hizmet... ilkesel olarak sivil ve kamu yararına olmalı (...) cezalandırıcı nitelikte olmamalıdır“.¹³ R(87)8 numaralı tavsiye kararında Bakanlar Komitesi ayrıca üye devletlerden “askerlik hizmeti yapmakla mükellef olan herkesi, vicdani sebeplerle silah

The Commission on Human Rights, Fifty-eighth session, E/CN.4/2002/WP.2,14 March 2002, para. 34. Aşağıdaki web sitesinden orjinal metne ulaşmak mümkündür (son erişim-21.10.2012): [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/AllSymbols/4608238E8449FB7EC1256B-C00050A262/\\$File/G0211428.doc?OpenElement](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/AllSymbols/4608238E8449FB7EC1256B-C00050A262/$File/G0211428.doc?OpenElement).

- 11 Commission on Human Rights, Resolution 2000/34 Conscientious objection to military service, 20 April 2000, E/CN.4/RES/2000/34. Aşağıdaki web sitesinden orjinal metne ulaşabilirsiniz (son erişim-19.10.2012): <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00efa128.html>
- 12 Resolution 337(1967), on the right of conscientious objection, Text adopted by the Assembly on 26th January 1967 (22nd Sitting). Aşağıdaki web sitesinden orjinal metne ulaşmak mümkündür (son erişim-19.10.2012): <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta67/ERES337.htm>.
- 13 Recommendation No. R (87) 8, Committee of Ministers To Member States Regarding Conscientious Objection To Compulsory Military Service, (Adopted by the Committee of Ministers on 9 April 1987 at the 406th meeting of the Ministers' Deputies), para.1-10. Orjinal metne “<http://wri-irg.org/node/6378>” web-sitesinden ulaşabilirsiniz (son erişim-19.10.2012).

kullanmayı reddetmesi halinde, bu hizmeti yerine getirme zorunluluğundan muaf tutmasını ve üye devletlerin hükümetlerinin kendi iç hukuklarını ve uygulamalarını bu esasa uygun hale getirmesini” istemektedir.¹⁴ Bu kararlar, bağlayıcı bir niteliğe sahip olmasa da yetkili organlar tarafından yapılmış yorumlar olarak kabul edilir ve Sözleşme organları tarafından görmezden gelinemez.¹⁵

Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve gerekse Ek Protokolleri vicdani red hakkını açıkça tanıyan bir hükmü ihtiva etmeseler de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bu hakkı önceleri dolaylı, kısa bir süre önce de dolaysız olarak destekleyen bir dizi kararı bulmak hiç de zor değildir. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. (İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele Yasağı),¹⁶ 5. (Özgürlük ve Güvenlik Hakkı)¹⁷ ve özellikle de 9. maddesinin (Din ve Vicdan Özgürlüğü) 14. madde (Ayrımcılık Yasağı) ile bağlantılı¹⁸ ya da yalnız olarak uygulanmasından yola çıkarak, birçok olayda vicdani red hakkının tanınması sonucu redçi mağdurun maruz kaldığı uygulamaları sözleşme ile bağdaşmaz bulmuş ve davalı ülkeleri bu nedenle tazminat ödemeye mahkum etmiştir.

14 Committee of Ministers, Recommendation No. (87)8 regarding conscientious objection to compulsory military service, adopted on 9. April 1987 at the 406th meeting of Ministers' Deputies, par. 10-11. Orjinal metne “<http://ebco-beoc.org/node/186>” adresindeki web sitesinden ulaşabilirsiniz (son erişim-19.10.2012).

15 *Sabahattin Nal*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Vicdani Ret, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2010/7, S. 261.

16 AİHM'nin 24.01.2006 tarihli, *Osman Murat Ülke v. Turkey* davasındaki kararı, Başvuru no. 39437/98 (Bu ve bundan sonra makalede sözü edilen kararların İngilizce veya Fransızca metinlerini, başka bir kaynak verilmediği takdirde, başvuru numarasını „Application no.“ ya da dava adını vererek „budoc.echr.coe.int„ adresinden bulabilirsiniz).

17 AİHM'nin 22.05.1984 tarihli, *De Jong, Baljet and van den Brink v. Netherland* davasındaki karar, Başvuru no. 8805/79; 8806/79; 9242/81. Ayrıca bkz. AİHM'nin 29.05.1997 tarihli, *Tsirlis and Kouloumpas v. Greece* davasındaki kararı, Başvuru no. 19233/91; 19234/91.

18 AİHM'nin 06.04.2000 tarihli, *Thlimmenos v. Greece* davasındaki kararı, Başvuru no. 34369/97.

III. AİHS Madde 9 “Din ve Vicdan Özgürlüğü”

III.1 Genel Olarak Hakkın Konusu, Kapsamı ve Sınırlama Alanı

III.1.a Hakkın Konusu ve Kapsamı

Düşünce, vicdan, din ve inanç sözcükleri, bireysel ya da toplumsal duygu, irade, zihin ve şuuru ya da görüş, öğreti ya da sosyal bir kurumu ifade eden, oldukça geniş bir alanı kapsayan kavramlardır. Vicdani inanç veya kanaat de, varoluşa ve hayatın anlamına ilişkin olmakla beraber, kökeni bakımından mutlaka dinî olmayan, felsefî veya başka türden de olabilen derin inaçları da ifade eder.¹⁹ Genel olarak din ve vicdan özgürlüğünden öncelikle kişinin vicdani bir kanaate sahip olması ve devamında ise bu kanaatini dışa vurması durumu anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle özgürlük bireylerin hem sprituel inanç veya kanaatlerini, hem de bu dini-felsefî öncüllerin dış dünyaya yansıyan ifadelerini korur. Şu halde, düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünün birinci boyutu *vicdani özgürlükle*, ikincisi ise *inanç dışa vurma* veya *izhar* etmeyle ilgilidir.²⁰

AİHS'nin 9.maddesinin 1.fikrasının ilk cümlesinde mutlak bir düşünce, vicdan ve din özgürlüğü herkes için bir hak olarak öngörülmüştür. Bu hüküm özgürlüğün iç dünyadaki yansımasıyla, başka bir deyişle *forum internum* alanıyla ilgili olup, bireysel ya da dinsel inançlar alanını sınırsız bir şekilde korur. İçsel dünyaya dair olan fikir ve inanç edinilmesi ve değiştirilmesi hakkı hiç bir şekilde sınırlanamaz, devletin müdahalesine konu olamaz. Birey inançları nedeniyle suçlanamaz, kendisine zora dayanan, serbest iradeyi etkileyen herhangi bir yolla, bir inanç kabul ettirilemez veya inançlarından vazgeçirilemez. Kişi istediği inanca sahip olabileceği gibi, bunu açıklamaya da zorlanamaz. 9.maddenin 1.fikrasının ikinci

19 Burada özellikle belirtmek gerekir ki, Mahkeme 9.maddede koruma altına alınan din, düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğü ile kast edilen değerlerin, AİHS'nin 10.maddesinde öngörülen düşünce özgürlüğü ve onun konusunu oluşturan, her türlü bireysel fikir ve tercihler ile karıştırmamak gerektiğini de vurgulamaktadır. AİHM'nin 25 Şubat 1982 tarihli, *Campbell and Cosans v. United Kingdom* davasındaki kararı, Başvuru no. 7511/76 ve 7743/76, par. 36.

20 Bkz. İnsan Hakları, Ankara 2006, S. 59. Kaynak (son erişim-19.10.2012): <http://www.scribd.com/doc/55662517/31/i-Dusunce-Vicdan-ve-Din-Inanc-Ozgurlugu>.

cümlesinde ise, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğü, kısaca özgürlüğü dış dünyaya yansıtma hakkı, “*forum externum*” alanı garanti altına alınmıştır. Görüldüğü üzere 9.maddede, inancın toplu ya da bireysel, yani kamu önünde ya da özel alanda uygulanması şeklinde ikili bir ayırım yapılmıştır. Dini inancın uygulama formu ile ilgili olarak da, ayin, dinsel eğitim (ders), ibadet ve dini kurallara saygılı olma yöntemleri sayılmıştır. Dini inancın uygulanması ile ilgili hükümde sadece dört formun belirtilmiş olması, karşımıza bu listenin ucunun açık olup olmadığı gibi önemli bir soruyu çıkarsa da, gerek AİHM'nin içtihatları gerekse alan literatürü oldukça net bir biçimde Sözleşme hükümlerinde boşluk ile karşılaşıldığında ya da hakkın korunmasının kapsamında şüphe vasıl olduğu durumlarda, hadisenin haktan en iyi şekilde yararlanılabileceği doğrultuda geniş yorumlanması gerektiği prensibinden (*effet utile*) hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir.²¹

Gerek 9.maddede sayılan inancı uygulama yöntemlerine dair listenin ucunun açık olması, gerekse de *dini kurallara saygılı olma* kavramının geniş yorumlamaya elverişli olması, dinin gereklerini yerine getirme amaçlı her eylemin din özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK)²² *Arrowsmith ./.*

-
- 21 AİHM'nin 25. Mayıs 1993 tarihli, *Kokkinakis v. Greece* davasındaki kararı, Başvuru no. 14307/88. Sözkonusu kararda AİHM, Yehova Şahidi olan başvuruçunun Ortodoks bir kadını Yehova Şahitliği'ne inandırmak için kitaplardan parçalar okuması ve bazı kitaplar vermesi etrafında gelişen faaliyetlerini 9. maddede yer alan *öğretim* kavramının içereceğini, bu kavramın kastının okullardaki dinî eğitim faaliyetlerinden daha geniş anlaşılması gerektiğini, buradaki dinini izhar etme özgürlüğünün, ilke olarak başkalarını öğretim yoluyla ikna etme hakkını da içereceği, aksi takdirde 9.maddenin öngördüğü dinini veya kanaatini değiştirme özgürlüğünün hükümsüz, ölü bir ifadeden ibaret kalacağını vurgulamıştır. **Kararın İngilizce tam metni için bkz. (son erişim-21.10.1012): http://www.menschenrechte.ac.at/orig/93_4/Kokkinakis.pdf**
- 22 AİHS'nin orjinal metni Komisyon ve Divan olmak üzere sadece iki temel denetim organı öngörmüştür. Sözleşmenin denetim mekanizmasının günün koşullarına uygun duruma getirilmesi amacıyla hazırlanan ve önemli yapısal değişiklikler içeren 11. nolu Ek Protokol (1 Kasım 1998) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kurulmuş ve Komisyon işlevini yitirmiştir. Eski düzenlemede Sözleşme ile öngörülen haklardan birinin ihlal edildiği iddiasına dayanılarak bir başvuru yapıldığında, öncelikle Komisyon bu başvurunun kabul edilebilir olup olmadığı yönünde bir karar vermekteydi. Eğer Komisyon başvurunun kabul edilemez olduğu düşüncesindeyse (AİHS eski md. 27) bunu bağlayıcı ve davayı sona erdiren bir kararla tesbit etmekteydi. Diğer denetim

*Birleşik Krallık*²³ ve benzeri davalardaki kararlarında, 9.maddenin ilk paragrafında kullanılan uygulama (*pratiques/ practice*) teriminin din veya inanç saikiyle ya da etkisiyle yapılan her eylemi kapsamadığını, eylemlerin sözkonusu inancı ifade etmesi gerektiğini, sadece inanç saikiyle veya etkisiyle yapılan her eylemlerin 9.maddenin koruma alanına girmeyeceğini belirtmiş ve inancın dışı vurumu niteliğinde olan eylemleri, *inancı ifade eden ve inanç saikli* (etkili) eylemler olarak ikiye ayırmıştır.²⁴

Bir başka davada ise Komisyon, inancı açığa vurma olduğu öne sürülen eylemlerin *inançların zorunlu ifadesi* ve genel kabul gören biçimiyle *din ya da kanaatin uygulama görünümünü oluşturan ibadet ve dindarlık eylemleri* gibi kişisel inançla yakından ilintili eylemler olup olmadıklarını sorgulamıştır.²⁵ AİHS'nin 9.maddesinin *inancın zorunlu ifadesi* olan eylemleri koruyacağı, fakat *inanç saikiyle yapılan her türlü eylemi korumayacağına* ilişkin sözkonusu Komisyon görüşünü daha sonra Mahkeme de içtihatlarına almıştır.²⁶

organları olan Divan ve Bakanlar Komitesi ancak, Komisyon'un kabul edilebilir kararı vermiş olması ve Sözleşmenin ihlali hakkında bir rapor düzenlemesinden sonra devreye girebilmekteydi (AİHS eski md. 31). Bu rapor kesin olmadığı gibi, bağlayıcı da değildi. Yalnızca diğer organlardan birinin kesin karar vermesinde hazırlayıcı bir rol almaktaydı. Komisyon, "kabul edilebilir" kararından sonra taraflar arasında "dostane bir çözüm, dostça çözüm" yoluna (AİHS eski md. 28/1-b) da gidebilmekteydi. Komisyon'un tüm çalışma şekli ve oturumları gizlilik içinde yapılmaktaydı (AİHS eski md. 33).

23 AİHK'nun 12.10.1978 tarihli, *Arrowsmith v. United Kingdom* davasındaki kararı, Başvuru no. 7050/75, DR 19, s. 5, par. 82-86.

24 AİHK'nun 03 Mayıs 1993 tarihli, *Karaduman v. Turkey* davasındaki kararı, Başvuru no. 16278/90 03.05.1993, D.R. 74, s. 93. Burada Komisyon üniversiteden mezun olan bir kadın öğrencinin, mezuniyet belgesine başı açık olan bir fotoğraf yapıştırılması mecburiyeti nedeniyle başörtüsüz fotoğraf çekirtmeyi reddetmesini, dini inanç saikli olsa da bunun inancın tezahürü sayılmayacağını, diplomaya yapıştırılan fotoğrafın amacının dini inançları izhar etmek değil, kişinin teşhis edilmesi amaçlı olduğunu belirterek, üniversitenin bu uygulamasının 9. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.

25 AİHK'nun 6 Ocak 1993 tarihli, *Yanaşık v. Turkey* davasındaki kararı, Başvuru no. 14524/89, DR. 74, s. 14. Burada Komisyon, askeri bir öğrenci olan başvurucunun, amaç ve programı dinsel kuralların üstünlüğünü sağlamak olan köktendinci İslamcı bir harekete katılıp, bu hareketin yayınlarını okuduğu ve ideolojik nitelikli toplantılara katıldığı için üst üste disiplin cezaları almış ve sonuçta Harp Okulu'ndan uzaklaştırılmış olmasını Sözleşme'nin 9.maddesinin ihlali olarak görmemiş ve askeri bir okula kayıdolan öğrencinin kendi rızasıyla askeri kurallara tabi olduğunu, askeri disiplinin niteliği gereği, silahlı kuvvetlerin mensuplarına, sivillere dayatılamayacak olan bazı sınırlamaları getirilebileceğini belirtmiştir.

26 AİHM'nin bu yöndeki kararlarından bazıları şunlardır: 29 Haziran 2004 tarihli, *Leyla Şahin v. Turkey* davası, Başvuru no. 44774/98; 29 Haziran 2004 tarihli, *Zeynep Tekin v. Turkey*

9. maddenin 1.fıkrasının ikinci cümlesinde öngörülen hüküm ilk cümlelerin aksine mutlak değildir ve 2.fıkradaki sınırlamaların da uygulama alanını oluşturur; kısaca bir din veya inancın gerekli kıldığı veya ilham ettiği her hareketi ve uygulamayı korumaz.²⁷ Sözleşme organları, gerek yetki sorunu gerekse de işin doğası gereği, genel olarak din ya da inanç terimlerini doğrudan tanımlamaktan kaçınmış, ancak 9.maddenin koruma alanının açılabilmesi için gerekli olan kıstasları belirlemekle yetinerek, kendilerine geniş bir takdir yetkisi kullanabilecekleri alan yaratmışlardır. Ve böylece klasik din kavramının içine girmeyen bazı durumlara karşı daha esnek bir tavır sergileyebilme imkanına da kavuşmuşlardır. Mahkeme *Campbell ve Cosans* davasında, başvuruya konu olan inancın, belli bir düzeyde *ikna kabiliyetine (kudretine), ciddiyet, bütünlük ve öneme sahip olması* gerektiğinden yola çıkmaktadır. Ayrıca inanç *insan yaşamı ve davranışının önemli ve temel bir yönüne* hitap etmeli ve aynı zamanda, Avrupa demokratik toplumunda korunmaya değer ve insan onuruna saygıyla bağdaşır nitelikte olmalıdır. İçtihatlarda göze çarpan diğer tespitlere göre de, 9.maddede belirtilen kavramlar, örneğin azınlık grubuna ait olma vicdanını, dolayısıyla, bir grubun kültürel kimliğini koruma hedefini ya da intihara yardımı teşvik eden saiki veya ölümden sonra insan bedeninden artakalanlar üzerindeki tasarruf hakkı konularındaki inançları ve vicdanı kapsamazlar.²⁸ Mahkeme, semavi dinler ve Budizm gibi temel inanç sistemlerinin yanı sıra, Krişna İnancı, Yehova Şahitliği, Tanrısal Işık Merkezi, Scientology Kilisesi gibi inanç sistemlerini de 9. madde kapsamında değerlendir-

davası, Başvuru no. 41556/98; 24 Ekim 2006 tarihli, *Yüksektepe v. Turkey* kararı, Başvuru no. 62227/00; 04 Aralık 2008 tarihli *Doğru v. France* ve *Kervancı v. France* kararları, Başvuru no. 27058/05 ve 31645/04; 23 Şubat 2010 tarihli, *Ahmet Arsal and others v. Turkey* davası, Başvuru no. 41135/98.

- 27 Bkz. *Gölcüklü/Gözübüyük*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, İstanbul 2011, s. 346-350; *Öktem*, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Ankara 2002, s. 94; *Fatma Benli*, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi, Birikim-ler (I), İstanbul 2003, s. 70-72.
- 28 AİHM'nin 10 Temmuz 1998 tarihli, *Sidiropoulos ve diğerleri v. Greece* davasındaki kararı, Başvuru no. 26695/95, Hükümler ve Kararlar Raporları 1998-IV, para. 41 (azınlık grubuna ait olma vicdanı); AİHM'nin 29 Nisan 2002 tarihli, *Pretty v. United Kingdom* davasındaki kararı, Başvuru no. 2346/02, Hükümler ve Kararlar Raporları 2002-III (intihara yardım); AİHK'nun 10 Mart 1981 tarihli, *X v. Germany* davasındaki kabul edilebilirlik kararı, Başvuru no. 8741/79, DR 25, s. 144 (ölümden sonra insan bedeninden artakalanlar üzerindeki tasarruf hakkı).

miştir.²⁹ Her ne kadar felsefi ve siyasi görüşlerin birer inanç olarak kabul edilebilirliği konusunda açık bir içtihat yoksa da, esas itibarıyla siyasi, felsefi ve etik düşünce akımlarından olan Druidizm, Pasifizm, Veganizm, Ateizm, Komünizm, Agnosizm ve Laisizm, 9. maddenin korumasından yararlanmaktadırlar.³⁰ Bunun yanısıra Mahkeme, İdealizm ve kendini ya da başkasını feda etmeğe dayalı (altruist) inançların Sözleşme'nin kapsamına girmediğini belirtmiş, ancak kürtaja karşı olan ve herhangi bir dini nitelik taşımayan, doktorların kurduğu bir derneğin başvurusunu 9. madde kapsamında incelemiştir.³¹

III.1.b Hakkın Sınırlama Alanı

AİHS 9. maddesinin 2. fıkrası din veya inancı açıklama özgürlüğünün kamu güvenliği ve düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, demokratik bir toplumun gereklerine aykırı olmayacak tedbirlerle ve sadece yasa ile sınırlanabileceğini, başka bir deyişle bu özgürlüğün meşru olarak nasıl kısıtlanabileceğini düzenler. Buna göre din ve vicdan özgürlüğüne müdahale ancak, müdahalenin, yasa tarafından öngörüldüğü, fıkra da belirtilmiş olan meşru amaçlardan birine dayandığı, demokratik bir toplumda gerekli olduğu ve ayrımcı bir şekilde uygu-

29 Bu inanç sistemleri ile ilgili kararlar sırasıyla şöyledir: AİHM'nin 8 Mart 1994 tarihli, *ISKON (International Society for Krishna Consciousness Ltd.) v. United Kingdom* davasındaki kararı (Krişna İnancı), Başvuru no. 20490/92, D.R. 76, s. 90; AİHM'nin 3 Aralık 1991 tarihli, *Kokkinakis v. Greece* davasındaki kararı (Yehova Şahitliği), Başvuru no. 14307/88, B 241-B; AİHM'nin 19 Mart 1981 tarihli, *Omkrananda and Divine Light Zentrum v. Switzerland* davasındaki kararı (Tanrısal Işık Merkezi), Başvuru no. 8118/77, D.R. 25, s. 105; AİHM'nin 5 Mayıs 1979 tarihli, *X and Church of Scientology v. Sweden* davasındaki kararı (Scientology Kilisesi), Başvuru no. 7805/77, D.R. 16, s. 68.

30 Bu konulardaki kararlar sırasıyla: AİHM'nin 4 Temmuz 1987 tarihli, *Chappel v. United Kingdom* davasındaki kararı (Druidizm), Başvuru no. 12857/86, DR 53, s.252; AİHK'nun *Arrousmith v. United Kingdom* davasındaki 12.10.1978 tarihli kararı (Pasifizm), Başvuru no. 7050/75, DR 19, S. 5, p. 84-86.; AİHM'nin 9. Haziran 1988 tarihli, *W v. United Kingdom* davasındaki kararı (Veganizm), Başvuru no. 9749/82, Series A Nr. 136-C; AİHK'nun 03 Aralık 1986 tarihli, *Angelini v. Sweden* davasındaki kararı (Ateizm), Başvuru no. 10491/83, DR 51, s. 41; AİHM'nin 11 Ekim 1991 tarihli *Hazar, Hazar and Açık v. Turkey* davasındaki kararı (Komünizm), Başvuru no. 16311/90, 16312/90, 16313/90, DR 72, s. 200. Agnosizm ve Laisizm ile ilgili olarak bkz. *Uzun*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Din Özgürlüğü, Yüksek Lisans Tezi, 2006, s.20.

31 AİHK'nun *Vereniging Rechtswinkles Utrecht v. Netherland* davasındaki kararı, Başvuru no. 11308/84, DR 46, s. 200; AİHM'nin 21 Haziran 1988 tarihli, *Plattform ® Ärzte für das Leben v. Austria* davasındaki kararı, Başvuru no. 10126/82, Seri A 139.

lanmadığı durumlarda mümkündür. Bu koşulların her biri mutlaktır; sınırlama şartlarından birinin yok olması, müdahalenin sözleşmeyi ihlal etmesi sonucunu doğurur. Buradaki *yasayla öngörülmüş olmak* ve *yasalar uyarınca* ifadelerinin *şeklen* değil *öz* itibarıyla algılanması ve geniş yorumlanması gerektiği, *hukuk/yasa* kavramının daha alt düzeydeki kararnamele,³² parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kurulların getirdiği düzenlemeleri³³ ve son olarak yazılı veya yazılı olmayan hukukun yanında yerel mahkeme içtihatlarını da kapsadığı Sözleşme organları tarafından vurgulanmaktadır.³⁴

Özgürlüğün sınırlandırılmasının sınırını çizen ilk kriter meşru amacın varlığı ilkesidir. Kısacası kamu güvenliği ve düzeninin, genel sağlık ve ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarının dışında başka bir nedene dayalı olarak yapılan sınırlama, sözleşme anlamında meşru ve haklı bir amaca dayalı sınırlama olarak kabul edilemez.³⁵ Bir başka önemli kriter ise demokratik toplumda gerekliliktir. Gereklilik testi, Mahkeme tarafından, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturmak için yapılır. Yapılan müdahalenin *acil ya da zorunlu bir sosyal ihtiyaçtan* doğup doğmadığı ve bu müdahalenin ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla *orantılı* olup olmadığını inceleyen Mahkeme, bu ilkeyi hoşgörü, açık fikirlilik ve çoğulculuk olarak yorumlar ve demokrasilerde kişisel çıkarların, gerektiğinde grubun çıkarlarına tabi olabileceğini belirterek, bunun her zaman çoğunluğun görüşlerinin üstün olduğu anlamına gelmediğini, azınlık mensuplarına adil muamele yapılmasının zorunluluğunu ve çoğunluk pozisyonunun kötüye kullanılması-

32 AİHM'nin 18 Haziran 1971 tarihli, *De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belgium* davasındaki kararı, Başvuru no. 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, Serie A Nr. 15.

33 AİHM'nin 25 Mart 1985 tarihli, *Bartold v. Germany* davasındaki kararı, Başvuru no. 8734/79, Serie A, Nr. 90.

34 Bkz. AİHM'nin 26 Kasım 1991 tarihli *Observer ve Guardian v. United Kingdom* davasındaki kararı, Başvuru no. 13585/88, Serie A/216; AİHM'nin 26 Nisan 1979 tarihli, *Sunday Times v. United Kingdom* davasındaki kararı, Başvuru no. 6538/74, Serie A/217.

35 Bkz. *Zeynep O. Usal*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde: Düşünce-Vicdan ve Din Özgürlüğü, S. 6.

nı engelleyen bir dengenin kurulması gerektiğini vurgular.³⁶ Mahkemeye göre çoğulculuk ve demokrasi, aynı zamanda, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini muhafaza etmek ve geliştirmek amacıyla bireyler veya gruplar arasında çeşitli tavizler verilmesini beraberinde getiren bir diyalog ve uzlaşma ruhuna dayanmalıdır.³⁷ Sınırlamanın orantılı olması kriterinin uygulanmasında ise Mahkeme olayı bir bütün olarak ele almakta ve kısıtlama ile elde edilmek istenen amaç arasında bir orantı olup olmadığını incelemektedir. Bu incelemede, elde edilmek istenen amaç ile yaptırımın şiddeti ve niteliği arasında da orantılılık gözetilmektedir. Eğer meşru bir amaca ulaşmak için kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantı yoksa bu aracın kullanılması, başka bir deyişle şikayete konu olan işlem Sözleşme'ye aykırı addedilecektir.

III.2. AİHS Madde 9 ve Vicdani Red

III.2.a Sözleşme Organları Pratiğinde Genel Olarak Vicdani Red

III.2.aa Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

AİHS'nin 9. maddesinde koruma altına alınan din, vicdan ve kanaat özgürlüğünün vicdani, dinsel ve felsefi inanç ve kanaatlere dayalı olarak askerlik hizmetini red etme hakkını da içinde barındırdığı iddiası çerçevesinde Sözleşme organları nezdinde yapılan ilk şikayetler 70'li yılların başlarına denk gelir.³⁸ AİHK bu davaların Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini, zira

36 AİHM'nin 27 Kasım 1992 tarihli, *Olsson v. Sweden* davasındaki kararı, Başvuru no. 74/1991/326/398, Serie A/250; AİHM'nin 10 Kasım 2005 tarihli, *Leyla Şahin v. Turkey* davasındaki kararı, Başvuru no. 44774/98, Hükümler ve Kararlar Raporları 2005-XI, par. 108. Ayrıca bkz. AİHM'nin 13 Ağustos 1981 tarihli, *Young, James ve Webster v. United Kingdom* davasındaki kararı, Başvuru no. 43672/98, Seri A 44, par. 63; AİHM'nin *Chassagnou and others v. France* davasındaki kararı, Başvuru no. 25088/94, 28331/95, 28443/95, Hükümler ve Kararlar Raporları 1999-III.

37 AİHM'nin 30 Ocak 1998 tarihli, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi and others v. Turkey* davasındaki kararı, Başvuru no. 133/1996 ve 752/951, Hükümler ve Kararlar Raporları 1998-I; AİHM'nin 13 Şubat 2003 tarihli, *Refah Partisi and others v. Turkey* davasındaki kararı, Başvuru no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98.

38 Bkz. AİHK'nun kararları: *X v. Austria*, Appl. no. Nr. 5591/72; *X v. Germany*, Appl. no. 7005/76; *N v. Schweden*, Appl. no. 10410/83; *A v. Switzerland*, Appl. no. 10640/83.

bu hükmün yalnızca özgürlüğün iç dünyadaki yansımalarını, “*forum internum*” alanını kısıtlamasız olarak koruduğunu, özgürlüğün dışa vurumuna, “*forum externum*” alanına ilişkin her eylemi güvence altına almadığını,³⁹ üye devletlerin yukarıda belirttiğimiz sınırlama ölçütlerine uydıkları takdirde, özgürlüğün bireyin istediği tarzda kullanılmasına engel olabileceklerini belirtmiştir.⁴⁰

Bir başka vakiada ise Komisyon, başvurucunun vicdani gerekçelerle hem askerlik yapmayı hem de alternatif hizmeti yerine getirmeyi reddetmesini Sözleşmenin 9. maddesi kapsamındaki din ve vicdan özgürlüğü hakkının kullanılması olarak görülemeyeceğini, şikayet konusunun Sözleşmenin zorla çalıştırma ve angarya yasağını düzenleyen 4. maddesinin uygulama alanına girdiğini, ancak bu hükmün de taraf devletleri alternatif sivil hizmet sunma konusunda zorlayamayacağını ifade etmiştir.⁴¹ Komisyon’a göre Sözleşme’nin 4. maddesinin istisnalarını düzenleyen 3. fıkrasının b şıkkı 9. maddeye göre daha özel bir hüküm niteliğindedir ve vicdani reddi bir hak olarak düzenlememiştir.⁴² Bu hüküm askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde, bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmeti, yasak kapsamından çıkarmaktadır. Görüldüğü üzere AİHS’nin 4. maddesi üye devletlere vicdani reddi tanıma yönünde doğrudan bir yükümlülük getirmemekte ve onları vicdani reddi kabul edip etmeme veya kabul etmişlerse bunun yerine geçecek sivil bir hizmete yer verip vermemesi konusunda serbest bırakmaktadır.⁴³ Üye devletlerin Sözleşmenin bir başka hükmüne aykırılık oluşturmamak kaydıyla, bu konularda istedikleri yönde düzenleme yapma hakkına sahip oldukları ve iç

39 Bkz. AİHK’nun 12.10.1978 tarihli, *Arrowsmith v. the UK* davasındaki kararı, Başvuru no. 7050/75, DR 19, S. 5, par. 69-71.

40 Bkz. *Paul M. Taylor*, Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice, 2005, s. 148.

41 Bkz. AİHK’nun 14.10.1985 tarihli, *Jorgen Johansen v. Norway* davasındaki kararı, DR 44/ 65, s.143.

42 Bkz. AİHK’nun 05.07.1977 tarihli, *X. v. the Federal Republic of Germany* davasındaki kararı, Başvuru no. 7705/76.

43 Bkz. *Pieter Dijk / G. J. H. Van Hoof / A. W. Heringa*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, s. 544-545.

hukuklarında vicdani redde yer vermeyen devletlerin ise askerlikten kaçınmayı cezalandırmalarının Sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyeceği genel olarak kabul edilen bir görüştür.⁴⁴

Sonuç olarak Komisyon, Sözleşmenin vicdani reddi bir hak olarak doğrudan tanımadığını, ancak taraf devletlerin vicdani redçileri, askerlik yerine geçmek üzere sivil bir hizmete tabi tutmalarına engel de olmadığını ve isteyen devletlerin vicdani reddi kabul ederek bireyleri askerlik yükümlülüğünden tamamen veya alternatif sivil bir hizmet verme olanağı tanyarak muaf tutabileceklerini belirtir.⁴⁵ Bu durumda ikame hizmet olarak getirilecek yükümlülükler Sözleşmenin 4. maddesinin 3. fıkrasının b şıkında öngörülen zorla çalıştırma veya angarya yasağına aykırı olmayacaktır. Ancak burada üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise, askerlik hizmetinden kaçınanlar için getirilecek sivil hizmet süresinin askerlik süresinden uzun olmasının Sözleşme’yi ihlal edip etmeyeceğidir. Komisyon bununla ilgili olarak, ikame hizmet süresinin kişiyi cezalandırma amacı gütmeyeceği sürece, askerlik süresinden daha uzun olmasının Sözleşme’ye aykırılık oluşturmayacağını ifade etmiştir.⁴⁶

III.2.bb Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHK’ndan farklı olarak AİHM vicdani red hakkının 9. madde çerçevesinde, vicdan veya dinin uygulamasından ortaya çıktığı görüşüne çekingenlikle de olsa, daha yakın durmuş ve vicdani reddin sonuçları bakımından makul, ussal ve nesnel bir meşru gerekçe olmaksızın, kişiler, inançlar, dinler arasında farklı düzenlemelere gidilmesinin, 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlali olduğu doğrultusunda görüş bildirmiştir. Alan literatüründe de, kimi ülkelerde uygulanan Yehova Şahitlerini askerlikten veya bunun yerine sayılan sivil hizmetlerden muaf tutup, diğer inançlara mensup kişilere bu olanağın tanınmaması veya Yehova Şahitlerini her ikisinden de

44 Bkz. *Pieter Dijk / G. J. H. Van Hoof / A. W. Heringa*, a.g.e., s. 546; *Sabahattin Nal*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Vicdani Ret, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2010/7, s. 263.

45 Bkz. *Sabahattin Nal*, a.g.e., s. 264.

46 AİHK’nun 28.09.1984 tarihli, *N. v. Sweden* davasındaki kararı, Başvuru no. 10410/83, DR 40, s. 203.

muaf tutup, diğer inanç sahiplerine sivil hizmeti zorunlu kılan ya da genel anlamda felsefi ve ahlaki nedenleri hiçbir şekilde vicdani red nedeni olarak kabul etmeyen düzenlemeler 14. maddedeki ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülmektedir.⁴⁷

Vicdani red nedeniyle ortaya çıkan sonuçların Sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasını konu alan *Thlimmenos ./ Yunanistan*⁴⁸ davasında Mahkemenin verdiği karar, AIHS 14. maddesinin 9. madde ile bağlantılı olarak uygulanmasında ilk dönüm noktasını teşkil eder. Zira bu karara kadar Mahkeme 9. maddenin vicdani red ile ilgili şikayetlerde uygulanamayacağına dair bir görüş bildirmemişse de, üye devletlerin bu konulardaki düzenlemelere ilişkin iradelerini genellikle kendilerine tanınan takdir yetkisi içinde görmüştür. Söz konusu davada Yehova Şahitleri'nden olan şikayetçi, vicdani red nedeniyle askerlik hizmetini ifa etmekten kaçındığı için hapis cezasına çarptırılmış ve cezası infaz edilmiştir. Ancak daha sonra girdiği hesap uzmanlığı sınavını çok iyi derece ile kazanmasına karşın, hükümlü olduğu gerekçesiyle tayini yapılmamıştır. Yunan devleti savunmasında, söz konusu görevin önem ve ciddiyetinden bahsederek, hükümlü şahısların böylesi bir mesleği icra etmelerinin kamu güvenliği ve düzenine aykırı olduğu ve ayrıca bunun yasal açıdan da mümkün olmadığını ileri sürmüştür. AİHM kararında, söz konusu yasal düzenlemenin gerçekten de hükümlü kişilere yüksek düzeydeki kamu görevini men ettiğini tespit etmiş, ancak şikayetçinin, burada belirtilen hırsızlık, irtikap, rüşvet ve dolandırıcılık gibi suçlar nedeniyle değil, inancı nedeniyle üniforma giymeyi red etmesinden dolayı cezalandırıldığını, davalı devletin suçların nitelikleri arasında herhangi bir ayırım yapmadan,⁴⁹ tüm hükümlülere aynı yasağı uygulamasının Sözleş-

47 Bkz. *Pieter Dijk / G. J. H. Van Hoof / A. W. Heringa*, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, s. 546; *Sabahattin Nal*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Vicdani Ret, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2010/7, s. 265.

48 AİHM'nin 06.04.2002 tarihli, *Thlimmenos v. Greece* davasındaki kararı, Başvuru no. 34369/97. İngilizce orjinal metin için bkz. (son erişim 07.11.2012): http://www.menschenrechte.ac.at/orig/00_2/Thlimmenos.pdf.

49 AİHM'nin 06.04.2002 tarihli, *Thlimmenos v. Greece* davasındaki kararı, Başvuru no. 34369/97, par. 50. AİHM burada şöyle demektedir: "... diğer büyük suçlardan mahkûmiyetlere karşı olarak, dinsel veya felsefi nedenlerle üniforma giymeyi reddetmeye bağlı olarak alınan

menin 14. maddesini 9. madde ile bağlantılı olarak ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme burada vicdani reddi bir kurum olarak 9. madde kapsamında doğrudan korumamış ve hatta zorunlu askerlik yerine geçecek alternatif bir sivil hizmet sunma ya da sunmama veya vicdani nedenlerle askerlik yapmayı red edenleri cezalandırma ya da cezalandırmama tasarrufunun Sözleşme tarafı devletlere ait olduğunu tekrar etmiştir.⁵⁰ Bu kararda yeni olan vicdani reddin sonuçlarının neden olduğu bir şikayette 9. maddenin uygulama alanının ilk kez açılmış olmasıdır. 14. maddenin uygulama alanının, ancak Sözleşmede garanti edilen diğer haklardan en azından birinin uygulama alanının açılmış olmasına bağlı olan, sınırlı koruma (*akzessorisch/accessory*) karakterini de gözönüne aldığımızda, kararın önemini anlamak daha kolay olacaktır.⁵¹

Dini inançları nedeniyle askerliği red eden Yehova Şahitleri tarafından Bulgaristan'a karşı yapılan ve dostane çözümlerle sonuçlanan bir dizi şikayette ise Mahkeme, söz konusu ülkede zorunlu askerlik yerine alternatif sivil hizmet getirilmesinin, 1991'den beri vicdani retçilere karşı açılan davaların sonlandırılmasının ve verilen cezaların kaldırılmasının gerekliliği doğrultusunda görüş bildirmiştir.⁵²

2011 yılında *Bayatyan/Ermenistan*⁵³ davasında verilen karar ise, vicdani reddin Mahkeme tarafından Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında ilk kez değerlendiriliyor olması açısından,⁵⁴ bu alandaki en önemli dönüm noktasını teşkil eder. Söz konusu dava, 1983 doğumlu olan ve Erivan'da oturan Vahan Bayatyan'ın, 2001 yılında askere

cezaların ilgilinin (hesap uzmanlığı) görevini yerine getirme yeterliğini azaltacak nitelikte bir ahlâksızlığı veya dürüst olmama halini göstermediği ...”.

- 50 AİHM'nin 06.04.2002 tarihli, *Thilimmenos v. Greece* davasındaki kararı, par. 36-38.
- 51 Bilindiği üzere AİHS 14. maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağı, Sözleşmede korunan herhangi bir hak ve özgürlüğün uygulama alanı açılmadığı takdirde tek başına uygulanamaz, yani başka bir haktan bağımsız olarak ihlaline ilişkin karar verilemez. Konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. *Şennur Ağırbaşlı*, Sınırlı Ayrımcılık Yasağı'ndan Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- 52 AİHM'nin 10.04.2001 tarihli, *Dimitrov, Savov and Vishanov v. Bulgaria* davasındaki kararı, Başvuru no. 37358/97, 37988/97 ve 39565/98. Ayrıca bkz. AİHM'nin 03.05.2001 tarihli, *Stefanov v. Bulgaria* davasındaki kararı, Başvuru no. 32438/96.
- 53 AİHM'nin 07.07.2011 tarihli, *Bayatyan v. Armenia* davasındaki kararı, Başvuru no. 23459/03.
- 54 AİHM'nin 07.07.2011 tarihli, *Bayatyan v. Armeina* davasındaki kararı, par. 99.

çağrılması üzerine, vicdani nedenlerle askerlik hizmetini red ettiğine, ancak bunun yerine geçecek sivil bir hizmeti yerine getirmeye hazır olduğuna dair mektubu ilgili makamlara göndermesi üzerine hakkında başlatılan soruşturma sonucunda aldığı hapis cezasının AIHS'nin 9. maddesini ihlal ettiğine dair şikayeti konu alır. Başvuruyu ilk inceleyen Üçüncü Daire, yerleşmiş Komisyon içtihadını tekrar etmiş ve AIHS'nin 9. maddesinin vicdanî nedenlerle askerlik hizmetini reddetmeyi içermediğini ve bu nedenle davada uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir⁵⁵ Bu red kararı üzerine başvuru yapanın yaptığı itirazı inceleyen Büyük Daire ise, Komisyonun Sözleşmenin 4. maddesinin 3. fıkrası b şikkini yanlış yorumladığını, bu hükmün hazırlık çalışmalarının 23. paragrafında da belirtildiği üzere, amacının yalnızca, yasa yoluyla vicdanî redçilerden talep edilen ulusal hizmetlerin zorla veya zorunlu çalıştırma tanımının dışında olduğunu belirtmek olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme, o dönemde büyük bir olasılıkla çoğu ülkede vicdanî reddin henüz tanınmamış olması nedeniyle 4. maddenin 3. fıkrasının b şikkine “*vicdanî reddin kabul edildiği ülkeler*” kelimelerinin eklendiğini, hükmün Komisyon tarzındaki yorumunun amacı aşacağını, dinamik ve evrimci bir yaklaşımın reddi olacağını vurgulamıştır. Mahkemeye göre bu hüküm vicdanî red hakkını ne kabul etmekte, ne de reddetmektedir; bu nedenle 9. madde tarafından güvence altına alınan hakları sınırlamak için kullanılamaz.⁵⁶

Bu davada verilen karar ile vicdani red hakkı Sözleşme'nin 9. maddesinde öngörülen inanç özgürlüğü kapsamında doğrudan koruma altına alınmıştır. Mahkeme böylece *Thlimmenos /Yunanistan* davası ile, Komisyon'un üye ülkelerin vicdanî reddi tanıyıp tanınamalarının Sözleşmenin 4. maddesinin 3. fıkrasının b şikkine gereğince kendi taktirlerinde olduğu yönündeki yorumuna karşı başlattığı çekingen tavrını içtihat değişikliğine dönüştürmüştür.

55 AIHM 3. Dairesinin 27.10.2009 tarihli kararı. Daire başvurunun kısmen kabul edilebilir olduğunu beyan etse de, altına karşı bir oyla Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir

56 AIHM'nin 07.07.2011 tarihli, *Bayatyan v. Armeina* davasındaki kararı, parag. 98-111.

III.2.b. AİHM'nin Vicdani Red Konusunda Türkiye İle İlgili Kararları

Türkiye vicdani red kavramıyla uluslararası gelişime kıyasla oldukça geç, 90'lı yılların başında tanışmıştır.⁵⁷ Gerek uluslararası gerekse de ulusal ölçekte ciddi bir yankı bulan *Osman Murat Ülke* davası,⁵⁸ vicdani red ile ilgili Türkiye'ye karşı AİHM nezdinde yapılan ilk başvurudur.⁵⁹ Bilindiği üzere, Osman Murat Ülke felsefi inancı ve savaş karşıtlığı görüşü nedeniyle askerlik yapmayı reddettiği ve askerde emre itaat etmediği gerekçeleriyle birden fazla kez cezalandırılmış ve 701 gün hapis yatmıştı. Söz konusu davada Mahkeme, vicdani redde dair bir hüküm vermemiş, ancak başvuru sahibi hakkında *ne bis in idem*⁶⁰ ilkesine aykırı olarak aynı nedenden dolayı defalarca verilen cezaların, her türlü ceza veya tutuklama vakasında mevcut olan ve olağan sayılan küçük düşürme unsurunun ötesine geçen ciddi bir *istirap ve sıkıntıya* yol açtığı ve bu nedenle başvuru sahibinin *acı çektiği* tespitinde bulunmuş ve Türkiye'nin, Sözleşmesinin kötü muamelelerin yasaklanmasıyla ilgili 3. maddesini ihlal ettiği hükmüne varmıştır. Türk hükümetinin 11 bin lira tazminat ödemesine de karar veren Mahkeme, başvuru sahibinin 5. maddede öngörülen özgürlük ve güvenlik ile 9. maddede koruma altına alınan din ve inanç özgürlüğü haklarının ve 8. maddede düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı ilkesinin ihlal edildiği ile ilişkin iddialarını ise reddetmiştir.⁶¹

57 Bkz. *Çoşkun Üsterci / Uğur Yorulmaz*, Türkiye'de Vicdani Red, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Yayına Hazırlayan: Ş. H. Çınar / Ç. Üsterci, İletişim Yayınları 2008, s. 217-231 (217). Tayfun Gönül ve Vedat Zencir'in 1990 yılında "Sokak" dergisi aracılığıyla askerliği reddettiklerini açıklamalarıyla vicdani red kavramı ilk kez Türkiye'de kamuoyunun gündemine geldi.

58 AİHM'nin 24.01.2006 tarihli, *Osman Murat Ülke v. Turkey* davasındaki kararı, Başvuru no. 39437/98. Kararın İngilizce tam metni için bkz. <http://wri-irg.org/node/615>.

59 Bu davanın gelişimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Kevin Boyle*, Uluslararası Hukukta Vicdani Red ve Osman Murat Ülke Davası, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Yayına Hazırlayan: Ş. H. Çınar / Ç. Üsterci, İletişim Yayınları 2008, s. 273-289.

60 Genellikle birden çok kovuşturmanın veya çifte cezalandırmanın önlenmesi olarak bilinen *ne bis in idem* ilkesi gereğince, hakkında ceza hükmü verilmiş kişi hakkında aynı eyleminden dolayı ya yeni bir kovuşturma yapılması önlenmeli ya da mükerrer ceza uygulanmasına izin verilmemeli ya da karara bağlanacak diğer davalar bakımından ilk hüküm dikkate alınmalıdır.

61 AİHM'nin 24.01.2006 tarihli, *Osman Murat Ülke v. Turkey* davasındaki kararı, parç. 68.

Vicdani red ile ilgili olarak Türkiye'ye karşı ikinci kararını 2011 yılında *Yunus Erçep/Türkiye*⁶² davasında veren Mahkeme, *Batyayan/Ermenistan* davasında başlattığı içtihat değişikliğinin altını çizmiştir. Sözonusu başvurunun konusu, 1969 doğumlu Yunus Erçep'in 1982 yılındaki vaftizinin ardından Yehova şahidi olması nedeniyle askerlik yapmayı red etmesi ve bu reddini her yeni celp döneminde tekrar etmesi sonucu hakkında toplam 25 ceza davası açılması ve çeşitli hapis cezalarına mahkum edilmesi ile ilgilidir. Başvurucu askerlik hizmetini yapmayı reddettiği için birbiri ardına gelen mahkûmiyetlerin, düşünce, inanç ve din özgürlüğünü güvence altına alan Sözleşme'nin 9. maddesinin ve askeri bir mahkemede yargılanmış olduğu için de, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, 9. maddenin açıkça vicdani redde göndermede bulunmadığını belirtmekle birlikte, askerlik hizmetine muhalefetin askerlik hizmeti yükümlülüğü ile kişinin vicdani kanaatleri arasında ciddi ve aşılabilir bir çatışma ortaya çıktığında 9. maddenin güvence altına aldığı anlamda önem atfedilmesini gerektiren bir vicdani kanaat ya da inancın oluştuğunu, Avrupa Konseyine üye devletlerin ezici bir çoğunluğunda vicdani nedenlerle askerlik hizmetine karşı olan kişiler için alternatif sivil hizmet olanaklarının öngörülmüş olduğunun da altını çizerek, 9. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶³ Mahkeme, sivil olan başvurunun sadece subaylardan oluşan bir mahkeme önünde askerlik hizmetine karşı olmak nedeniyle yargılamasını, bir kişinin şikâyetçi olduğu tarafça (burada ordu) yargılanması olarak değerlendirmiş ve ulusal mahkemenin tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin şüpheleri haklı bularak, Sözleşme'nin 6 maddesinin 1. fıkrasının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.⁶⁴

62 AİHM'nin 22.11.2011 tarihli, *Erçep v. Turkey* davasındaki kararı, Başvuru no. 43965/04. Kararın Fransızca tam metni için bkz. http://ebco-beoc.org/sites/ebco-beoc.org/files/sites/ebco.antirries-gr/files/AFFAIRE_ERCEP_c_TURQUIE.pdf.

63 AİHM'nin 22.11.2011 tarihli, *Erçep v. Turkey* davasındaki kararı, parag. 44-65.

64 AİHM'nin 22.11.2011 tarihli, *Erçep v. Turkey* davasındaki kararı, parag. 66-70.

IV. Türk Hukuku'nda Vicdani Red

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 72. maddesi "Vatan hizmeti her Türkün hakkı ve ödevidir" der ve bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirilmiş sayılacağını kanunla düzenlemeye bırakır. Kısaca vicdani red hakkından açıkça söz etmez, ancak "kamu kesiminde yerine getirme" veya "getirilmiş sayılma" ifadelerini kullanarak da hizmetin yerine getirilmesinin tek yolunun Silahlı Kuvvetler olmadığını da belirtir.⁶⁵ Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta ise, maddede "askerlik hizmeti" değil "vatan hizmeti" kavramının kullanılmış olduğudur. Anayasa'da askerlikle ilgili tek düzenleme 76. maddedeki milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmak için askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması gerektiğini öngören hükümdür ve görüldüğü üzere vatandaşı askerlik hizmetiyle yükümlü kılmaz.⁶⁶

Anayasa'nın 24. ve 25. maddeleri ise herkesin vicdan, dini inanç, kanaat ve düşünce hürriyetini güvence altına alır ve her ne sebep ve amaç ile olursa olsun hiç kimsenin düşünce ve kanaatleri nedeniyle kınanamayacağını ve suçlanamayacağını belirtir. 1111 Sayılı Askerlik Kanunu ise, 1. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur" ifadesiyle askerlik hizmetinin sadece erkekler için zorunlu olduğunu hükme bağlar ve vicdani red hakkını tanımaz.⁶⁷ Aynı kanunun 5. maddesinde de askerlik hizmeti süresi normalde 15 ay, üniversite mezunları için 6 ay er veya 12 ay yedek subay olarak öngörülmüştür.

65 Madde gerekçesinde yurt dışında çalışan işçilere kolaylık sağlanmasının amaçlandığı ve ayrıca nüfus artışı dolayısıyla herkesin muvazzaf olarak görevlendirilmesinin olanaksızlığının yanısıra dinamik nüfustan daha verimli bir biçimde yararlanılmasının gerektiği yönünde açıklamalarda bulunulmaktadır. Bkz. *Osman Can*, Vicdani Red ve Anayasa, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Yayına Hazırlayan: *Ş. H. Çımar / Ç. Üsterci*, İletişim Yayınları 2008, s. 291-311 (302-305).

66 Bkz. *Hülya Üçpınar*, Türkiye'de Vicdani Reddin Suç ve Ceza Konusu Olması ve Sonuçları, s. 315.

67 1111 Sayılı Askerlik Kanunu (Kabul: 21.06.1927, RG. 12 - 17/7/1927, Sayı : 631 - 635) ile 1076 Sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu (Kabul: 16.06.1927, R.G. 09.07.1927, Sayı: 628) askerlik hizmetini iç hukukta düzenleyen temel hukuk normlarıdır. Askeri yargının kurulmasından (1961) sonra ortaya çıkan yasal düzenlemeler ile ilgili olarak bkz. *Osman Can*, a.g.e., s. 296.

Türkiye’de Anayasa ile zorunlu askerlik hizmetini düzenleyen yasa hükümleri arasında ciddi anlamda bir çatışma olmasına rağmen, askerlik hizmetini dinsel inancı, vicdani kanaati, felsefî veya ahlakî görüşleri nedeniyle yerine getirmek istemeyen, bir başka deyişle bu hizmeti red eden kişiler cezalandırılmaktadır. Vicdani redçilerin ceza tehdidi ile karşılaştıkları ilk aşama “askerlik yoklaması” dönemidir. Yasaya göre askerlik çağına gelen her Türk erkeği her yıl yoklama yaptırmak zorundadır. Her ne sebeple olursa olsun yoklama yaptırmayan kişi Askeri Ceza Kanunu Madde 63/I-A gereğince 1 ay ile 3 yıl arasında değişen hapis cezası tehdidi altındadır. Bundan sonraki aşamada yine aynı kanunun 63/I-B maddesi gereğince “bakaya” durumuna düşmekten (askerlik şubesine teslim edildikten sonra verilen süre içerisinde teslim olmama) dolayı 1 ay ile 1 yıl arasında takdir edilebilecek hapis cezası çıkar karşımıza. Güvenlik güçleri marifetiyle birliğe katılmak zorunda kalan ve daha sonra vicdani redleri nedeniyle, yasal koşulları yerine getirmeden birlikten ayrılan ya da dönmeyen vicdani redçiler “fırar” suçunu işlemiş olurlar ve Askeri Ceza Kanunu 66. maddesi gereğince 1 yıl ile 3 yıl arasında değişen bir cezaya maruz kalırlar.⁶⁸ Bu düzenlemeleri Askeri Ceza Kanunu’nun 58 ve 87. maddelerindeki iki seneye kadar hapis cezası öngören “millî mukavemeti kırma” ve “emre itaatsizlikte ısrar”⁶⁹ hükümleri takip etmektedir.⁷⁰ Yukarıda belirtilen askerlik yoklaması yaptırmama ve fırar suçları gibi burada da vicdani redçiler askeri üniforma giymeme, askeri kurallara uymama fiilleriyle emre itaatsizlik ettikleri⁷¹ gerekçesiyle tekrar tekrar yargılanmakta ve cezalandırılmaktadırlar.⁷²

68 Bu uygulamalara en iyi örnek Osman Murat Ülke hakkında verilen hapis cezasıdır. Konuya ilişkin olarak bkz. . *Hülya Üçpınar*, Türkiye’de Vicdani Reddin Suç ve Ceza Konusu Olması ve Sonuçları, s. 319-321.

69 “Emre itaatsizlik” suçunu düzenleyen ACK’nun 86. maddesi 22.03.2000 tarih ve 4551 sayılı kanununun 38. maddesi ile kaldırılmış ve aynı kanunun 22. maddesi ile de ACK’nun 87. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: “Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar”.

70 1632 Sayılı Askeri Caza Kanunu (Kabul: 22.05.1930, RG. 15.06.1930, Sayı: 1520); 5237 Sayılı Türk Caza Kanunu (Kabul: 26.09.2004, R.G. 12.10.2004, Sayı: 25611).

71 Buradaki emre itaatsizlik hem birlik içindeki hem de cezaevindeki itaatsizlikleri kapsamaktadır.

72 Vicdani redçi Osman Murat Ülke ile Yehova Şahidi Çağlar Buldu’nun sözkonusu hükümler gereğince 4-5 kez yargılanıp cezalandırılmış olmalarına ilişkin açıklama için bkz. *Hülya Üçpınar*, a.g.e., s. 319-321.

Hem vicdani redçilere hem de onların açıklamalarını destekleyen kişilere ve yayın organlarına karşı uygulanan Türk Ceza Kanunu'nun 318. maddesindeki “halkı askerlikten soğutmak” suçunu işleyenler (açıklamanın yayın yoluyla yapılması halinde arttırım ile birlikte) dört buçuk yıla kadar hapis cezası tehdidi altındadırlar.⁷³ TCK'nun 216. maddesinde öngörülen “halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama” ile TCK'nun 301. maddesinde yer alan “Türklüğü, Cumhuriyeti, devletin kurum ve organlarını aşağılama” hükümleri de ordu-nun eleştirildiği durumlarda uygulama bulurlar ve suçun niteliğine göre kademeli olarak altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörürler.

V. Sonuç

AİHK'nun 70'li yılların başlarında, vicdani red hakkının AİHS'nin 9. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüşlerini bildirmesinden bu yana otuz yılı aşkın bir süre geçmiştir. Bu süre içerisinde gerek Sözleşme gerekse de onu yorumlayan organların içtihatları üye devletlerin toplumsal, ekonomik ve hukusal alandaki gelişimlerine uygun olarak değişime uğramıştır. Mahkeme birçok kararında, Sözleşme ile garanti altına alınan her hak için geçerli olan bu durumu, Sözleşmenin “yaşayan bir belge (*living instrument*)” olmasına, başka bir deyişle dinamik ve evrimci karakterine bağlamaktadır.⁷⁴ Bu görüş alan literatüründe de destek bulmuş ve Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin gelişen, değişen demokratik toplum yapısına paralel şekilde değişmesi gerektiği savunulmuştur.⁷⁵ Vicda-

73 Konuyla ilgili yazar Gökhan Gençay, Perihan Mağden ve Birgül Özbanış'a karşı TCK'nun 318. maddesini ihlal nedeniyle açılan davaların da incelendiği, daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Hülya Üçpınar*, a.g.e., 324-327.

74 AİHM'nin “*human rights treaties are living instruments, whose interpretation must consider the changes over time and, in particular, present-day conditions*” şeklinde dile getirdiği bu görüşünün yansıdığı örnek davalar: 25.04.1978 tarihli *Tyrer v. United Kingdom* davası, Başvuru no. 5856/72, par. 54; 23.03.1995 tarihli *Loizidou v. Turkey* davası, Series A/310, par. 71; 11.07.2002 tarihli *Christine Goodwin v. the United Kingdom* davası, Başvuru no. 28957/95, ECHR 2002-VI, par. 75; 12.03.2003 tarihli *Öcalan v. Turkey* davası, Başvuru no. 46221/99, par. 193; 22.01.2008 tarihli *E.B. v. France [GC]* davası, Başvuru no. 43546/02, par. 92; 29.01.2008 tarihli *Saadi v. the United Kingdom* davası, Başvuru no. 13229/03, par. 62.

75 Bkz. *Françoise Tulkens*, “Section President of the Europ European Court of Human Rights”, Dialogue between judges, “What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention”, Council of Europe, Strasbourg, January 2011, s. 7-8; *Luzius Wildhaber*, “The European Court of

ni red hakkının Avrupa Konseyi düzleminde bağlayıcı bir nitelikte tanınması da bu uygulamaya en iyi örneklerden birini teşkil eder. Zira günümüzde Avrupa Konseyi askerlik hizmeti yapmakla mükellef olan herkesin, vicdani sebeple silah kullanmayı reddetmesi halinde, bu hizmeti yerine getirme zorunluluğundan muaf tutulması gerektiğini bildirmekte⁷⁶ ve vicdani red hakkını iç hukukta tanımayı Konseye üye olmanın şartlarından birisi olarak görmektedir.⁷⁷

Sözleşme organlarınca verilen kararların, kararın tarafı olmayan diğer sözleşmeciler devletler açısından *yönlendirici* olmaktan öteye geçemediği göz önüne alındığında, *Bayatyan/Ermenistan* kararı değil, ancak *Erçep/Türkiye* davasında verilen karar Türkiye'yi doğrudan bağlamaktadır. Mahkeme, devletin vicdani reddi tanımamaya ilişkin ileri sürdüğü "*bize özgü koşullar*" gereği savunmasını, baş örtüsü sorununun ele alındığı *Leyla Şahin*⁷⁸ davasının tersine, burada hakkın demokratik bir toplumda kısıtlanması için gerekli ve meşru bir neden olarak görmemiştir. Geline aşamada, bir önceki bölümde de açıkladığımız üzere, Türk hukuk sistemindeki vicdani nedenlerle askerlik hizmetini yerine getirmeyi red edenlerin cezalandırılmasını öngören yaptırımlar, din ve vicdan özgürlüğünü garanti eden öncelikle AIHS'nin 9. maddesi ve Türkiye tarafından kabul edilmiş olan Uluslararası Sivil ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 18. maddesi⁷⁹ ile çelişmektedir.

Human Rights in Action", *Ritsumeikan Law Review*, 2004/21, s. 84; S. C. *Prebensen*, "Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights" - P. *Mahoney*, *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, s. 1123-1237.

76 Bakanlar Komitesi 09.04.1987 tarihli bildirim: Recommendation No. R(87)8 of the Committee of Ministers to member states regarding conscientious objection to compulsory military service (<http://wri-irg.org/node/6378>).

77 Bayatyan'ın vicdani reddinden dolayı hapis cezası aldığı dönemde Ermenistan Avrupa Konseyi'ne üyelik başvurusu yapmıştı ve Konsey'in üyeliğe kabul şartları arasında, Ermenistan'ın da kabul ettiği, üç yıl içerisinde vicdani red hakkının tanınması zorunluluğu vardı. Bkz. *Kerem Altıparmak*, Bayatyan'ın Görünmeyen Yüzü: Aşağılayıcı Muamelenin Alenileşmesi. Kaynak: <http://www.bianet.org/biamag/insan-haklari/133078...>

78 AIHM'nin 29.06.2004 tarihli, *Leyla Şahin v. Turkey* davasındaki kararı, Başvuru no. 44774/98. Kararın İngilizce tam metni için bkz. <http://www.strasbourgconsortium.org/document.php?DocumentID=3814>.

79 Birleşmiş Milletler USMHS'nin 18. maddesini yorumlarken, "öldürücü güç kullanmaya zorlanma, vicdan özgürlüğü ve din ya da inancını ifade etme özgürlüğü ile ciddi olarak çelişebileceğini"

Sözleşme sisteminde ihlâl kararlarının bildirici nitelikte olduğu, kararların gereklerinin nasıl yerine getirileceği ilgili devletin takdirine bırakıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla Türkiye bu konuda kendisine uygun bir çözüm bulma konusunda serbesttir. Ancak kesin olan şudur ki, eğer hükümet Sözleşme'nin 9. maddesini ihlalden sürekli olarak tazminat ödemek zorunda kalmak istemiyorsa, bir an önce gerekli düzenlemeleri yapmalı, vicdani red kurumunu oluşturmalıdır. Zira Türkiye özellikle *Erçep/Türkiye* davasındaki karar ile Sözleşme'nin 46. maddesinin 1. fıkrası uyarınca inanç özgürlüğü kapsamında vicdani red hakkını tanımakla yükümlü hale gelmiştir. AİHS'nin kanunlarımızdan üstün olduğunu hükme bağlayan Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası da bunu emretmektedir.

Son olarak dikkat çekilmesi gereken bir nokta da, her ne kadar Türkiye vicdani red sorununu nasıl çözeceği konusunda takdir hakkına sahipse de, vicdani nedenlerle askerlik hizmetini red edenler için öngörülecek sivil hizmet süresinin, zorunlu askerlik süresine kıyasla, cezalandırmaya neden olacak tarzda uzun olmaması, kısacası bu düzenlemelerin vicdani redçiyi cezalandırma amacı gütmemesinin gerekliliğidir.⁸⁰

vurgulamış ve üye devletleri alternatif sivil hizmetler sunmaya davet etmiştir. Bkz. 30.07.1993 tarihli Bildirim: Conscientious objection to military service, The UN-Commission on Human Rights, 1993/84, 67th meeting, E/CN 4/1993/L.107, Parg.1-3.

80 AİHK'nun 28.09.1984 tarihli, *N. z. Sweden* davasındaki kararı, Başvuru no. 10410/83, DR 40, s. 203.

KAYNAKÇA:

- Akif Emre Öktem*, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara 2002.
- A. Şeref Gölcüklü / Feyyaz Gözübüyük*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, İstanbul 2011.
- Barış Esmer*, Türkiye’de ve Dünyada Vicdani Ret, Propaganda Yayınları, 2011. Son erişim- 22.10.2012: <http://www.propaganda-yayinlari.net/dunyada.html>.
- Cengiz Uzun*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Din Özgürlüğü, Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Çoşkun Üsterci / Uğur Yorulmaz*, Türkiye’de Vicdani Red, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Yayına Hazırlayan: Ş. H. Çınar / Ç. Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s. 217-231.
- Fatma Benli*, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi, Birikimler (I), Kurtiş Matbaacılık, İstanbul 2003, s. 73-95.
- Françoise Tulkens*, “Section President of the Europ European Court of Human Rights”, Dialogue between judges, “What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention”, European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg 2011, s. 6-11.
- Hülya Üçpınar*, Türkiye’de Vicdani Reddin Suç ve Ceza Konusu Olması ve Sonuçları, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Yayına Hazırlayan: Ş. H. Çınar / Ç. Üsterci, İletişim Yayınları 2008, s. 313-334.
- Kerem Altıparmak*, Bayatyan’ın Görünmeyen Yüzü: Aşağılayıcı Muamelenin Alenileşmesi. Son erişim-10.11.2012: <http://www.bianet.org/biamag/insan-haklari/133078>.
- Kevin Boyle*, Uluslararası Hukukta Vicdani Red ve Osman Murat Ülke Davası, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Yayına Hazırlayan: Ş. H. Çınar / Ç. Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s. 273-289.

- Luzius Wildhaber*, “The European Court of Human Rights in Action”, *Ritsumeikan Law Review*, 2004/21, s. 83-92.
- Osman Can*, *Vicdani Red ve Anayasa, Çarklardaki Kum: Vicdani Red*, Yayına Hazırlayan: Ş. H. Çınar / Ç. Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s. 291-311.
- Ömer Anayurt*, *Avrupa’da Vicdani Red Sorunu: İstemden Normatif Düzleme*, *Mülkiye Cilt: XXXI, Sayı: 254, 2007*, s. 149-183.
- Paul M. Taylor*, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2005
- Pieter Dijk / G. J. H. Van Hoof / A. W. Heringa*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague, 1998.
- Sabahattin Nal*, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Vicdani Ret*, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2010/7, S. 253-274.
- Søren C. Prebensen*, “Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”: *P. Mahoney*, *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 2000, s. 1123-1237.
- Şennur Ağırbaşlı*, *Sınırlı Ayrımcılık Yasası’ndan Genel Eşitlik İlkesine*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Zeynep O. Usal*, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde: Düşünce-Vicdan ve Din Özgürlüğü*. Son erişim 11.11.2012: <http://www.coehelp.org/course/view.php?id=13&topic=6>.
- İnsan Hakları, Temel Bilgiler-Koruma Mekanizmaları-İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları*, Matus Basımevi, Ankara 2006, S. 59-64. Son erişim-19.10.2012: <http://www.scribd.com/doc/55662517/31/i-Dusunce-Vicdan-ve-Din-Inanc-Ozgurlugu>.

MAĞDURU TANIMLAMAK: BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Av. Can VODİNA*

Özet

Göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun kim olduğunun belirlenmesine yönelik tartışma kaçınılmaz olarak kanun koyucunun yanı sıra kanunu uygulayacak olanların da insan hakları açısından temel bir tercihte bulunmaları anlamına gelmektedir. Bu bağlamda göçmen kaçakçılığının geniş bir çerçevede anlaşılabilmesi için bu suçun kavramsal temellerine inilmesi gerekmektedir. Makale, ilk olarak yasal ve yasadışı göç olgusu, göçmenlik tanımı ve ulus devletlerin göçmenlik algısı gibi kavramlara değindikten sonra, bu alanda Türkiye'nin de bağlı bulunduğu uluslararası hukuk düzenlemelerini incelemektedir. Son bölümde ise, göçmen kaçakçılığına ilişkin olarak Devletin güvenliğini ön plana alan korumacı politikalardan uzak bir anlayışla Türk Ceza Hukuku kapsamında göçmen kaçakçılığı suçunun birincil mağdurunun göçmenler olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir.

Abstract

The debate around the definition of the victim of migrant smuggling will eventually lead the lawmakers as well as the law enforcement agents to make a significant choice in terms of human rights. In this regard, one needs a better framework of migrant smuggling by looking into it in greater detail by identifying the fundamental components of this crime. The article, first explores the concepts of legal and illegal migration along with the issue of migrant identity and the perception of migrants in nation state. It then focuses on international law documents binding Turkey on this matter. The article ends by concluding that under Turkish Criminal law migrants should be considered as the primary victims of migrant smuggling instead of protective policies promoting the security of the State.

* School of Oriental African Studies, University of London, İnsan Hakları Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.

I. Giriş

Suriye rejiminin yaşamakta olduğu kriz sebebiyle, Türkiye Nisan 2011 tarihinden itibaren yaklaşık olarak 100.000 civarındaki sığınmacıyı¹ misafir etmektedir. Gerek Türk Hükümeti ile Suriye arasındaki ilişkilerin gerginleşmesi, gerekse sığınmacı sayısının büyüklüğü kamuoyunun ilgisini bir anda Suriye sınırındaki mülteci kamplarına ve durumun yarattığı sıkıntılara yoğunlaştırmıştır². Ancak göç, göçmen, sığınmacı ve mülteci gibi kavramların birbiriyle içiçe geçmesinden ötürü kamuoyu algısı karışmakta, sağlıklı bir tartışma ortamından uzaklaşmakta ve bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru olan göçmenlerin sorunları arka plana itilmektedir. Makale bu kavram karışıklığını gidererek, göçmen kaçakçılığı suçunun uluslararası düzenlemeler itibarıyla değerlendirilmesini hedeflemektedir.

Sebebi ne olursa olsun tarihin her döneminde kendi ülkelerini zulüm, yoksulluk veya işsizlik sebebiyle terk ederek göç etmek durumunda kalanlar için çaresizlik yaşamın bir parçası haline gelmiştir. Evlerini, ailelerini, topraklarını terk etmek zorunda kalan bu insanlar sayısız tehlikelere göğüs gererek daha iyi bir gelecek arayışında olmuştur. “Çaresiz insanlar çaresiz çözümlerin peşinden koşar”.³ Yasal göç yolları kapatıldığında ya da bu yollar zorlaştırıldığında, göçmenler buna alternatif yolları arar⁴ ve daha iyi bir gelecek arayışı çoğu zaman onlara bu alternatif hizmeti sunmaya hazır uluslararası organize suç örgütlerinin elinde sonlanır. İçine sürüklendikleri ikilem dolayısıyla, göçmenlerin mağduru oldukları suçların başında göçmen kaçakçılığı suçu gelmektedir.⁵

1 <http://www.unhcr.org.tr/?content=430> (son erişim tarihi 27.02.2013)

2 Yaşanan sıkıntıların kamuoyunda yarattığı yankı üzerine TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu aldığı inceleme kararını takiben “Ülkemize Sığınan Suriye Vatandaşlarının Barındıkları Çadırkentler Hakkında İnceleme Raporu”nu, 15.02.2012 tarihinde kabul etmiştir. http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2012/raporlar/28_02_2012_1.pdf (son erişim tarihi: 27.02.2013)

3 Andreas Schloenhardt, Migrant Smuggling: Illegal Migration and Organised Crime in Australia and the Asia Pacific Region, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003, s.7.

4 Alison Mountz, Seeking Asylum, Human Smuggling and Bureaucracy at the Border, University of Minnesota Press, Londra, 2010, s.4.

5 Göçmenlerin mağduru buldukları suçlar göçmen kaçakçılığı ile sınırlı kalmayıp göçmenler insan kaçakçılığı, cinsel kölelik, işkence, gayri insani muamele ve diğer bir çok suçun da mağduru konumundadır; ancak makale kapsamı nedeniyle bu suçlar inceleme dışında bırakılmıştır.

Makale kapsamında öncelikle göçmen kaçakçılığı suçunun kavramsal temellerine değinilecek, göçmen kaçakçılığına ilişkin Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri Türkiye perspektifiyle de incelenecek ve son olarak bu suça ilişkin mağdurun kimliğine dair tartışmalar Türk Ceza Kanunu hükümleri de göz önüne alınarak değerlendirilecektir.

II. Göçmen Kaçaklığı Suçunun Kavramsal Temelleri

Günümüzde “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve bu Sözleşmeye ek “Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” kapsamında devletlerin bir suç olarak düzenlediği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 79. maddesinin hüküm altına aldığı göçmen kaçakçılığı suçunun kavramsal temelini göç olgusu oluşturmaktadır. Göç ve göçle ilintili kavramları ve devletlerin neden göç kavramıyla bu kadar ilgilendiklerini incelemekten bu suçun düzenleniş biçimini, korumak istediği hukuki değeri ve unsurlarını anlamak mümkün değildir.

Göç olgusu, zaman içerisinde insanı göçe zorlayan sebeplerdeki değişikliklere rağmen bir insani bir ihtiyaç olarak her zaman var olmuştur. Coğrafi ve doğal koşullarla mücadele etmenin getirdiği zorluklar, daha iyi bir yerde daha iyi ekonomik koşullar altında yaşama arzusu ile baskıcı bir siyasi rejimin ortamından doğan zorunluluklar sebebiyle insanlar bireysel ya da toplu olarak yaşadıkları bölgeleri terk ederek başka yaşam alanları aramışlardır. Göç yasal yollarla yapılabildiği gibi bazı durumlarda da yasadışı olarak meydana gelmektedir. Yasal göç, kişilerin herhangi bir amaçla kendi ülkelerinin dışına çıkarak diğer ülkelere kurallara uygun şekilde giriş yapmaları ve gerekli izinleri aldıktan sonra ikamet etmeleri olarak tanımlanabilir.⁶ Yasadışı göç ise giriş yapılan ülkenin yasal giriş ve çıkış için gerekli olan şartlara aykırı olarak sınırın geçilmesi veya ülkeye yasal yollardan girildikten sonra gerekli izin alınmaksızın ikamet edilmeye devam edilmesi halinde ortaya çıkmaktadır.⁷

6 Emine Akçadağ, Yasadışı Göç ve Türkiye, Bilge Adamlar Kurulu Raporu, Rapor no:42, İstanbul, 2012, s.3. http://www.bilgesam.org/tr/index.php?option=com_content&view=article&id=2122:yasa-d-goec-ve-tuerkiye&catid=188:tumraporlar&Itemid=75 (son erişim tarihi 27.02.2013)

7 Ibid., s.4.

Yasal ve yasal olmayan göç arasındaki ayrımın göreceli olarak kolayca yapılabilmesine rağmen göçmen, sığınmacı ve mülteci kavramları birbirine karışan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası düzeyde kavramın içerdiği sosyolojik, politik ve ekonomik faktörlerin çeşitliliği nedeniyle genel kabul gören bir göçmen tanımı bulunmamakla birlikte “göçmen teriminden, bir yerden başka bir yere göç eden, bulunduğu yeri terk edip başka yerde çalışmak, yerleşmek, sığınmak ve benzeri amaçlar doğrultusunda hareket eden kişi anlaşılmaktadır.”⁸ Bu terim aynı zamanda hem maddi ve sosyal durumlarını iyileştirmek hem de kendileri veya ailelerinin gelecekte beklenenlerini arttırmak için başka bir ülkeye veya bölgeye göç eden kişi ve aile fertlerini kapsar niteliktedir.⁹Sığınmacı kavramı ilgili ulusal ya da uluslararası belgeler çerçevesinde bir ülkeye mülteci olarak kabul edilmek isteyen ve mültecilik statüsüne ilişkin yaptıkları başvurunun sonucunu bekleyen kişileri ifade eder.¹⁰Bu anlamda sığınmacı kavramının ara bir statü olarak düşünülmesi gerekir. Mülteci kavramı ise Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi) ve bu Sözleşmeye ek 1967 tarihli Protokol’de “ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti ve siyasi görüşleri yüzünden haklı bir zulüm korkusu nedeniyle vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve söz konusu korku yüzünden, ilgili ülkenin korumasından yararlanamayan ya da yararlanmak istemeyen veya söz konusu korku nedeniyle geri dönmek istemeyen kişi” olarak tanımlanmıştır.

Devletlerin göç ile bu denli ilgilenmelerinin altında egemenlik ve ulus devlete ilişkin çekinceleri yer almaktadır. Bilindiği üzere ulus devletler, devlet aygıtı, toprak parçası ve yurttaşların oluşturduğu birlikle tanımlanır. Göçmenlerin varlığı devlet aygıtına yetirdiği ekstra yük, sınır güvenliğinin aşındırılması ve yurttaşlar için sınırlı olan kaynakların daha da küçülmesi sebebiyle ulus devleti meydana geti-

8 Ali Hakan Evik Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk. Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 3-4, Erzincan 2005, s. 128.

9 Göç Terimleri Sözlüğü http://www.turkey.iom.int/documents/goc_terimleri_sozlugu.pdf?entryId=10260. (son erişim tarihi 27.02.2013)

10 Ibid.

ren bu üçlü yapıya meydan okumaktadır.¹¹ Başka bir deyişle coğrafi, siyasal ve hatta kültürel sınırları aşarak, kendilerine bir hareket alanı yaratan göçmenler ulus devletin güvenlik ve istikrar perspektiflerini aşındırmaktadır; zira sıkılaştıran güvenlik önlemlerine rağmen bir kez ülkeye giriş yaptıktan sonra yurttaşlık haklarına ve yurttaşlığa özgülenmiş kaynaklara erişim, göreceli olarak, kolaylaşır.¹²

Ulus devletler tarafından güvenlik, istikrar ve kaynakların kısıtlı olması gerekçeleriyle, her ne kadar o ülkenin yurttaşlarının çalışmayaacağı alanlarda çalışarak söz konusu ülke için kayıtlı olmayan bir ekonomik fayda sağlasa da, adeta istenmeyen kişi olarak ilan edilen göçmenlerin hukuki statüleri hakkında yapılmış bir çok düzenleme bulunmaktadır. Uluslararası toplum göç ve göçmen kaçakçılığı olgularına kayıtsız kalmayarak bu alanlara ilişkin uluslararası düzenlemeler yapmış ve devletleri bu düzenlemeleri iç hukuklarının bir parçası haline getirmeleri için davet etmiştir. Göçmen kaçakçılığının bir suç olarak düzenlenmesi 20. yüzyılın sonları ve 21. yüzyılın başlarına rastlamaktadır; bu anlamda göçmen kaçakçılığı göreceli olarak yeni bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³

III. Göçmen Kaçakçılığına İlişkin Uluslararası Hukukta Yer Alan Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri

Küreselleşmenin yoğun bir şekilde yaşandığı 20. ve 21. yüzyılda ulus devletlerin ortak çıkarları ve ortak ihtiyaçları devletleri uluslararası alanda yapılanmaya itmektedir. Göçmen kaçakçılığının suç haline getirilmesi de, göçmen kaçakçılığından ötürü çeşitli menfaatleri zedelenen Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin imzalamış oldukları “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve bu Sözleşmeye ek “Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ün bir gereğidir.¹⁴

11 Hüdayi Sayın, Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımında Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s.105.

12 Ibid.

13 Koray Doğan, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.44.

14 Ibid. s.49.

Her ne kadar göçmen kaçakçılığının devletlerce suç haline getirilmesi yukarıda bahsedilen sözleşme ve protokol dahilinde gerçekleşmişse de uluslararası göç olgusunun kavramsal çerçevesinin çizilebilmesi adına konuyla ilgili diğer uluslararası belgelerin incelenmesi gerekmektedir.

a) Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihli oturumunda ilan edilen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, kölelik yasağı, seyahat özgürlüğü, oturma hakkı, kendi ülkesi de dahil herhangi bir ülkeden ayrılma ve ülkesine yeniden dönme hakkı ile sığınma hakkına ilişkin maddeleri itibarıyla; her ne kadar doğrudan bir düzenleme getirmese de, temel ilkeler dikkate alındığında göçmen kaçakçılığı suçunun kavramsal temeline ilişkin hükümler içermektedir.

b) 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi) ve Bu Sözleşmeye Ek 1967 Tarihli Protokol

Mülteci sorunu gerek yukarıda açıklandığı üzere ulus devletin varlığına ilişkin sebepler gerekse sorunun yarattığı insani boyut nedeniyle Birleşmiş Milletlerin gündeminde olmuş; 1949 yılında kurulmasına karar verilen Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) 1951'den itibaren çalışmalarına başlamış ve çalışmalar ilk meyvesini 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile vermiştir. Sözleşme, BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 14. maddesinde düzenlenen sığınma hakkının düzenlenmesi ve mültecilerin hukuki durumlarının belirlenmesi, ülkelerin farklı uygulamalara gitmemesi, bazı ülkelerin karşılaşılabilecekleri ağır külfetler ve bu nedenle devletler arasında uzlaşmazlıklara engel olma ihtiyacından doğmuştur.¹⁵ Mültecilerin Hukuki Durumuna ilişkin Sözleşme ve Ek Protokol'ün göçmen kaçakçılığı suçu açısından özel bir önemi bulunmaktadır; zira Cenevre Sözleşmesi kapsamında mülteci olarak tanımlanan insanlar, göçmen kavramının en büyük alt kümesini oluşturmaktadır.

15 Hüdayi Sayın op.cit., s.343.

Cenevre Sözleşmesi ve Ek Protokolde yer alan tanım devletler tarafından güncel bağlama uygun olmadığı, mülteci hakları savunucuları tarafından da uluslararası korumaya muhtaç diğer kategorileri kapsamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁶ Ancak bütün bu eleştirilere rağmen 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi günümüzde halen mültecilerin hukuki durumlarını düzenleyen temel uluslararası belge niteliğini taşımaktadır.

Sözleşmede yukarıda yer verilen mülteci tanımına ek olarak mültecilerinin sahip olduğu hak ve yükümlülükleri düzenlemektedir. Mültecilerin temel yükümlülüğü buldukları ülke hukuki sistemi ve kamu düzenini sağlamak üzere aldığı tedbirlere uymaktır. Mültecilerin sahip olduğu haklar neticesinde ise Devletin olumlu ve olumsuz yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülüklerin başında uluslararası mülteci hukukunun temel ilkesi olan geri gönderme yasağı gelmektedir. Buna göre Sözleşme'nin taraf Devletleri, ülkelerinde yasal olarak bulunan bir mülteciyi, ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili sebepler dışında sınır dışı edemeyeceklerdir. Ulusal güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili sebeplerin ilgili yasal süreç sonucunda ortaya çıkması bir zorunluluk olduğu gibi hiçbir taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı yada özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir. Başka bir anlatımla, Devletlere istisnai olarak mülteciyi sınır dışı etme yetkisi verilmekle birlikte; bu yetki mültecinin ilgili yasal süreç sonunda ortaya çıkacağı üzere ulusal güvenliği veya kamu düzeni açısından tehlike yaratmış olması haliyle sınırlandırılmakta ve bu koşullar yerine gelse dahi mültecinin can güvenliğinin bulunmadığı bir ülkeye gönderilmesi yasaklanmaktadır. Anlaşıldığı üzere, geri gönderme yasağı mültecilerin uluslararası alanda en büyük güvencesini oluşturmaktadır.

Mültecilere tanınmış olan bir diğer güvence de taraf Devletlerin, hayatları veya özgürlükleri tehdit altında bulunan bir ülkeden doğ-

16 Jose Alvin C. Gonzaga, "The Role of the United Nations High Commissioner for Refugees and the Refugee Definition", in *The Refugees Convention 50 Years On*, ed. Susan Kneebone, Ashgate, Aldershot, 2003, s. 233.

rudan gelerek izinsizce kendi topraklarına giren mültecilerin, gecikmeden yetkili makamlara başvurularak yasadışı girişlerinin geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla cezalandırmayacak olmalarıdır. Sözleşmede benimsenen bu yaklaşım oldukça önemlidir, zira bu yaklaşım ileride göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurunun göçmen mi devlet mi olduğu tartışmasına dayanak oluşturacaktır.

Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde Devletlerin yerine getirmesi gereken bir diğer yükümlülük ise ayrımcılık yasağıdır: Devlet, din ve vicdan özgürlüğü, temel eğitim, sosyal yardım ve iâşe ihtiyaçlar, mahkemelere erişim, fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması bakımından vatandaşları ile mülteciler arasında ayırım yapamayacağı gibi aynı zamanda mülteciler arasında da ırk, din veya geldikleri ülke nedeniyle farklı davranamayacaktır.

1967 yılında Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Protokol imzalanmıştır. Protokol, mülteci tanımını, zaman ve konu bakımından genişletmiş, 1951'den sonra gelişen olaylar ve etkilenen kişilere mülteci statüsünün verilmesini karara bağlayarak Sözleşmede tanımlanan mülteci kavramını, tüm dünyada uygulanabilir hale getirmiştir. Ancak Protokol, mültecilik nedenleri arasında savaş korkusu, ekonomik gerekçeler ve doğal afetleri saymamıştır.¹⁷

Sözleşmenin ve Protokolün uygulanmasında taraf devletler BMMYK ile işbirliği yapacaklardır. Sözleşme gibi Protokol kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümünde Uluslararası Adalet Divanı başvuru makamıdır.

Türkiye, Sözleşmeyi 29.08.1961 tarih 359 sayılı Kanun ile bir açıklama ve bir çekince koyarak onaylamış; konulan açıklama ve çekince uyarınca Türkiye mülteci kriterine coğrafi bir sınırlama getirmiş ve sadece Avrupa ülkelerinin vatandaşlarını mülteci olarak kabul edeceğini belirtmiştir. Ancak bu çekince hem geçiş hem de hedef bir ülke haline gelen Türkiye'de yaşanan fiili durumla örtüşmemektedir. Eylül 2012 itibarıyla, BMMYK Ankara Ofisine kayıtlı olup Avrupa dışından gelen kişi sayısı 29.450'dir. Kayıtlı kişilerin

¹⁷ Sayın, op.cit., s.344.

16.720'ini mülteciler, 12.730'unu ise başvuru sonucunu bekleyen sığınmacılar oluşturmaktadır.¹⁸ Bu rakamların yanı sıra son yedi sene de, Türkiye'ye gelenler arasında Irak, İran, Afgan ve Somali vatandaşlarından oluşan gruplar, ülkedeki genel sığınmacı nüfusun yaklaşık olarak yüzde 90'ını oluşturmakta ve açık ara sığınmacı topluluğunun en büyük grubunu meydana getirmektedir.¹⁹

c) Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme

Soğuk savaş sonrası küreselleşen bir dünyada düzensiz bir ortamda yapılan göç olayının neden olduğu insani sorunlar uluslararası toplumun ilgisini çekmiş ve bu sorunlara yönelik uygun tedbirlerin alınması amacıyla 1990 yılında Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme kaleme alınmıştır.²⁰

Göçmen kaçakçılığı suçu bakımından Sözleşmenin 68. maddesi özellik arz etmektedir; zira madde hükümlerine bakıldığında düzenlemenin göçmen kaçakçılığı ile doğrudan ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki anılan madde hükmüne göre, geçiş Devletleri de dahil olmak üzere, taraf Devletler göçmen işçilerin yasadışı veya gizli yollardan göçünü ve düzensiz olarak istihdam edilmelerini önlemek üzere işbirliği yapmak durumundadır.²¹ Maddede devletin kendi yargı alanı içerisinde alacağı önlemlerin kapsamı da belirlenmiştir. Bunlar; göçmen giriş ve çıkışları ile ilgili olarak yanıtıcı bilgilerin yayımlanmasına karşı gerekli önlemlerin alınması; yasadışı veya gizli göçmen işçi ve aile fertlerinin hareketlerinin izlenerek önlenmesi ve bu tür hareketleri organize eden ve yürüten kişi, grup veya varlıkların etkin olarak cezalandırılmaları konusunda gereken düzenle-

18 Suriye'li sığınmacılar geçici koruma rejimi altında yer aldıklarından ötürü hesaba katılmamıştır. UNCHR Turkey Newsletter, September 2012: http://www.unhcr.org/tr/uploads/root/sept_2012_newsletter.pdf (son erişim tarihi 27.02.2013)

19 http://www.unhcr.org/tr/uploads/root/facts_and_figures_tr_dec_2011_low_resp.pdf (son erişim tarihi 27.02.2013)

20 Sayın, op.cit., s.345.

21 Bülent Yenigün, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.28.

meleri yapmak ve düzensiz durumda bulunan göçmen işçi ve aile fertlerine karşı şiddet, tehdit veya şantaj uygulayan kişi, grup veya varlıklara etkin yaptırım uygulanması için önlemler almak olarak ifade edilmektedir.²²Maddenin devamında, istihdam sağlayan Devletlerin, düzensiz durumdaki göçmen işçilerin istihdamını önleyecek bütün uygun ve etkin önlemleri alacağı, bu önlemlerin işçileri istihdam eden işverenlere yönelik cezaları da içereceği ancak alınacak bu önlemlerin işçilerin işverenleri karşısında iş ilişkisinden doğan haklarına zarar getirmeyeceği öngörülmüştür.²³ Böylelikle, hem hedef ülkelerin göçmenler açısından cazibesinin azaltılması amaçlanmış hem de yasa dışı göçmenlerin işgücününün sömürülmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

Türkiye tarafından 13 Ocak 1999 tarihinde imzalanan “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme”, 26.04.2001 tarih ve 4662 sayılı Kanun ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiştir.

d) Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Sınırışan Örgütlü Suçlarla Mücadele Konferansı sırasında imzalanan Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Devletlerin, ulusal yasama, yürütme ve yargı organları arasında sınırışan örgütlü suçların önlenmesi ve daha etkili bir şekilde mücadele edilmesi için işbirliğini geliştirmeyi amaçlayan bir sözleşmedir.²⁴

Sözleşme örgütlü suç grubu, ağır suç ve yapılanmış grup kavramlarını tanımlamaktadır. Sözleşme çerçevesinde örgütlü suç grubu “doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanma” olarak tanımlanmış olup; “üst sınırı dört yıl veya daha faz-

22 Ibid.

23 Ibid.

24 Sayın, op.cit., s.354.

la hürriyetten mahrumiyeti veya daha ağır bir cezayı gerektiren bir suçu oluşturan davranış”ların ağır suç oluşturduğu öngörülmüştür. Yapılanmış grup ise “belirli bir suçu derhal işlemek için tesadüfi olarak oluşturulmamış ve üyelerinin rollerinin şeklen belirlenmesi şartı olmayan, üyeliğinin devamlılığı veya gelişmiş bir yapısı olması gerekmeyen grup” olarak tarif edilmiştir.

Sözleşme, ortak bir terminoloji elde edebilmek adına “örgütlü suç grubu” kavramı yanı sıra “suç geliri ve bunlara yönelik sınırlandırmalar” ile “işbirliği teşkilatları ve kolluk işbirliğinde modern kovuşturma yöntemlerine” ilişkin tanımları içermektedir.²⁵

Sözleşme kapsamında taraf Devletlerin en önemli yükümlülüklerinden birisi, “doğrudan ve dolaylı olarak mali veya diğer maddi bir menfaat elde etmek amacıyla bir veya birden fazla kişinin ağır bir suç işlemek için anlaşması ve iç hukukun gerektirdiği durumlarda bu anlaşmanın gerçekleşmesine yönelik olarak anlaşmanın taraflarından birinin bir eylemde bulunması veya bir örgütlü suç grubuna katılması hali”nin suç haline getirilmesidir.²⁶

Sözleşmenin 12. maddesinde yer alan “Müsadere ve El Koyma”ya ilişkin hükümler Devletlerin örgütlü suçlulukla mücadele açısından ellerinde bulunan en önemli araçlardan bir tanesidir. Madde ile sözleşmede belirtilen suçlardan elde edilen gelir veya değeri bunlara tekabül eden malvarlığı, suçlarda kullanılmış veya kullanılması amaçlanan malvarlığı, malzeme, teçhizat veya diğer araç-gereçlerin müsaderesinin sağlanması hususunda gerekli önlemlerin alınması yükümlülüğü getirilmektedir.²⁷

Uluslararası işbirliği Sözleşmenin örgütlü suçlulukla mücadele bağlamında, ortak terminoloji ve suç haline getirme dışındaki diğer ayağını oluşturmakta olup, Sözleşme metninde çeşitli hükümlerle kendisine yer bulmaktadır. Örneğin bir taraf Devlet, Sözleşmede belirtilen suçlara ilişkin olarak, kendi ülkesindeki suç geliri, malvarlığı, malzeme, teçhizat veya diğer araç-gereçlerin müsaderesi için yargı-

25 Sayın, op.cit., s.351.

26 Yenigün, op.cit., s.30.

27 Ibid.

lama yetkisine sahip bir başka taraf Devletten aldığı talepleri, kendi yasal sistemi çerçevesinde mümkün olan en geniş ölçüde yerine getirmek yükümlülüğü altındadır.²⁸

Ayrıca Sözleşmede öngörülen işbirliği hükümleri çerçevesinde taraf Devletler arasında suçluların iadesi, hükümlülerin nakli gibi işlemler gerçekleştirileceği gibi Sözleşmede yer alan suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda gelişmiş kolluk yöntemleri kullanmak durumundadır. Bu alanda yürütülecek işbirliği, gizli operasyonlar gibi özel soruşturma yöntemleri yanı sıra, elektronik izleme, kontrollü teslimat tanıkların korunması, bilgilerin toplanması, değişimi ve analizi gibi ileri düzey kovuşturma yöntemlerini kapsamaktadır.²⁹

Göçmen kaçakçılığı Sözleşmede tanımlanan sınıraşan, örgütlü kapsamındaki ağır suçların en tipik örneklerindedir. Bu yüzden ayrıca Ek Protokol oluşturulmak suretiyle bu suçlarla mücadele edilmeye çalışılmıştır.³⁰ Türkiye, Sözleşmeyi Sınıraşan Suçlarla Mücadele Konferansı sonucunda imzalamış ve 30.01.2003 tarih ve 4800 sayılı uygun bulma kanunu ile iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir.

e) Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol

2000 yılında Palermo'da yapılan konferansta Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol kabul edilmiştir. Protokole taraf devletler, kara, deniz ve hava yoluyla yapılan göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek için atılacak etkin adımların, işbirliği, bilgi alışverişi ve ulusal, bölgesel ve uluslara-

28 Sayın, op.cit., s.354.

29 Ibid.

30 Sınıraşan Örgütlü Suçluluk Sözleşmesine ek olarak hazırlanan ve örgütlü suçların tipik örneklerini oluşturan diğer iki protokol "İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol" ile "Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamaları ile Mühimmatın Yasadışı Üretimine ve Kaçakçılığa Karşı Protokol"dür.

rası düzeylerdeki sosyo- ekonomik önlemleri de içeren diğer uygun önlemler dahil, kapsamlı bir uluslararası yaklaşım gerektirdiğini kabul ederek uluslararası sorumluluk altına girmişlerdir.³¹

Göçmen kaçakçılığını, “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mali ve diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgâh sahibi olmadığı bir taraf devlete yasadışı girişinin temini” şeklinde tanımlayan Protokolün amacı, göçmen kaçakçılığını önlemek, bununla mücadele etmek, taraf devletler arasında işbirliğini geliştirmek ve kaçak göçmenlerin hakkını korumaktır. Bu üçlü hedef çerçevesinde, göçmen kaçakçılığıyla mücadele etmek adına taraf Devletlere düşen en önemli görev 6.maddede belirtilen unsurlarıyla birlikte göçmen kaçakçılığı suçunu yasalastırmaktır.³² Protokol teşebbüs ve iştirak hallerinin de cezalandırılmasını öngörürken; göçmenlerin hayatlarını veya güvenliklerini tehlikeye sokan veya tehlikeye sokması muhtemel durumları ve göçmenlerin istismarı dahil, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan hallerin birer ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Ayrıca sınır önlemlerini artırılması, kontrollerin güçlendirilmesi seyahat belgelerinin güvenliğini sağlanması³³ gibi diğer önlemler de göçmen kaçakçılığı ile mücadele konusunda Devletin yükümlülükleri arasında yer almaktadır.

Protokol hükümleri incelendiğinde işbirliği konusuna özel bir önem atfedildiği görülmektedir. Taraflar göçmen kaçakçılığının yapıldığı güzergâhlar, kullanılan ulaşım araçlarının kalkış ve varış noktaları, örgütlü suç gruplarının kimlik ve yöntemleri, seyahat belgeleri, kişileri gizleme yol ve yöntemleri bilgilerin yanında, mücadelede geliştirilen yasama organı uygulamalarına ilişkin deneyimleri, soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılan bilimsel ve teknolojik bilgileri paylaşmayı taahhüt etmişlerdir.³⁴ Aynı şekilde kamuoyunu

31 Sayın, op.cit., s.360.

32 Andrea Di Nicola, Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants, in Handbook of Transnational Crime and Justice, edi. By Philip Reichel, Sage Publications, Londra, 2005, s.197.

33 2010 yılı itibarıyla Türkiye'nin pasaport tipini değiştirip, biyometrik fotoğraflı çipli pasaport uygulamasına geçmesi de bu bağlamda değerlendirilebilir.

34 Sayın op.cit., 362.

bilinçlendirme, göçe neden olan sosyo-ekonomik sorunlarla mücadele etmek için de ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeylerde kalkınma programları ve işbirliği yapacaklardır.³⁵ İşbirliği, göçmenlerle ilgili çalışan görevlilerin, uluslararası örgütler, sivil toplum örgütleriyle gerçekleştirilecek uzmanlık eğitimi ve göçmen kaçakçılığına konu kaynak, transit ülkelerin teknik yardımlaşmasını da kapsamaktadır.³⁶

Protokolün göçmenleri koruma çerçevesinde en dikkat çekici hükmü, göçmenlerin kaçakçılık eyleminden ötürü cezai kovuşturmayaya uğramayacak olmalarıdır. Bu durum suçun hedefi olmuş kişilerin haklarının korunması anlayışının bir ürünüdür. Aynı şekilde göçmenlerin hayatlarının veya güvenliklerini tehlikeye sokan, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere yol açan hallerin de birer ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiş olması bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Protokol, Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne bir ek niteliğindedir ve Sözleşme'yle birlikte yorumlanmaktadır. Aksine bir hüküm bulunmadıkça, Sözleşme hükümleri Protokol için de geçerlidir. Protokolden doğan uyumsuzluklar tıpkı Palermo Sözleşmesinde olduğu gibi Uluslararası Adalet Divanı'na götürülecektir. Türkiye, Protokolü 13 Aralık 2000'de imzalamış, 30.01.2003 tarih 4803 sayılı Yasa ile 28.01.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe sokarak iç hukukunun bir parçası haline getirmiştir.³⁷

IV. Göçmen Kaçakçılığı Suçunun Mağduru

Göçmen kaçakçılığı suçu çeşitli açılardan ele alınabilir. Devleti ön plana alan bir açıdan bakıldığında, göçmen kaçakçılığı, sınır güvenliğini ihlal etmesi ve yasadışı göçün arkasındaki örgütlü yapı nedeniyle ulusal güvenliğe ilişkin bir suç olarak değerlendirilmektedir.³⁸

35 Ibid.

36 Ibid.

37 Türkiye, ilk olarak 765 sayılı TCK'nın İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhine Suçlar Başlığı altındaki 201/a maddesinde 03.08.2002 tarihinde yapılan değişiklikle uluslararası hukuktan kaynaklanan bu yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Ceza Kanunu'nun değişmesiyle birlikte göçmen kaçakçılığı suçu 5237 sayılı TCK'da Uluslararası Suçlar Kısmında düzenlemiştir.

38 Schoelendhart, op.cit., s.12.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu açısından bakıldığında mağdurun kimliği konusunda yaşanan tartışmaların kanun metnine yansıdığı söylenebilir. En azından suçun düzenlendiği suç grubuna bakıldığında suçun düzenlenmesindeki en üstün amaç uluslararası toplumun bu suç nedeniyle yöneltilen tehditlerden korunması gibi görünmektedir.³⁹ Kaldı ki göçmen kaçakçılığının devletin güvenliğine ilişkin bir suç olduğu gerekçesiyle bu yaklaşımın bile hatalı olduğu; göçmen kaçakçılığı suçunun devletin sınır güvenliğine karşı suçlar ya da “Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatlerine İlişkin Kanun” gibi özel kanunlarda düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁴⁰

Güvenlikçi politikaların bir diğer yansıması ise ülkedeki denetim sistemlerini sertleştirmek ve göç kurallarına ilişkin düzenlemeleri göçmenler açısından zorlaştırmaktır. Ancak göç kaynak ülkedeki göç nedenleri sona ermeden, göç alan ülkenin sınırlarını güçlendirmesi göçü engellemek adına yeterli olmamakta; göçmen kaçakçılığı suçunun işleniş biçimini (modus operandi) değiştirmektedir.⁴¹ Zira hedef ülkeye girmek için yasal sınırları aşmanın giderek daha da zorlaşması, ülkeye olan ilgiyi azaltmadığı gibi göçmenleri çaresizce kaçakçıların kucağına iterek yasadışı yolların çeşitlenmesine yol açmaktadır. Kaçakçılar ise sıkılaştıran güvenlik önlemlerine karşı proaktif bir tutum sergilemekte, uluslararası ağlarını genişletmekte, Batı Avrupadaki göç politikalarından anında haberdar olarak hizmetlerini buna göre güncellemektedirler.⁴² Bunun doğal sonucu olarak göçmenler açısından “daha iyi bir geleceğe yolculuk bileti” pahalalanmakta; kaçakçılar açısından da pasta büyüyerek suç gelirleri artmaktadır. Bu noktada şayet Devletin mağduriyetinden bahsedilecekse bunun suç örgütlerinin ilgili faaliyetleri dolayısıyla etkinlik alanlarının artması sonucunda Devlet açısından oluşan dolaylı mağduriyet olduğunu söylemek gerekmektedir.

39 Gülşah Kurt Yücekul, Yargıtay 8. CD Kararlarına İlişkin Değerlendirmeler, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu 2011, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları no 17, İstanbul, 2011, s.336.

40 Ahmet Caner Yenidünya-Mehmet Emin Alşahin, Göçmen Kaçakçılığı Suçu TCK m.79, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 82, Mayıs-Haziran, Ankara, 2009, s.32.

41 Sayın, op.cit., s.115.

42 Khalid Koser, “Smuggling Asylum Seekers into Western Europe” in Global Human Smuggling ed.David Kyle&Rey Koslowski, John Hopkins University Press, Londra, 2001, s.71.

Öte yandan madde gerekçesinde yer alan ifade biçimi ve ağırlaştırıcı sebeplerleri düzenleyen fıkrasında “suçun mağdurları”nın ifadesinden TCK’nın suçun mağdurunu göçmenler olarak benimsediğini kabul etmek mümkündür. Her ne kadar göçmenlerin sosyal açıdan mağdur oldukları ama bu suçun konusunu oluşturdukları ileri sürülse de⁴³ göçmen kaçakçılığı suçunun yasallaşması ile öncelikle, “yasadışı yollardan menfaat elde etmek isteyen suç örgütlerinin tuzağına düşerek kaçırılan, yasadışı yollarla belirsiz yerlere götürülen, tüm malvarlıklarını bu örgüt veya kişilere kaptıran çaresiz insanların yaşamsal veya bedensel zarar görmelerinin, ruhsal olarak sömürülmelerinin, onlara yönelik olarak gerçekleştirilmek istenen gayri insani muamelenin önüne geçilmek istenmektedir”.⁴⁴ Türk Ceza Kanunu açısından bakıldığında ise “göçmenlerin de suçun düzenlenmesiyle korunmak istenen hukuki menfaatlerin en azından bazılarının sahibi olarak kabul edilmeleri zorunludur”.⁴⁵ Gerek 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin mültecilerin yasadışı giriş yaptıkları için cezalandırmayacaklarını öngören hükmü gerekse Protokol’ün göçmenlerin cezai kovuşturmayaya tabi tutulamayacaklarını belirten maddesi, sosyal mağduriyet kavramının da ötesine geçerek, böylesine bir kabulü haklı çıkarmaktadır.

V. Sonuç

BM raporları her yıl binlerce kaçak göçmenin konteynırlarda havasızlıktan boğulduğunu, çöllerde susuzluktan hayatlarını kaybettiklerini ya da denizde boğulduklarını ortaya koymaktadır.⁴⁶ Dolayısıyla her ne kadar küreselleşen dünyada, sınırların ortadan kalktığı inancı insanların aklında yer etse de bazıları için sınırların yok olduğu

43 Mustafa Kayaalp, Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010, s.100.

44 Evik, op.cit., s. 137.

45 Yücekul, loc.cit.

46 United Nations Office on Drugs and Crime, Issue Paper : A Short Introduction to Migrant Smuggling http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/Issue_Paper_-_A_short_introduction_to_migrant_smuggling.pdf (son erişim tarihi 27.02.2013)

bir dünya henüz kurulmamıştır. Göçle bağlantılı olarak bu sorunun farkına varan uluslararası toplum da gerekli olduğuna inandığı düzenlemeleri yaparak, sorunun çözümüne katkı sunmaya çalışmıştır. Tekrar belirtmek gerekir ki göçmen kaçakçılığı suçunda, kaçırılan insanlar ticari bir alışverişin eşit olmayan ortaklarıdır.⁴⁷ Bu eşitsizliğin de ötesinde göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru olmasının nedeni sadece onları bu yolculuğa iten çaresizlik değil aynı zamanda kaçakçıların yolculuk öncesinde, esnasında ve sonrasında gerçekleştirdikleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerdir.⁴⁸ Uluslararası alandaki bu yoğun çabaların hedefine ulaşabilmesi için göçmenlerle ilgili kavram karışıklıklarının giderilmesi ve göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun birincil mağduru oldukları anlayışının yerleşmesi gerekmektedir.

47 Sayın, op.cit., s.123.

48 Di Nicola, op.cit., s.194.

KAYNAKÇA

- Akçadağ, Emine; Yasadışı Göç ve Türkiye, Bilge Adamlar Kurulu Raporu, Rapor no:42, İstanbul, 2012.
- Di Nicola, Andrea; Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants, in Handbook of Transnational Crime and Justice, edi. By Philip Reichel, Sage Publications, Londra, 2005.
- Doğan, Koray; Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2008.
- Evik, Ali Hakan; Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 3-4, Erzincan 2005.
- Gonzaga, Jose Alvin, C.; “The Role of the United Nations High Commissioner for Refugees and the Refugee Definition”, in The Refugees Convention 50 Years On, ed.Susan Kneebone, Ashgate, Aldershot, 2003.
- Göç Terimleri Sözlüğü http://www.turkey.iom.int/documents/goc_terimleri_sozlugu
- Kayaalp, Mustafa; Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2010
- Koser, Khalid; “Smuggling Asylum Seekers into Western Europe” in Global Human Smuggling ed.David Kyle&Rey Koslowski, John Hopkins University Press, Londra, 2001.
- Mountz, Alison; Seeking Asylum, Human Smuggling and Bureaucracy at the Border, University of Minnesota Press, Londra, 2010.
- Sayın, Hüdayi; Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Bakımında Göçmen Kaçakçılığı, İnsan Ticareti, Cinsel Sömürü Suçları ve Bunlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2010.

Schloenhardt, Andreas; Migrant Smuggling: Illegal Migration and Organised Crime in Australia and the Asia Pacific Region, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003.

UNCHR Turkey: <http://www.unhcr.org.tr/?content=430>

United Nations Office on Drugs and Crime, Issue Paper : A Short Introduction to Migrant Smuggling

http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Issue-Papers/Issue_Paper_-_A_short_introduction_to_migrant_smuggling.pdf

Yenidünya, Ahmet Caner-Alşahin, Mehmet Emin; Göçmen Kaçakçılığı Suçu TCK m.79, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 82, Mayıs-Haziran, Ankara, 2009.

Yenigün, Bülent; Göçmen Kaçakçılığı Suçu, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

Yücekul, Kurt Gülşah; Yargıtay 8. CD Kararlarına İlişkin Değerlendirmeler, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu 2011, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları no.17, İstanbul, 2011.