

“... ”

2918 SAYILI KTK 48/3 METNİNDE YER ALAN “BU” İBARESİ YÖNÜNDEN ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU

A-) İtiraz Usulü Ve İtiraza Konu Hükümün Doğrudan Uygulanma Sorunu Açısından Açıklamalar:

İtiraz konusu edilen 2918 sayılı KTK 48/3 hükmü esas itibari ile görülmekte olan davada doğrudan uygulanacak hüküm mahiyetinde değildir. Zira itiraza konu hadise münhasıran 48/2 hükmü bağlamında denetim ve sonrasında tespit edilen rapora istinaden tatbik edilen idari para cezasına dairdir.

Ancak mer’i mevzuatımızda alkol denetimine dair itiraz hakkı bahşeden yegâne hüküm kanunun 48/3 hükmünde yer aldığı cihetle kanunun 48/3 hükmü bakımından gerek itiraz konusu somut olayda dolaylı tatbik sahası doğacağıının kabul edilebileceği ve esasen ileriki safhalarda açıklanacağı üzere kanunun 48/3 hükmünün 48/2 anlamındaki hadise ve tatbikat bakımından da hüküm ve sonuçları itibari ile uygulanması ihtimali olabileceği, daha doğrusu uygulanma sahasının genişleyebileceğidir.

Şöyle ki 2918 sayılı KTK 48/2 “ Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılır.” hükmü ile genel hüküm tesis etmiş,

48/3 hükmü ile de

“Kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması hâlinde, ikinci fıkrada belirtilen muayeneye tabi tutulması zorunludur. Teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen bu sürücüler, en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır. Bu işlem bakımından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75 inci maddesi hükümleri, beşinci fıkrası hariç olmak üzere uygulanır” şeklindeki düzenleme ile

I-) Yaralamalı-ölümlü-maddi hasarlı trafik kazalarında muayenenin zorunlu olduğu, bir diğer anlatımla kanunu 48/9 hükmünde yer alan imtina hakkının bu hallerde bulunmadığı, kanunca tanınmadığı ve direnme, kabul etmeme, reddetme hakkının bulunmadığı,

II-) Kanunun yazım ve düzenleme şekli itibari ile, kanunun kullanmış olduğu “bu sürücüler” ibaresi delaleti ile bu hallerde ayrıca bahsi geçen ölçüme itiraz hakkının tanındığı, ayrıca ölçümün kabul edilmemesi halinde de zikredilen sağlık kuruluşlarına götürülme hakkının mevcut olduğu görülmektedir.

Gerek kabahat mevzuatı ve idari yaptırımların yerleşik tatbikatı gerekse de 5237 sayılı TCK 179/3 hükmü bağlamında ölümlü-yaralamalı-maddi hasarlı olmayan trafik kazalarında kollukça teknik cihazla yapılan ölçümü reddetme ve sağlık kuruluşuna başvurma hakkı

kanunun ölçüme itiraz ve ayrıca ölçümü ret ile sağlık kuruluşunda ölçümü 48/3 içerisinde zikretmesi sebebi ile pek çok probleme ve hak kayıplarına sebebiyet vermektedir.

Kişiler haricen rapor aldırabilmekte ve raporlar ilk yapılan ölçümün daha altında yahut daha farklı çıkabilmektedir. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu açısından da hadisenin ölümü-yaralamalı-maddi hasarlı trafik kazası olması hallerinde aldırılan raporlarda da sözkonusu farklılıklar görülmekte, söz konusu 3 hal dışındaki olaylar da bazen gözaltı gereği bazen savcı talimatı vb.gereği aldırılan raporlar kollukça ilk yapılan tespitten daha farklı ve daha düşük miktarda sonuçlar verebilmektedir.

İlk derece mahkemeleri ve kanunyolu mahkemeleri ilgili sağlık kuruluşlarınca aldırılan raporlara itibar etmektedir. Zira alkol oranı ile ilgili Adli Tıp'ın kriteri olan saatte 0,10-0,15 promillik azalma nisbetinin çok daha altında sonuçlar ortaya çıkmakta, bu hal de ilk yapılan tespitin güvenilirliğini ve dolayısı ile hukuki güvenliği, belirliliği ihlal etmektedir.Örneğin Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesi 2019/110 E.-2019/1333 K. sayılı ilamı ile “... sanık soner korkmaz'ın olay günü yol kontrolünde durdurularak saat 23:13'de yapılan ölçümünde 1.18, saat 23:42 de alınan adli raporunda ise 0.36 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, yargıtay 12.Ceza Dairesi Başkanlığı'nın 04/05/2016 tarih, 2015/11005 Esas, 2016/7868 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere; ölçümler arasındaki saat farkının kısalığı dikkate alındığında sanığın lehine olan ikinci raporun esas alınmasının gerektiği, 1 saatte alkol miktarının ortalama 0,15 promil düşeceği yönündeki bilimsel tespit dikkate alındığında, somut olayda alkolmetre ile ölçüm ile hastanedeki ölçüm arasında 29 dakikalık bir zaman olduğu ve bu zaman zarfında alkolün yaklaşık 0,07 promil düşeceğinin kabul edilmesi gerektiği, hastanedeki ölçüm olan 0,36 promilin üzerine ilave edildiğinde sanığın 0,43 promil alkollü olacağı ve bu miktarın 100 promilin altında kaldığı,...” şeklindeki kararı ile sağlık kuruluşlarının raporuna üstünlük tanınması gerektiğini hükme bağlamıştır. Benzer mahiyetli pekçok karar bulunmaktadır. İstinaf kararındaki bariz fark ve lehe olan rapora itibar edilmesi de dikkate şayan bir diğer haldir ve pek çok mahkeme kararına da benzer haller yansımaktadır.

Açıklanan gerekçelerle ceza yargılamasında muhtelif kararlara yansıdığı üzere gündeme gelen 2. raporun aldırılma ve dolayısı ile kıyaslama imkanı ayrıca kabahat yargılamasında, idari para cezaların incelenmesi ve denetlenmesi bakımından da gündeme gelmeli, kabul edilmelidir ki aksi halde denetimi imkansız, mutlak bir önkabulün varlığı ve buna istinaden yürüyen bir tatbikat sözkonusu olacaktır ki kanunun, tatbikatın, olması gereken hukukun arzuladığı netice bu değildir. Kaldı ki bahsi geçen 2.raporun aldırılması da ceza yargılamasında dahi kanunun düzenleme şekli sebebi ile yaralamalı-ölümlü-maddi hasarlı trafik kazalarına müncer olup diğer hallerdeki raporlar gözaltı, savcı talimatı, adli rapor vb esnasında temin edilen raporlardır.

Elbette promil ölçümlerine dair cihaz tespitleri tamamıyla her defasında her daim hastane raporu ile teyid edilmesi zaruret arz eder surette sıhhsiz ve şüpheli değildir. Ancak incelenen ve çözüm bulunmak istenen mesele promil ölçümlerinin hatalı olduğu durumlarda hak kayıplarının ve bundan kaynaklı uygulama farklılıklarının önüne geçebilme, bu bağlamda adilane, denetlenebilen, tarafları mutmain kılacak bir hal çaresi bulabilmektir ki bu da rapor alınma ve ölçüme itiraz imkanını umumi olarak bütün denetim neticeleri için bu hakların teşmil edilmesi, sadece 3 hal ile mahdut bulunmaması ile mümkün olacaktır.

Bu itibarla mer'i mevzuatımızda kanunun yazım ve düzenleme şekli itibari ile yapılan ölçüme itiraz ile ölçümü kabul etmeyerek doğrudan sağlık kuruluşuna başvurabilme imkanlarının kanunun 48/3'te saydığı hallere mahsus olarak değil her nevi hadiseye teşmil edilebilir olacağı, bir diğer anlatımla olması gerektiği; aksi halde hak kayıplarının ve problemlerin doğacağı gerekçesi ile kanunun 48/3 hükmünde yer alan "bu" ibaresinin görülmekte olan davada uygulanacak kanun hükmü olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

B-) Esasa İlişkin Açıklamalar:

İtiraz konusu kuralın hukuk devleti, eşitlik ilkesi, hak arama hürriyeti, suçların ve cezaların şahsiliği noktasında Anayasanın 2., 10., 36, ve 38. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Hukuk devletinde olması gereken uygulama birliği, belirlilik, öngörülebilirlik ve denetime elverişliliklerdir. Halbuki kanunun 48/2 ile 48/3 düzenlemesindeki farklılık sebebi ile yalnızca fiili kanuni limitler bağlamında suç teşkil eden kişiler bakımından ölçüme (ölçümün sonuçlarına) itiraz etme ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeme halinde en yakın sağlık kuruluşlarına başvurabilme hakkı tanınmıştır. Bu hali ile ciddi bir tenakuz ile hüküm ve neticeleri itibari ile nisbetsiz bir vaziyet hasıl olmaktadır.

Bu haller iki fasıl halinde incelenecek olur ise;

I-) Ölçümün sonuçlarına itiraz etme hakkı bakımından maddi hadisenin yalnızca TCK 179/3-2 kapsamında değerlendirilebilecek olmasının yanısıra ilaveten ayrıca ölümlü-yaralamalı-maddi hasarlı trafik kazası boyutunda olması aranmaktadır ki bu hukuki ve ayrıca tıbbi, fiziki denetimin neden en ağır, en ciddi vakalara mahsus olduğu, neden diğer hallerde tanınmadığı noktasında hiçbir doyurucu cevap ve gerekçeye sahip değildir.

II-) Ölçüm yapılmasına müsaade etmeme, sağlık merciinde ölçüm yaptırma bakımından ise ilk bakışta kanunun 48/9 hükmünün varlığı 48/2 hükmü ile birlikte birbirlerini tamamladığı, kanunun 48/3 hükmünde düzenlenen haller dışında ölçüm yapılmasına müsaade etmemenin muhatabın hüküm ve neticelerine kişisel olarak katlanması şartı ile bir hak olduğu,

48/3 maddesinde ise hak olmayıp ayrıca kolluğa tanınan denetim yetkisinin zaruri bir hak ve yetki olduğu ve dolayısıyla muhataba tanınan imtina hakkının tamamen bertaraf edilerek ölümlü-yaralamalı-maddi hasarlı trafik kazalarında tüketilmesi gereken idari-hukuki-tıbbi safha olduğu düşünülebilir.

Ancak idari yaptırım tatbikatında sıkça görüleceği üzere bir kısım sürücüler ayrıca sağlık kuruluşuna götürülmeyi istedikleri için tekniz cihazdan imtina etmektedirler. Bu halde de idari para cezası ile birlikte ehliyetin geri alınması söz konusu olmaktadır ki ehliyetin geri alınması süresi 2 yıl olup yaptırım teşkil eden hale göre fevkalade uzundur. Zira ilk ihlalde ehliyetin geri alınma süresi 6 aydır.

Bu bağlamda kişiler muhatap oldukları idari denetimde daha sağlıklı sonuç alınmasını istedikleri için ölçüm yapılmasına müsaade etmezse yahut ölçüm yapılsa dahi 48/2 kapsamındaki her nevi yahut 48/3 ile TCK 179/3-2 kapsamında ölümlü-yaralamalı-maddi

hasarlı trafik kazaları haricinde sağlık kuruluşunda yeni bir ölçüm yapılamayacağı için çok fazla hak kayıpları söz konusu olacaktır.

Zira suç teşkil eden fiiller suç olmaktan çıkabileceği gibi idari para cezası gerektiren fiil ve hadiselerde de idari para cezası gerektirmeyen miktarda yahut kıyaslama neticesi o miktara ulaşılabilir bir netice ortaya çıkabilecektir. Çünkü sağlık merciinin raporu esas alınarak saat aralığı itibari ile 0,10-15 promillik baremler eklenip çıkarılarak nihai tespiti gidilmektedir.

Esas itibari ile de problem budur. Zira yıllardır pek çok ihtilaf ve pek çok meselenin kaynağı ölçüme itiraz hakkının olmamasıdır. Eğer ölçüme itiraz hakkı tanınacak olsa ölçümden imtinayı düzenleyen ve ayrıca müeyyideye bağlayan kanunun 48/9 hükmü de ekseri hadiseler bakımından atıl kalacak ve tatbik sahası bulmayacaktır. Çünkü 6 aylık müddet ile imtina halinde bunun 4 katı müddet ile 2 yıllık müddetle ehliyetin geri alınması karşısında daha az süreli olan 6 aylık süre ehliyetin alınmasını gerektiren idari işlem tercih edilecektir. Ancak kanunun sistematigi gereğ imtina hakkı icabında kişiyi suç soruşturması ve kovuşturmasından dahi koruyacak surette ihdas edildiğinden daha uzun süreli ehliyetin alınması kendisinin katlanacağı kişisel külfet hükmünde bulunmaktadır.

Haddizatında kanunun 48/9 hükmü ölçümün zorunlu olduğu ölümlü-yaralamalı-maddi hasarlı trafik kazaları haricinde mutlak ve umumi olarak ölçümden imtina hakkı tanınmıştır ancak ölçümün kontrol edilebilirliği ve denetlenebilirliği olmalıdır ki ölçümden imtina söz konusu olmasın. Kaldı ki belki suç teşkil eden haddin üzerindeki hallerde dahi ölçümden imtina hakkının kullanılması hadiseyi suç boyutunda değil münhasıran kabahat boyutunda incelenmesine sebebiyet vermektedir ki bu da kanunun düzenlenme ve yazım hatasının, bu bağlamda ölçüm sonucuna itiraz hakkının ve bir sağlık kuruluşunda ölçüm yaptırılması hakkının münhasıran 48/3'teki hallere mahsus düzenlenmesinden mütevellittir. Halbuki kanunkoyucu diğer hallerde ölçüme itiraz ile sağlık merciinde ölçüm talebini açıkça yasaklamamış, fiili tatbikatta örnekleri olduğu üzere inisiyatif ve takdire bırakmıştır. Bu bağlamda hasıl olan tenakuz ve nisbetsizliklerin telafisi de sistematik bir uygulama geliştirildiği takdirde aşılabilecektir.

Hatta 48/3 son cümle hükmü bu hallerde hadise sonrası mutlak surette bir sağlık mercii raporunun zaruret arz ettiğini, üstünlük tanıdığını “bu işlem bakımından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı ceza muhakemesi kanununun 75 inci maddesi hükümleri, beşinci fıkrası hariç olmak üzere uygulanır.” düzenlemesi ile ölümlü-yaralamalı-maddi hasarlı trafik kazalarının olduğu hadiselerde suç vasfının taksirle yaralama, trafik güvenliğini tehlikeye sokma gibi üst sınırı 2 yılın altında olan suçlar bakımından dahi CMK 75/5'e (Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.) istisna getirmesi ile de 48/9'da düzenlenen ölçümü tamamen reddetme, imtina hakkını bertaraf ettiği görülür.

Ancak fiili tatbikatta bu hallerde dahi imtina hakkı mutlak değerlendirilerek muhataplara 48/9'a göre işlem yapılmakta, kaza tespit tutanağı düzenlenmekte, hadisenin mahiyeti ve vuku şekline göre dair tespitler mevcut ise buna göre sair suçlardan soruşturma yapılmaktadır. Fakat bu işlem de esas itibariyle hatalıdır zira kanun bu hallerde suç limitini 1.00 promil yerine 0,50 promil olarak tayin etmiştir ki bu dahi başlıbaşına 48/3 hükmü gündeme geldiğinde imtina hakkının ve sağlık merciinden rapor aldırılmasını dahi reddetme hakkının

bulunmadığına delalet etmektedir. Çünkü daha vahim hallerin doğması, tehlike suçu olan trafik güvenliğini tehlikeye sokma bakımından somut tehlikenin de gerçekleşmesi hallerinde kanunkoyucunun ve esasen normun koruma sahası ve himaye fonksiyonu ile hasıl olan tehlikenin, neticelerin daha ciddi ve şiddetle cezalandırılabilir olması gerekir ki bu bağlamda 48/3te yer alan hallere mahsus olarak 1,00 yerine 0,50 promilin asgari had olarak kabulü suç politikası açısından tabii ve yerindedir.

Açıklanan gerekçelerle kural hukuk devletine aykırıdır.

Eşitlik ilkesi açısından da esas itibari ile aynı açıklamalar geçerlidir. Kanunun 48/3 hükmü bağlamında ölümlü-yaralamalı-maddi hasarlı trafik kazaları haricinde ölçüme itiraz imkanı bulunmaması ile ölçümü kabul etmeyerek merciiden rapor aldırılma imkanının tanınmaması benzer nevi pek çok hadisede hak kayıplarına yol açar mahiyettedir. Zira özü itibari ile kanunun sınırlı saydığı kategori ile diğer kabahat ve/veya suç teşkil eden fiil ve hadiseler bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Bu haliyle de aynı hukuki pozisyondaki muhataplar açısından eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Yukarıdaki fasıllarda yer verilen örnek istinaf mahkemesi ilamında görüleceği gibi bazı hadiselerde fiil suç olmaktan çıkıp kabahat dahi teşkil etmeyen miktara inebilmektedir. Bu yönü ile aynı mahiyette ve aynı hukuki statüdeki pek çok hadise ve insan açısından sağlık merciinden aldırılan 2. bir raporun bulunmamasının eşitlik ilkesini ihlal ettiği aşıkardır.

Hak arama hürriyeti bakımından da denetlenebilme, dava ve kanun yoluna başvurma, adil yargılanma hakları bakımından da itiraz konusu kural Anayasaya aykırıdır. Zira önceki fasıllarda teferruatıyla ve sarahatle açıklandığı üzere Kanunun 48/3 hükmündeki sayılan hallere mahsus olarak ölçüme itiraz ile sağlık merciinde ölçüm imkanı tanınması, diğer hallerde ise mezkur imkanların tanınmayıp tamamen imkansız kabulü hak arama hürriyeti bakımından da fevkalade çelişkili, zararlı ve hak mahrumiyeti hasıl edecek neticeler tevhit edeceği izahtan varestedir.

Bir şekilde sağlık kuruluşundan rapor alınabilmesi halinde birinci yapılan tespitin denetimi söz konusu olmakta, aksi halde mutlak bir kabul şeklinde addolunmaktadır. Cezai anlamda muhatapın 2. bir rapor aldırabilmesi önceki fasıllarda belirtilen muhtelif sebeplerle olabileceği için bir nebze mümkün olmakla birlikte kabahat boyutunda kalan fiillerle ilgili bu imkanın tanınmaması, denetimin ortadan kaldırılması haliyle pek çok hak kayıplarına sebebiyet vermektedir. Kişilerin kendi başlarına rapor aldırma talepleri de genel itibari ile kabul görmediğinden mümkün olmamakta, nadir sayıda kendi imkanları ile kan tahlili vb.yaptırabilenler görülebilmektedir ancak içlerinde alkol ölçümü yaptırabilenler sağlık merciilerin adli/idari işlemlere konu olabilmesi ciheti ile inisiyatif almak istememeleri ve bu yüzden talimat/yazı istemeleri sebebi ile hemen hemen yok denecek kadar azdır.

Suçların ve cezaların kanuniliği açısından da fiilin kabahat ve suç olarak tanımlanması yapılan ölçüm ve tespitler neticesindedir. 1.00 ile 0,50 promile dair değerlendirmeler, sözkonusu miktarların altı yahut üstü sonuçlar fiil ve hadiseyi suç olmaktan bazı hallerde de kabahat olmaktan çıkartmaktadır.

Bu yönüyle de miktarın test edilebilirliği, kontrol edilebilip denetlenebilirliği hayati ehemmiyet arz etmektedir. Zira trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu açısından da pek çok

hadisede çelişki doğmakta, eğer var ise sağlık kuruluşunun raporuna itibar edilmektedir. Bu hususta pek çok yargı kararı da mevcuttur.

Keza öldürme ve yaralama suçlarında taksir, bilinçli taksir, kusur, kusurun ağırlığı, suç vasfı, olası kast müesseselerinin varlığı ve tartışılmasında da promil ve ölçümün sıhhati pek çok yargı kararına konu olmaktadır.

Bu itibarla ölçüme itiraz edilebilmesi, sağlık kuruluşundan rapor aldırılması suç teşkil eden ve ölümü-yaralamalı-maddi hasarlı trafik kazaları ile mahdut olmamalı, her nevi suç yahut kabahat teşkil eden/edebilecek hallere mahsus külli ve umumi bir uygulama alanı bulmalıdır. Mahiyet itibari ile sıcağı sıcağına anlık 2.bir tespit yapılmadığı takdirde yargı merciilerince de kıyasa medar 2.bir kaynak bulunamayacak, bu da eskiden beri devam eden problemlerin sürmesine sebep olacaktır.

Promil sınırlarının, saate yayılan zamandaki promil azalmasının son derece önemli olduğu, bir fiil/hadiseyi suç yahut kabahat olarak tarif ve tavsif etmede promil ölçümünün hayati ehemmiyet arz ettiği bir durumda belirsizlik ve göreceliliğin suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı düşeceği ve kabul edilemeyeceği ortadadır.

Ezcümle hukuk sistematığımızda istisna olan ölçüme itiraz ile sağlık kuruluşundan rapor aldırılma imkanları kural olmalıdır ki bu takdirde problemlerin önüne geçilebilecektir. Haddizatında hastane raporlarına itibar edildiğine dair örnekler gerek kabahat yargılaması gerekse de ceza yargılaması bakımından ortadadır. Esasen işbu somut norm denetiminin gayesi ve neticesi de bu vaziyete normatif bir temel teşkil etmektir.

Muhtemeldir ki cihaz ile hastane raporu arasındaki farklılıkların ilmi, tıbbi, teknik sebepleri de bulunmaktadır. Trafik denetimlerinde ve Trafik Kazalarında Alınacak Önlemlere İlişkin Yönergeye göre gerçek alkol düzeyini tespiti için alkol alınması ve ölçüm arasında takribi ve asgari 20 dakikalık zaman geçmesini hükme bağlamıştır.

İlgili yönetmeliğin 29. maddesinde bu husus açıklanmış olup buna göre ;

“Ölçülen değerin gerçek alkol düzeyi olması için, alkol alımı ile ölçüm yapılan zaman arasında en az 20 dakikalık zaman geçmiş olmasına özen gösterilir. (sürücü alkol aldıktan hemen sonra alkol testine tabi tutulur ise, sonuç yüksek bir değer çıkabilmektedir. Bunun nedeni, ihaza nefes üflenirken, ağız içerisinde-dişlerde,damakta,dilde- bulunan alkolün de gönderilmesidir. Bu değere ağız alkolü denilmektedir. Alkolmetre ile ölçüm yapan personel, ağız alkolü etkisinden arındırılmış ve doğrudan akciğerin derinliklerinden üflenmiş nefes olmasını sağlamak için, sürücünün son alkolü alması üzerinden en az 20 dakika geçmesi beklenilmelidir.)

Keza alkol test cihazı kullanımı ve ölçüm işlemi başlıklı 30.maddede de bendinde aynı husus tekrar edilmiştir.

Tabii ki fiili uygulamada bu husus mutlak manada gerçekleştirilebilme şartları taşımamaktadır. Devamlı hareketliliğin olduğu trafik, alkol alma anının ispatının güçlüğüne, bu bakımdan ilgili hükmün uygulanabilirliğini imkansız kılmasının yanı sıra uzun bir zaman diliminde alkol alındığı takdirde de 20 dakikalık beklemeye gerek olmadığı ortadadır.

Metil alkolün hastane raporlarında ölçülmediği ancak kabahat ve suç limiti olan promiller de dahi ölümcül sonuçlar doğurması sebebiyle bu hususu değerlendirmeye lüzum bulunmamaktadır.

Cihaz ölçümünde ağızlığın da değiştirildiği bir vakıdır. Ancak önceki ölçümler kaynaklı cihaz içinde kalıntı olup olmadığı, bundan dolayı sonucun etkilenip etkilenmeyeceği ilgili sahanın tatbikatında ve tıbbi uzmanlığı olanların bilebileceği bir husustur.

Alkolün kana geçiş/emilim sürecinin kişisel olarak farklılık arz etmesi de tıbben kabul edilen bir gerçektir.

Hukuki veçheden mevzuya dönülecek olur ise izah edilen problemler kaynaklı şikayet, müracaatlar idarelere de yansımış olup tespitler ve çözüm önerileri açısından kamu başdenetçiliğinin bu konuya dair bir kararının sonuçlarına da bilgi mahiyetli yer vermek gerekirse;

Türkiye Büyük Millet Meclisi Kamu Denetçiliği Kurumunun 2018/8851 numaralı 18.02.2019 tarihli tavsiye kararının sonuç kısmı:

"VII. KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçeler ve dosya kapsamına göre BAŞVURUNUN KABULÜNE,

Başvuranın trafik görevlilerince gerçekleştirilen alkol kontrolüne yönelik uygulamanın vatandaşların mağduriyetine yol açmayacak şekilde düzenlenmesi talebine ilişkin olarak gereği için;

1. Trafik görevlilerince gerçekleştirilen alkol kontrollerinde teknik cihaz ile gerçekleştirilen ölçüm sonucunda Karayolları Trafik Kanununun 48 inci maddesi ile belirlenmiş olan limit değerlerinin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücülerin ölçüm sonucuna itiraz etmeleri halinde, ölçüm sonucunun 1,00 promilin üzerinde olması halinde mevcutlu olmak kaydıyla, 1,00 promilin altında ise ispat yükümlülüğü kendilerine ait olmak üzere makul bir süre içerisinde Sağlık Bakanlığı'na bağlı bir sağlık kuruluşuna başvurarak kan testi yaptırmalarının ve aynı zamanda hekim tarafından muayene edilmelerinin müeyyide altına alınması yönünde mevzuat değişikliği gerçekleştirilmesi için EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE VE JANDARMA GENEL KOMUTANLIĞINA,

2. Teknik cihaz ile gerçekleştirilen ölçüm sonucuna itiraz halinde hastanelerde uygulanacak olan psikiyatrik, nörolojik vs. muayene kontrol listesinin Adli Tıp Kurumu ve Sağlık Bakanlığınca hazırlanması ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık kuruluşlarında söz konusu muayenenin gerçekleştirilmesinde görev alacak sağlık çalışanlarına konuya ilişkin eğitim verilmesi yönünde gerekli çalışmaların yapılması için ADALET BAKANLIĞI ADLİ TIP KURUMUNA VE SAĞLIK BAKANLIĞINA,

3. Trafik görevlilerince teknik cihaz ile gerçekleştirilen alkol kontrollerinde ölçüm sonuçlarının doğruluk derecesini arttırmak amacıyla; sürücülerin alkollü ağız gargarası vb. ürünleri kullanmış olmaları halinde ağız içerisinde kalan alkol nedeniyle teknik cihazla yapılan

ölçümde yüksek sonuçlar çıkabileceği konusunda denetim öncesinde bilgilendirilmeleri ve ölçümün gerekli bekleme süresine riayet edildikten sonra gerçekleştirilmesini sağlayacak yönde mevzuat değişikliği gerçekleştirilmesi için EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE VE JANDARMA GENEL KOMUTANLIĞINA,

4. Teknik cihaz ile gerçekleştirilen ölçüm sonucunda Kanunda belirlenmiş olan limit değerlerin üzerinde alkollü olduğu tespit edilerek sürücü belgesi geri alınan kişiler hakkında trafik görevlilerince düzenlenen “geçici olarak sürücü belgesi geri alma tutanağının” revize edilmesi ve söz konusu tutanakta kişilerin itirazlarına ilişkin olarak izlemeleri gereken prosedürün detaylı bir şekilde belirtilmesi, muterizlerin söz konusu “geçici olarak sürücü belgesi geri alma tutanağı” ile birlikte Sağlık Bakanlığı’na bağlı sağlık kuruluşlarına başvurmaları halinde sevk yazısı talep edilmeksizin gerekli kan testi ve muayenenin sağlık kuruluşları tarafından gerçekleştirilmesi yönünde çalışma gerçekleştirilmesi için EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE, JANDARMA GENEL KOMUTANLIĞINA VE SAĞLIK BAKANLIĞINA,

5. Konuya ilişkin olarak ilgili İdarelerin temsilcileri ve teknik personelden müteşekkil bir komisyon kurulması ve cihazların taşınması gereken teknik özellikler ile kullanım ve bakım esaslarına ilişkin hususların söz konusu Komisyonca kararlaştırılması yönünde işlem tesisi için ADALET BAKANLIĞI MEVZUAT GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE, ADALET BAKANLIĞI ADLİ TIP KURUMUNA, EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE, JANDARMA GENEL KOMUTANLIĞINA, İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ CERRAHPAŞA ADLİ TIP ENSTİTÜSÜNE VE TÜRK STANDARTLARI ENSTİTÜSÜNE,

6. Trafikte gerçekleştirilen kontrollerde pozitif sonuç alınması halinde sürücülerden sağlık kuruluşlarında alınan numunelerin görülmekte olan dava süresince muhafazasının sağlanması yönünde mevzuat değişikliği gerçekleştirilmesi için SAĞLIK BAKANLIĞINA, TAVSİYEDE BULUNULMASINA,

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Sağlık Bakanlığı, Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürlüğü, Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Adli Tıp Enstitüsü ve Türk Standartları Enstitüsünce bu karar üzerine tesis edilecek işlemin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Kararın BAŞVURANA, SAĞLIK BAKANLIĞINA, ADALET BAKANLIĞI MEVZUAT GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE, ADALET BAKANLIĞI ADLİ TIP KURUMUNA, EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE, JANDARMA GENEL KOMUTANLIĞINA, İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ CERRAHPAŞA ADLİ TIP ENSTİTÜSÜNE VE TÜRK STANDARTLARI ENSTİTÜSÜNE ve bilgileri için CUMHURBAŞKANLIĞI HUKUK POLİTİKALARI KURULUNA ile CUMHURBAŞKANLIĞI HUKUK VE MEVZUAT GENEL MÜDÜRLÜĞÜNE tebliğine,

Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisince karar verildi.

...

Kamu Başdenetçisi"

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ile çözüm önerileri de itiraz yoluna başvuru kararı muhtevası ve gerekçelerinde belirtildiği üzere hak kayıpları ve problemlerin önüne geçme gayesine matuf olarak hem mevzuatın hem de tatbikatın değişmesine yönelik tespit ve çözüm önerileri ihtiva etmektedir. Bu hali ile talebe konu kuralın esatan incelenmesi adına hem somut olayda uygulanabilirliği hem de kuralın anayasanın belirtilen hükümlerine aykırılığı noktasında kamu başdenetçiliği kararı da hem bir örnek hem de gerekçeleri destekleyen bir netice teşkil etmektedir.

C-) Netice Ve Kanaat:

Yukarıda açıklanan gerekçeler ve vasıflandırma bağlamında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 48/3 hükmünde yer alan “bu” ibaresinin kıyas ve yorum yolu ile görülmekte olan davada uygulanma imkanı bulunduğu;

Buradan hareketle mezkur ibarenin Anayasanın 2.,10., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanatine varılmakla ilgili hükümlerin anayasa aykırılık hususunda değerlendirilmesi ihtiyacı hasıl olduğundan dosya ve ilgili mevzuatın görüşülmek ve karar verilmek üzere Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

KARAR:

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-) Karayolları Trafik Kanunu’nun 48/3.maddesinde yer alan “bu” kelimesi yönünden ilgili hükmün anayasaya aykırılığı hususunda görüşülmek ve karar verilmek üzere anayasa’nın 152/1 hükmü gereğince Anayasa Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

2-) Anayasanın 152 maddesi gereğince itiraz müracaatının 5 ay süre ile DURMASINA, 5 ay içerisinde karar verilmediği takdirde dosyanın tekrar ELE ALINMASINA,

3-) Kararın muterize ve idari yaptırımını tatbik eden birime TEBLİĞİNE,

Tebliğ evrakının dosya için alınacak yeni değişik iş numaralı dosya içine ALINMASINA,

4-) Dosyanın da karar ile birlikte GÖNDERİLMESİNE, gölge dosya yapılmaksızın yeni bir değişik iş numarası alınarak kararı müteakip yahut Anayasa’nın 152/3 hükmü uyarınca 5 aylık süreden sonra karar verilmek üzere itiraz müracaatına yeni bir dosya numarası üzerinden DEVAMINA,

Mahiyeti itibari ile müessese doğrudan Anayasada öngörüldüğünden ve kanun yolu öngörülmediğinden kesin olarak karar verildi.”