

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“1- Usûle dair talebimiz;

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesinde “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır...” hükmü yer almakta olup; benzer şekilde 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinde “Bir davaya bakmakta olan mahkeme; 1. O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse bu yoldaki gerekçeli kararı; ...” şeklindeki bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu sebeple; her ne kadar işbu başvuruya konu iptali istenen hüküm teknik anlamda bir “dava”da uygulanacak madde olmasa da; işin mahiyeti gereği hukuki bir talep karşısında hukuki bir “karar”da uygulanacak olan bir yasa maddesidir. İşin niteliği dikkate alındığında böylesi talepler böylesi bir hukuki işleme (Değişik iş esas kaydına) konu olabilecektir. Bu bakımdan; talebi olumlu ya da olumsuz şekilde sonuçlandırmanın mahkememize ait bir görev oluşu, böylesi taleplerin hukuken bu şekilde ele alınmasının zorunlu oluşu, Anayasa'ya aykırı olduğuna inanılan bir yasa maddesini bir hakimin bu teknik ayrımı nedeniyle uygulamak zorunda bırakılamayacağı gibi hususlar nazara alınarak; iş bu başvurunun geniş anlamda yorumlanabilecek bir “dava” gibi yorumlanarak talebin esastan değerlendirilmesi Yüksek Mahkemenizden arz ve talep olunur.

Ayrıca; bir hukuk kuralı olan “Usûl kaideleri esas kaidelere mukaddemdir” ilkesi, gözardı edilemeyecek kadar önemli bir düstur ise de, bir işin esasına halel gelmeyecek şartlarda bu ilke uygulama alanı bulabilecektir. Yoksa, hiç bir zaman “Esasın usûle feda edilemeyeceği”de yine bir başka hukuk kuralıdır. Burada usûl kaidesi teknik anlamda kullanılan “dava”dır, esas kaide ise bir hakimin ortada teknik anlamda bir “dava” olmadığı için Anayasa'ya aykırı olduğuna inandığı bir yasa maddesini yıllarca uygulamak zorunda bırakılamayacağıdır.

2- Esas bakımından gerekçelerimiz;

Hukukumuzda; arama konusu, başlangıçtan beri hem yasa boyutunda, hem kazai içtihatlarda hem de ilmi içtihatlarda iki türlü ele alınmıştır. Bunlardan birincisi; kendisini 4.4.1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu madde 94 ve devamında gösteren “Bir suç işlendikten sonra ya da bir suç işlendiği şüphesi ortaya çıktıktan sonra yapılan adli mahiyetteki arama”, ikincisi ise; kendisini 4.7.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununda gösteren “Suç işlenmeden önceki düzenleyici-caydırıcı-önleyici idari mahiyetteki arama”dır.

Adli mahiyetteki aramada; bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek şüphesi altında bulunan kimsenin evi ile ona ait sair mahallerde arama yapılabileceği gibi gerek üzeri ve gerek eşyası dahi aranabilir. Bu arama şüphe altında bulunan kimsenin yakalanması maksadı ile yapılabileceği gibi sübut delillerinin meydana çıkarılması umulan hallerde dahi yapılabilir. (CMUK madde 94) CMUK.nun 94. maddesinde yazılı kimselerden başkalarının

gerek üzerlerinde ve gerek evi ile sair mahallerde arama, ancak sanığın yakalanması veya suçun izlerinin takibi veya muayyen bazı eşyanın zabtı maksadiyle yapılabilir. Bu hallerde aramanın yapılması, aranılan şahsın veya takip edilen izlerin yahut zaptedilecek eşyanın aranılacak şahıs veya mahallerde bulunduğunu istidlâl ettirebilecek vakıaların vücuduna bağlıdır. (CMUK. madde 95.) Aramaya karar vermek yetkisi hakimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet Savcıları ve savcılarının muavini sıfatı ile emirlerini icraya memur olan zabıta memurları (polis-jandarma görevlileri) arama yapabilirler. (CMUK. madde 97/1) Adli mahiyetteki arama kararını, hazırlık soruşturmasında Sulh Ceza Hakimi, son soruşturma aşamasında davayı gören mahkeme hakimi verir. Bu husus hem doktrin, hem yargısal içtihatlarla hem de uygulamada böyle kabul edilmiştir.

İdari mahiyetteki aramada; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 4771 sayılı Kanunla değişik 9. maddesinde “Polis; Milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla usûlüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle; -kanunda tek tek sayılan yerlerde- suçun önlenmesi amacıyla kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar, suç unsurlarına el koyar ve evrakı ile birlikte Cumhuriyet Savcılığına tevdi eder. Ceza Muhakemeleri Kanunu ile diğer kanunlara göre suç iz, eser, emare veya delillerinin tespiti veya faillerinin yakalanması amacıyla polis tarafından yapılacak aramalar içinde usûlüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde diğer kanunlarda yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmalıdır...” hükmü yer almıştır. Oysaki; 4771 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki aynı Kanunun 9. maddesinde “... Polis, kamu düzenini ve Anayasal hak ve özgürlükleri korumak bakımından zorunlu ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde il sınırları içinde valinin, ilçe sınırları içinde kaymakamın somut olay ve gereksinimler için her seferinde yeniden vereceği emirle -kanunda tek tek sayılan yerlerde- suç konusu olabilecek alet ve eşyanın bulundurulup bulundurulmadığını saptamak ve eylemlerle ilgili kişileri ele geçirmek amacıyla kişilerin üstlerini, araçlarını ve eşyasını arar, suç unsuru gördüklerinde el koyar, evrakıyla birlikte adalete teslim eder...” hükmü yer almıştı.

İdari aramayla ilgili olarak öncelikle belirtelim ki; bu arama asayışı, kamu düzenini sağlamak, suç işlenmesini engellemek amacıyla kolluk görevlileri tarafından yapılan önleme aramasıdır. Önleme araması idari bir işlem olduğundan zabıtaya arama emri verme yetkisi (önceki madde metninde anlaşılabacağı üzere) mülki amirlere verilmiştir. (Seydi Kaymaz, Uygulamada ve Tesride Ceza Mahkemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1. Bası, 1997, sayfa 137) Kaynağını Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'ndan alır. Buradaki esas nokta; bir suçun işlenmesi üzerine yargılama önlemi olarak arama-el koyma uygulaması anlamını taşımaz ve bu sebeple hakim izni aranmaz. Buradaki amaç suçun işlenmesinin önlenmesidir. Bu bakımdan idari aramalarda idari yapılanma çerçevesinde bir yetki sözkonusudur. (Prof. Dr. Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Basım-Dağıtım, 5. bası, İstanbul 1994, sayfa 357) idari aramanın doktrinde ve idari uygulamadaki adı “arama-tarama” ya da “uygulama” diye geçmekte olup; idari aramadaki idari işlem olgusu, idari yetkiye dayalı tasarruf olgusu, Türk hukukunda doktrinde ve mahkeme içtihatları ile uygulamalarında yıllardan beridir kabul görmüş ve görmektedir.

1961 Anayasası'nın 15/2. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın hem ilk düzenlenen hem de 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonraki 20/2. maddesinde yer alan “arama” konusu; ceza yargılamasını amacına ulaştırmak için suç şüphesi altındaki kişilerin, suç

delillerinin ve müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta, başka kapalı yerlerde ve kişilerin üstlerinde yapılan aramadır. Anayasa'da yer alan “kanunla yetkili kılınan mercii”den kasıt Cumhuriyet Savcısı ve emri altında adli tahkikat yapmaya vazifeli olan kolluk kuvvetleridir. Kısaca; Anayasa'mızın 20/2. maddesinde düzenlenen arama; suç işledikten sonra suçun ortaya çıkartılması ve aydınlatılması, suç delillerinin elde edilmesi, devam eden suçun inlenmesi ya da bastırılması amacına matuf olan adli mahiyetteki aramadır. Bu husus hem doktrinde, hem kazai içtihatlarda, hem de mahkeme ve idare uygulamalarında ittifaken böyle kabul edildiği içindir ki; “hakim kararıyla arama” konusu 1961 Anayasası'ndan beridir. Anayasal metin olarak mevcut olmasına rağmen Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda düzenlenen idari aramalarda hakim kararı aranmamıştır. Bu konuda hukuka aykırılık ileri sürülmemiştir. Anayasa maddesi olarak düzenlenen adli aramaya ilişkin ayrıntılı düzenleme ise Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 94 ve devamı maddesinde yer almaktadır.

2559 sayılı Polis Vazife Selahiyet Kanunu'nun 4771 sayılı Kanunla değişik 9. maddesinin hangi sebeple Anayasa'ya aykırı olduğuna gelince; yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere iki tür arama vardır. Bunlardan birincisi, kaynağını Anayasamızın 20/2 maddesinde ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 94 ve devamı maddelerinde alan; bir suç işlendikten sonra ya da suç işleneceği şüphesi ortaya çıktıktan sonra yapılan adli arama, ikincisi ise; suç işlenmeden önce ya da suç işleneceğine dair bir şüphe mevcut olmadığı halde sırf düzenleyici-caydırıcı ve önleyici şekilde yapılan idarî aramadır. Adli aramalarda arama kararı verme yetkisi olağan hallerde hakime (Hazırlık soruşturmasında Sulh Ceza Hâkimi son soruşturmada davayı gören mahkeme hâkimi) tanınmış, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınan merciiilere (yani C. Savcısı ve emrinde görev yapan kolluk kuvvetlerine) tanınmıştır. Adli aramada bir hâkimin karar ya da tahkikat sürecine katılması pek tabiidir. İdarî aramalarda arama kararı verme yetkisi, 2559 sayılı Kanun'un son değişiklikten önceki 9. maddesinde il sınırları içinde valiye, ilçe sınırları içinde kaymakama tanınmışken aynı Kanun'un 4771 sayılı Kanunla değişik 9. maddesi birinci fıkrası hükmüne göre olağan hallerde hakime, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde o yerdeki mülki amire tanınmıştır. Yukarıda da izah olunduğu üzere; her yönüyle idarî bir tasarruf olan ve ancak idari makamların yetkisinde bulunan idari aramalarda hakim kararı aranması; 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Başlangıç bölümünde yer alan ve Anayasa maddesi sayılan “...Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda olduğu...” şeklindeki ilgili fıkrasına, Anayasamızın 6. maddesinde yer alan “...Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz...” şeklindeki madde hükmüne, Anayasamızın 8. maddesinde yer alan “...yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir...” şeklindeki madde hükmüne, Anayasamızın yargı yetkisine vurgu yapan 9. maddesine, Anayasamızın özel hayatın gizliliği konusunu düzenleyen 20. maddesine, Anayasamızın 125/5. maddesinde yer alan “...Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak şekilde yargı kararı verilemez...” şeklindeki madde hükmüne aykırıdır.

İdari mahiyetteki aramaların etkin ve süratli bir şekilde uygulanması, idari aramanın düzenleyici-caydırıcı ve önleyici özelliğine katkıda bulunacak, suçun işlenmesine zemin oluşturabilecek unsurları ortadan kaldıracak ve bu suretle de ya hiç suç işlenmeyecek ya da asgari düzeye indirilebilecektir. Bu durum yargının işini kolaylaştıracaktır. Bu sebeptendir ki, idari aramalarda karar alma sürecini kısaltmak, karar silsilesindeki prosedürü azaltmak hem

uygulamaya, hem amaca hem de mevzuata uygun düşecektir. Her yönüyle idari bir tasarruf olan idari aramalarda mülki amirlerin yetkili kılınması Anayasamızda vurgulanan Kuvvetler ayırımına, yasama-yürütme yargı arasındaki yetki ve görev paylaşımına uygun düşecektir. İş bu olayda olduğu gibi idari bir işlemde yargısal bir gücün araya girmesi kuvvetler ayırımını zedeleyecek, adeta yetki karışması (veya gasbı) şekline dönüşecektir. Şayet amaç hak ve hürriyetlerini korumak ise; bu, idari bir karara hakimi katarak temin edilemeyecektir. Önemli olan insan hak ve hürriyetlerini güvenceye alan uygulamalara öncelik vermektir. Aşağıda da açıklandığı üzere; Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun değişik 9. maddesi ile önce insan hak ve hürriyetleri daraltılmış, sonra da bu daraltmayı görünüşte hafifletmek için idari karar sürecine hakimi katarak zevahir kurtarılmaya çalışılmıştır.

Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 9. maddesinde yapılan ve idari bir karara hakimi katan son değişiklik aynı zamanda 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın genel karakteristiğine de aykırıdır. Bu Anayasa, yapıcı anlamda eleştirilmekle birlikte; hali hazırda yürürlükte olan bir Anayasa'dır. 1982 tarihli Anayasa'nın temel karakteristiği; yasama ve yargı karşısında (özellikle de yargı karşısında) yürütme kuvvetinin güçlendirilmesidir. 1961 Anayasası'nda yürütme gücü sadece bir görev iken 1982 Anayasası'yla hem görev hem de yetki olarak tanımlanmıştır. Nitekim; 1982 Anayasası'nın 8. maddesine ilişkin gerekçede "... modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynakladığı motordur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ilâ 1980 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür... Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir." denilmiştir. 1982 Anayasası'na ilişkin Danışma Meclisi Başkanlığı'na sunulan Anayasa Komisyonu raporunda da; "...1961 Anayasasının uygulanmaya başlanmasından sonra Anayasanın yetkili kıldığı organların ve özellikle yargı denetimi ile yükümlü organların zaman zaman politik eğilimlere kendilerini kaptırdıkları gözlenmiştir." şeklindeki ifadeler yer verilmiştir.

Bir Anayasa'yı beğenmemek ayrı, beğenmediği halde uygulamak ayrı konulardır. Beğenilmeyen hükümler değiştirilir, şayet bir Anayasa'nın genel mantığı takdir görmüyorsa bu halde Kurucu Meclis yeni bir mantıktan hareketle yeni bir Anayasa yapar. 1982 Anayasası'nın genel mantığı bu olduğu halde, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda yer alan arama idari tasarrufa istinad eden bir arama olduğu halde, 2559 sayılı Kanun'un 4771 sayılı Kanun'la değişik 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...Usulüne göre verilmiş hakim kararı..." şeklindeki hüküm Anayasamıza aykırıdır. İnsan Hak ve Hürriyetleri bu düzenlemede olduğu gibi her idari tasarrufa bir "hakim kararı" şartı getirilmekle korunamayacaktır. Yetki karışıklığının (veya gasbının) yanı sıra; somut bir olayın çözümünde yer alması gereken hakimlerin hem iş yükü çoğaltılmakta hem de idari makamlar ve yargı merciileri arasında hangi hallerin gecikmesinde sakınca olduğu hangi hallerin gecikmesinde sakınca bulunmadığı gibi ihtilaflara sebebiyet verilmektedir.

Yürütmenin; geleneksel ve aktüel olmak üzere iki tür işlevi vardır. Geleneksel işlevlerinin başında da kanunların uygulanmasını temin görevi gelir. Kanunların uygulanabilmesi, kamu düzeninin korunmasına bağlıdır. Zira; kamu düzeni korunmadığı, kargaşa içindeki bir ortamda, kanunların uygulanması mümkün değildir. Bu bakımdan kamu düzeninin korunması yürütmenin görevlerindendir. Bunun için de düzenleyici kolluk (zabita, polis) işlemleri yürütme tarafından yapılır. Kamu düzeni korunurken önemli olan konu hürriyetlere saygılı olmaktır. (Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1991, Sayfa 358)

2559 sayılı Kanun'un 4771 sayılı Kanun'la değişik 9. maddesinin insan hak ve hürriyetlerini neden kısıtladığına gelince; bu madde değişmeden önceki madde metninde “polis, kamu düzenini ve Anayasal hak ve özgürlükleri korumak bakımından zorunlu ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, il sınırları içinde valinin, ilçe sınırları içinde kaymakamın, somut olay ve gereksinimler için her seferinde yeniden vereceği emirle...” arama yapılabileceği hükmü vardır. Önceki metinde olağan hallerde idari arama yapılamıyor, sadece zorunlu ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde somut olay ve gereksinimler için idari arama yapılabiliyordu.

2559 sayılı Kanun'un 4771 sayılı Kanun'la değişik 9. maddesinin birinci fıkrasında ise; olağan hallerde de idari arama yapılmasına izin verilerek insan hak ve hürriyetleri bahsinde bir gedik açılmış, araya hakim kararı sıkıştırılarak aykırı durum hafifletilmeye çalışılmıştır. Önceki kanunla “Somut olay ve gereksinim” esası benimsenmişken yeni kanunda böylesi bir şart aranmayarak arama işi takdire daha da açık bırakılmıştır. Önceki metnin ikinci fıkrasının (E) bendinde “kesin belirtilerin elde edilmesi halinde umumi ya da umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya ...” idari mahiyette arama yapılabileceği belirtildiği halde yeni madde metninde; kesin belirtilerin elde edilmesi kriterine yer verilmemiştir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi; Avrupa Birliğine girme yolunda İnsan Hak ve Hürriyetleri bahsinde birey lehine düzenlemeler yapıldığı ileri sürülerek İnsan Hak ve Hürriyetleri daha da sınırlandırılmıştır. Şâyanın başka gerçeğin başka olduğu bu nev'i düzenlemeler tam bir “Felix Culpa” (yani mes'ut cürüm veya alkışlanan hata)dır.

III- NETİCE-İ TALEP

Yukarıda arz ve izah olunan gerekçeler doğrultusunda 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 4771 sayılı Kanunla değişik 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...usûlüne göre verilmiş hakim kararı...” hükmünün 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın başlangıç bölümünde yer alan ve Kuvvetler Ayrımını vurgulayan ilgili fıkrasına, 6. maddede yer alan ve “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet Yetkisi kullanamaz.” hükmüne, Anayasa'nın 8., 9., 20. ve 125/5 maddelerine, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 12. maddesine aykırı olduğu kanaatiyle belirtilen hükmün iptaline karar verilmesi saygılarımla arz ve talep olunur.”