

SUNUŞ

İç Güvenlik Paketi olarak adlandırılan ve yasalaşma sürecinde, gerek TBMM’de gerekse kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan 6638 sayılı Kanun, “güvenlik sağlama” amacı ile “özgürlükleri tehdit” kaygısı şeklinde görünür bir ayrışma yaratmıştır. Bu ayrışma, siyasal çevrelerde, özellikle iktidar partisi ve muhalefet partileri arasında belirgin bir şekilde gözlenmiştir.

Söz konusu ayrışma, yasalaşma sürecinde şekle ilişkin birçok sorunu, Anayasa’ya aykırılık bakımından beraberinde getirmiş olmakla birlikte, içerik bakımından, yasada esasa ilişkin Anayasa’ya aykırılıklar, önplana çıkmış bulunmaktadır.

1 Nisan 2011’de kurulan ve Anayasa Hukuku Uluslararası Derneği (IACL) üyesi olan Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği (ANAYASADER), bilimsel çalışmalarını, ulusal ve uluslararası ölçekte yürütmektedir. 25 Üniversitiden öğretim üye ve yardımcılarının üyesi olduğu ANAYASADER’in amacı; Anayasa Hukuku öğreti ve uygulamalarını izlemek, Anayasa Hukukunun ulusal ve uluslararası alanlardaki gelişimini incelemek, anayasal gelişmelere yönelik olarak Türkiye’nin bilimsel bilgi birikimine ve Anayasa Hukuku bilimine ve uygulamasına katkılarda bulunmaktadır.

Anayasa Hukuku Dergisi /Journal of Constitutional Law / Revue de Droit constitutionnel, uluslararası hakemli dergi olarak TÜBİTAK/ULAKBİM tarafından tanınmakta olup ANAYASADER tarafından çıkarılmaktadır.

Türk Ceza Hukuku Derneği, Türkiye’de ceza hukukunu üniversitelerin akademik faaliyetleri dışında somut hayatın bir parçası durumuna getirmek bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır.

Ceza hukuku kuralları ile toplumsal yaşıyışın ilişkilerinin giderek yakınlaşması ve iç içe girmesi ceza hukukunun kaynakları ile anayasa hukuku, devletler hukuku kamu hukuku, idare hukuku kaynaklarının aynı yakınlaşmayı izlemesi; bunun sonucunda da ceza kurallarının tartışılmaya, eleştirilmeye başlanması bu örgütlenme gereksinimini daha da arttırmıştır.

Türk Ceza Hukuku alanında Uluslararası Ceza Hukuku Derneği ile Türk Ceza Hukukuçularını bir araya getiren, birbirleri ile tanıştıran ve bu konuda önemli bir adım atan Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Prof. Dr. Nurullah Kunter ve Prof. Dr. Sahir Erman olmuştur. Daha çok bilimsel düzeyde, makalelerin hazırlanması ve birtakım bilimsel toplantılara şahsen katılımlar şeklinde gerçekleşen bu çalışmalar “Ceza Hukuku Derneği” adı altında somutlaşmıştır. Dernek, bütün kuruluş işlemlerini tamamlamış ve ilk genel kurulunu 10 Ocak 2002 tarihinde yapmıştır.

2002 yılında Uluslararası Ceza Hukuku Derneği tarafından Türkiye'yi temsil etmek üzere aldığı davet sonucu gerekli işlemleri yapıp milli grup olarak Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin üyesi olmuştur. Kurucuları arasında Ord.Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Prof. Dr. Erol Cihan, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'ın da dahil olduğu grup hukukçu Türkiye'de ceza hukukunun ulaştığı düzeyi ve milletlerarası hukukun gelişimi ile 20. yüzyılın başlarından bu yana ceza hukukunun dünyadaki önemli kuruluşlarından biri olan AIDP (Association Internationale de Droit Pénal)'e üyeliği sürmektedir.

Dernek 2004 yılına kadar Ceza Hukuku Derneği adı altında faaliyet gösterdikten sonra 2 Nisan 2004 tarihinde "Türk" sıfatını Bakanlar Kurulu'nun izni ile kullanmaya hak kazanmıştır.

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin XVIII. Dünya Kongresi'nin İstanbul'da 20-27 Eylül 2009 tarihleri arasında Türk Ceza Hukuku Derneği'Nin ev sahipliğinde gerçekleştirilmiştir.

Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği ve Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından Anayasa Mahkemesi'ne sunulmak amacıyla hazırlanan Rapor, şu başlıklardan oluşmaktadır:

- 6638 sayılı Kanun'un şekil bakımından Anayasa'ya uygunluk sorunu,
- 6638 sayılı Kanun'un maddeleri bakımından Anayasa'ya uygunluk değerlendirmesi,
- 6638 sayılı Kanun'un ceza hukuku yönünden incelenmesi.

Bilindiği gibi, “amicus curiae” (Mahkemenin dostları), Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi ile BM İkiz Sözleşmeleri ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) uygulamalarında kendine yer bulmaktadır. Karşılaştırmalı anayasa yargısında da “amicus curiae” uygulamasına rastlanmaktadır. Bizde de, Anayasa Yargısı mevzuatında böyle bir uygulamaya zemin hazırlayıcı nitelikte düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle, bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla uzman görüşlerini Anayasa Mahkemesi'ne iletme olanağının açılması, yüce Mahkeme'nin yoğun işyükü nedeniyle kolaylaştırıcı bir işlev görebilir.

Gerek siyasal çevrelerde gerekse toplumun farklı kesimlerinde ciddi kutuplaşmalara neden olan 6638 sayılı Kanun hakkında, uzamlık sıfatıyla ve bilimsel ölçütlere uygun olarak hazırlanan bu raporu, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na iletmekten, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği ve Türk Ceza Hukuku Derneği üyeleri onur duyarlar.

Prof. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU

Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği Başkanı
(M.Ü. Hukuk Fakültesi

Anayasa Hukuku ABD Başkanı)

Av. Fikret İLKİZ

Türk Ceza Hukuku Derneği Başkanı
(İstanbul Barosu)

1. BÖLÜM

6638 SAYILI KANUNUN ŞEKİL BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ¹

6638 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 27 Mart 2015 günü kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanı tarafından 4 Nisan 2015 günü Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu Kanun, kamuoyunda “torba kanun” adıyla anılan bir şekilde, birçok kanunda değişiklik ve düzenleme getirmekte olup, hem kabul ediliş usulü, hem de içeriği anlamında oldukça tartışmalı niteliktedir. Söz konusu kanunun birçok maddesi iptal davası konusudur ve halihazırda Anayasa Mahkemesinin gündemindedir.²

Kanunun iptal davasına konu olan hükümlerinin içeriğine ilişkin özel gözlemlerde bulunmadan önce, kabul ediliş şekline ve yasanın genel görünümüne dair birkaç tespit yapmak gerekebilir.

Öncelikle söz konusu kanunun kabulü esnasındaki “acele”, hem komisyon çalışmalarında, hem de Genel Kurul görüşmelerinde dikkat çekmiştir. Anayasadaki temel hakların büyük bölümünü, devlet organları arasındaki yetki paylaşımını ve özellikle de adli yargıyı son derece ilgilendiren tasarı, Anayasa Komisyonu ve Adalet Komisyonu tarafından incelenmemiştir. İçişleri komisyonu esas komisyon olarak, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu tali komisyon olarak rapor vermişlerdir. Gerçekten de bir yandan kişinin yaşama hakkı ve maddi ve manevi varlığının bütünlüğü (Any., md. 17), kişi güvenliği (Any., md 19), kanuni hakim güvencesi (Any., md. 37), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (Any., md. 34), yargı bağımsızlığı (md. 138) bir yandan da Anayasadaki kuvvetler ayrılığına (Any., Başlangıç ve md.6) ilişkin hükümler içeren metnin, Anayasa Komisyonu ve Adalet Komisyonu tarafından incelenmesi gerekmektedir.

¹ Bu bölüm, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği tarafından hazırlandı.

² Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/668/668.pdf> (25.04.2015)

18 Şubat 2015 günlü Meclis kararıyla, birçok yasada değişiklik içeren ilgili tasarının, İçtüzük’ün 91. maddesi uyarınca “temel kanun” olarak beş bölümde görüşülmesine karar verilmiştir. İlgili Meclis kararıyla temel kanun olarak görüşülecek tasarının bölümlenmesi şu şekilde gösterilmiştir.³

684 Sıra Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/995)		
Bölümler	Bölüm Maddeleri	Bölümdeki Madde Sayısı
1. Bölüm	1 ila 20’nci maddeler	20
2. Bölüm	21 ila 46’ncı maddeler	26
3. Bölüm	47 ila 72’nci maddeler	26
4. Bölüm	73 ila 102’nci maddeler	30
5. Bölüm	103 ila 132’nci maddeler	30
Toplam Madde Sayısı		132

İçtüzük’te yer alan ve “temel kanunlar” başlığını taşıyan 91. madde özel bir yasama yöntemi öngörmekte olup, Anayasa Mahkemesi tarafından defalarca incelenmiş ve birçok iptal kararına konu olmuştur. Bu kararlardan ilkinde Anayasa Mahkemesi, 713 sayılı İçtüzük değişikliğiyle düzenlenen temel kanun biçimindeki özel yasama yönteminde, görüşme ve oylama usulüne ilişkin kuralların çerçevesi ve sınırlarının hukuki güvenlik ilkesine uygun olarak düzenlenmediğine, parlamenterlerin yasama faaliyetine katılımını güçleştirdiğine işaret etmiş ve hükmü Anayasanın hukuk devletini düzenleyen 2. maddesine ve TBMM’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddesine aykırı bulmuştur.⁴ Anayasa Mahkemesinin bu

³ Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil5/ham/b05701h.htm> (25.04.2015)

⁴ AYMK, E. 2001/129, K. 2002/24, K.T. 31.02.2002, RG: 18.06.2002-24789. 713 sayılı İçtüzük değişikliğiyle 91. madde şu şekilde düzenlenmişti: “Madde 91.- Temel kanunları, İçtüzüğü ve ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunlarını bütünü ile veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usulü ile maddeler üzerinde önerge verilip verilemeyeceğinin tespitine; Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebileceği gibi, Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilir”. Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmü şu nedenlerle Anayasaya aykırı bulmuştur: “(...) Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, siyasal iktidarı sınırlamak ve devlet faaliyetlerini kurallara bağlamakla istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü ise hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Bunu gerçekleştirmenin başlıca yolu ise kural konulmasını gerektiren durumlarda bunların genel, soyut, anlaşılabilir ve sınırlarının belirli olmasını sağlamaktır. Öte yandan, milletvekillerinin Anayasa’nın 87. maddesinde belirtilen görevlerini yerine getirebilmeleri ve yetkilerini kullanabilmeleri yasama faaliyetlerine etkili biçimde katılmaları ile olanaklıdır. Bunu sağlamanın ön koşulu ise Meclis çalışmalarını düzenleyen İçtüzük kurallarının “belirlilik”, “genellik”, “soyutluk” ve “öngörülebilirlik” özelliklerine sahip olmasıdır.

iptal kararı üzerine 766 sayılı İktüzük değişikliği yapılmış⁵; ancak ilgili düzenlemede de temel kanun kavramına ilişkin bir tanım verilmemesi nedeniyle ve aşağıda anılacak diğer nedenlerle Anayasaya aykırılık bulunduğunu tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu ikinci kararında temel kanun tanımının nasıl yapılabileceğine dair yasama organına yol da göstermiştir:

“Bu bağlamda, bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıması bir yasanın temel yasa olarak kabulünün göstergesidir. Bu tür kapsamlı yasal düzenlemelere ilişkin tasarı ve tekliflerin, madde sayılarının fazlalığı nedeniyle Genel Kurul çalışmalarının aksamadan yürütülebilmesi için özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulmalarına gerek duyulabilir.

Belirtilen durumlar dışında özel görüşme ve oylama usulünün yaygınlaştırılmasına neden olabilecek düzenlemeler ise, milletvekillerinin yasama etkinliklerine gereği gibi katılmalarına olanak vermeyeceğinden demokratik hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmayacağı gibi, Anayasa'nın Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileriyle ilgili 87. maddesi yönünden de sakıncalar doğurur. Bu tür anayasal sorunlara neden olunmaması için özel görüşme ve oylama usulüne ilişkin esasların açıklıkla belirlenmesi gerekir.

*Öte yandan, dava konusu düzenleme ile kimi tasarı ve tekliflerin bölümler halinde oylanması öngörülerek maddelerin ayrı ayrı oylanması engellenmektedir. **Böylece,***

Dava konusu 91. maddede belirtilen “temel kanun” ve “ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunları”nın kapsamına açıklık getirilmemesi, pek çok yasanın bu kapsam içinde düşünülmesine neden olabilecektir. Ayrıca, maddede öngörülen her tasarı veya teklife özgü biçimde uygulanacak görüşme ve oylama usulü önceden bilinemeyeceğinden objektiflik sağlanamayacaktır.

Bu durumda, dava konusu kural, belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri, taşımaması nedeniyle yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı gibi hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır”.

⁵ Buna göre 91. madde şu şekilde değiştirilmisti: “Temel kanunları ve İktüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün hangi maddelerden oluşacağına, Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebileceği gibi, Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın ayrı ayrı görüşülür ve oylanır. Bölümler üzerinde verilen önergelerin kabulü halinde o bölüm kabul edilen önergeler ile birlikte oylanır.

Bölümlerin görüşülmesinde maddelerin görüşülmesine ilişkin hükümler uygulanır.”

milletvekillerinin bir bölüm içinde yer alan kimi maddeler için ret ya da kabul yönünde oy kullanmalarına olanak tanınmamaktadır. Oysa, oy kullanma yetkisi demokratik olmayan yöntemlerle sınırlandırıldığında, yasama işlevinin amacı doğrultusunda yerine getirildiğinden söz edilemez.

Temel kanunların veya içtüzüğün bir kaç maddesinin değiştirilmesinin öngörülmesi kapsamlı değişiklik olarak nitelendirilemeyeceğinden, bununla madde sayısı gözetildiğinde görüşülmesi uzunca bir süre alabilecek yasal düzenlemelerin amaçlandığı anlaşılmaktadır”.⁶

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, “temel kanun” kavramının kapsamındaki belirsizlik yanında, milletvekillerinin oylamalar sırasındaki iradelerinin sınırlandırılmasını da yasama faaliyeti açısından sorunlu bulmakta ve bu tür bir sınırlandırmayı da “*demokratik olmayan yöntem*” olarak nitelendirmektedir. Anayasa Mahkemesinin anılan kararında bir diğer önemli nokta, temel kanun adı altındaki yasama yöntemiyle madde sayısı itibarıyla görüşülmesi çok uzun sürecek kanunların hedef alındığını göstermesidir. Başka bir deyişle, madde sayısı az olan kanunlar bu yöntemle görüşülmemelidir.

Bu kararın ardından 2005 yılında 855 sayılı İçtüzük değişikliği gerçekleştirilmiş ve bu sefer temel kanun tanımı Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan son kararından aynen alınmıştır.⁷ Anılan değişiklikle ayrıca görüşmeler için esas alınan bölümlemeler otuz maddeyle sınırlandırılmış ve daha önceki düzenlemelerde bu yöntemin kullanılması için aranan nitelikli çoğunluk şartı basit çoğunluğa dönüştürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi bu sefer maddede yer alan “*Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önermeleri dahil her madde için iki önerge verilebilir*” hükmünü, “*siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin önerge*

⁶ AYMK, E. 2003/30, K. 2003/38, K.T. 29.04.2003, RG: 09.07.2003/25163. (Vurgular bize ait)

⁷ Madde 91- a) Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün en çok otuz maddeyi geçmemek kaydıyla hangi maddelerden oluşacağına Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın maddenin görüşülmesindeki usule göre ayrı ayrı görüşülür ve bölümdeki maddeler ayrı ayrı oylanır. / Milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet değişiklik önermeleri verebilir. Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önermeleri dahil her madde için iki önerge verilebilir. / Bölümler üzerindeki soru-cevap süresi, onbeş dakika ile sınırlıdır. / 81 inci maddenin diğer hükümleri saklıdır. b) Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine de (a) bendinde belirtilen yasama yönteminin uygulanmasına Genel Kurulca karar verilebilir”.

verme hakkı gözetilmeyerek sadece milletvekillerine böyle bir yetkinin tanınmış olması” nedeniyle, Anayasa’nın 2., 68., 87. ve 95. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.⁸ İçtüzükte bu doğrultuda değişiklik yapılmış ve siyasi partilerin önerge verme hakkı da saklı tutulmuştur.⁹ Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin “temel kanun” şeklindeki yasama usulüne yönelik yaklaşımında öne çıkan unsurlar şunlardır:

- a- Temel kanun usulü, hukuki güvenlik ilkesine cevap verir biçimde, milletvekillerinin öngörebileceği çerçevede kullanılmalıdır (E. 2001/129, K. 2002/24, K.T. 31.02.2002).
- b- Temel kanun usulü, ancak madde sayısı itibarıyla uzun olan kanun tasarı ve teklifleri için kullanılmalıdır. (E. 2003/30, K. 2003/38, K.T. 29.04.2003)

⁸ AYMK, E. 2005/74, K. 2005/73, K.T. 26.10.2005, RG: 21.10.2006-26326. Anayasa Mahkemesi daha önce yukarıda sözü edilen 2002/24 numaralı kararında İçtüzüğün 713 sayılı Meclis kararıyla değiştirilen 87. maddesini önerge imkanlarını önemli ölçüde sınırladığı gerekçesiyle iptal etmişti. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki gerekçesi parlamenter sistemde iktidar – muhalefet ilişkilerine dair içerdiği belirlemeler nedeniyle özellikle önemlidir: “**Çağdaş anlamda demokratik siyasî yaşam, sorunların, bunlara ilişkin görüş ve önerilerin iktidar-muhalefet diyalogu içinde tartışılmasını uzlaşma arayışı içinde sonuca ulaşılmasını zorunlu kılar. Çoğunluğa karşı azınlığın iktidara karşı muhalefetin haklarının korunmadığı bir rejim demokratik sayılamaz. Bunlar arasında bir denge kurulması, uzlaşma sağlanmasın demokrasinin gereğidir.**

Yasama etkinliklerinde asıl olan, kamusal yararı gerçekleştirmek amacıyla yapılan görüşmeler sonucunda Meclis’in gerçek iradesinin oluşmasıdır. Bu iradenin oluşmasında, yapılan görüşmeler kadar verilen önergelerin de büyük katkısı olduğu bir gerçektir. Ancak, milletvekillerine sınırsız sayıda önerge verme olanağının tanınmasının da yasama çalışmalarını olumsuz yönde etkileyerek gereksinim duyulan yasaların çıkarılmasını engelleyeceği açıktır.

Dava konusu düzenleme uyarınca, önerge sayısının komisyon ve hükümet için birer, milletvekilleri için Anayasa’ya aykırılık önergeleri dahil en fazla üçle sınırlandırılmasının, milletvekillerinin kimi konuların maddede yer alması veya maddeden çıkarılması, maddenin komisyona iadesi veya reddi, metne ek veya geçici madde eklenmesi gibi yasama etkinliklerinden ayrı düşünülemeyecek olan konularda önerge verme haklarını önemli ölçüde zorlaştıracığı kuşkusuzdur.

Yasama Meclisi üyelerinin görev ve yetkilerinin amacına uygun biçimde kullanılmasının aşırı derecede zorlaştırılması veya ortadan kaldırılması durumunda ise Anayasa’nın 87. maddesi çerçevesinde yasama işlevinin tam olarak yerine getirildiğinden söz edilemez. Bu ölçüsüz sınırlamaların Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti anlayışıyla da bağdaşması olanaksızdır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa’nın 2. ve 87. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.” (Vurgular bize ait).

⁹ 884 sayılı 31.01.2007 tarihli TBMM İçtüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Karar, RG: 3.02.2007-26423, md. 1: “5/3/1973 tarihli ve 584 Karar numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün 91 inci maddesinin (a) bendinin ikinci paragrafının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiş, aynı bende aşağıdaki üçüncü paragraf eklenmiş ve bendin dördüncü paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dahil madde üzerinde iki önerge verilebilir. Ancak, her siyasî parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır.”

“Yeni bir madde olarak görüşülmesine komisyonun salt çoğunlukla katıldığı önergeler ile yeniden görüşülmesine karar verilen maddeler üzerinde görüşme açılır ve bu maddede belirtilen sayıda önerge verilebilir.”

“Diğer hükümler saklıdır.”

c- Temel kanun usulü, demokratik siyasal yaşamda iktidar – muhalefet arası dengeleri bozacak şekilde kullanılmamalıdır. (E. 2001/129, K. 2002/24, K.T. 31.02.2002)

d- Temel kanun usulünde de yasama faaliyeti, kamu yararının gerçekleştirilmesine hizmet edecek görüşmeler sonunda Meclisin gerçek iradesini yansıtmalıdır. (E. 2001/129, K. 2002/24, K.T. 31.02.2002)

e- Her kanun teklif/tasarısı temel kanun usulüyle görüşülemez, temel kanunların belirli özellikleri vardır: bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içeren; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendiren; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları gösteren, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlayan, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunan; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulan metinler temel kanun olarak görüşülebilir. (E. 2003/30, K. 2003/38, K.T. 29.04.2003)

Söz konusu ilkeler 6638 sayılı Kanuna uygulandığında şu tür sorunlar tespit edilmektedir: Öncelikle kabul edilen metin birbirinden farklı on üç kanunda değişiklik getirmekte ve yürürlük maddeleriyle beraber altmış sekiz maddeden oluşmaktadır. “Torba Kanun”un değişiklik yaptığı Kanunlar şunlardır: 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilât Görev ve Yetkileri Kanunu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Kanun, 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu, 4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanunu, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu.

Anılan Kanunlarda yapılan düzenlemeler genel olarak dört bölümde ele alınabilir: idare makamlarının toplumsal alandaki yetkilerini genişleten düzenlemeler, Emniyet Teşkilatına ilişkin düzenlemeler, Türk Ceza Kanunundaki narkotik maddelere ilişkin düzenlemeler, Jandarma Teşkilatının bazı yönlerden İçişleri bakanlığına bağlanmasına ilişkin düzenlemeler.

Görüldüğü gibi bu düzenlemelerin herhangi bir hukuk dalını sistematik olarak düzenleme iddiası bulunmadığı gibi temel kanun usulüyle görüşülmeye elverişli olacak şekilde bir konu birliği dahi bulunmamaktadır. Bu nedenle ilgili tasarı metninin temel kanun usulüyle görüşülmesi yönündeki TBMM kararı İçtüzüğü'nün 91. maddesinde yer alan şartları taşımamakta ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına da aykırı bulunmaktadır.

Konuya madde sayısı açısından yaklaşıldığında, Bakanlar Kurulu tarafından kırk üç madde halinde Meclis başkanlığına sunulan tasarının verilen önergelerle birlikte yüz otuz iki madde haline geldiği görülmektedir. Kanun tasarısının 68 ila 130. maddelerinin, tüm metnin Genel Kurulda görüşülmeye başlanılmasından ve ilk altmış yedi maddesinin görüşülmesinin ardından, İçişleri Bakanının verdiği önerge üzerine, komisyona çekildiği görülmektedir. Bu şekilde altmış üç madde komisyona geri çekilmiştir.¹⁰ Sonuç olarak Kanun, yürürlük maddeleri dahil altmış sekiz maddeden oluşmuştur. İçtüzüğü'nün 91. maddesinde temel kanunların en fazla otuzar maddelik bölümler halinde görüşülmesi öngörüldüğüne göre, bu Kanunun İçtüzüğü'nün 91. maddesinin hedeflediği temel kanunlara göre kısa olduğu görülmektedir.¹¹ Geri çekmenin siyasi nedenleri kuşkusuz başka incelemelerin konusudur. Ancak yasama faaliyeti açısından önemli olan bakanlar kurulunun hem “temel kanun usulünü” benimsemek suretiyle, hem de kalan maddeleri geri çekmek suretiyle gösterdiği aceledir. Bu noktada bir diğer sorun geri çekme işleminin yapılaş şekline ilişkindir ve iki yönlüdür: gerçekten de İçtüzüğü'nün 88. maddesi¹² geri çekme yetkisini hükümete ve esas komisyona vermektedir; ancak bu kanunun görüşülmesi sırasında söz konusu yetki seçim döneminde Anayasanın 114. maddesine göre atanmış “geçici” ve “bağımsız” İçişleri Bakanı tarafından kullanılmıştır. Ayrıca bakanlar kurulu tarafından kırk üç madde olarak sunulan ve milletvekillerinin verdikleri önergelerle yüz otuz iki madde haline gelen önerinin hükümet tarafından bile komisyona geri

¹⁰ Bkz. 24. Dönem 5. Yasama Yılı Genel Kurul Tutanakları, 75. Birleşim, 12.03.2015, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil5/ham/b07501h.htm> (23.04.2015)

¹¹ Bununla birlikte uygulamada daha kısa maddeli “temel kanunlar” da vardır. Bkz. Yürürlük maddesi dahil kırk madde ve altı geçici maddeden oluşan 16.4.2003 günlü, 4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun gibi. İba, daha çarpıcı kanun örnekleri de vermektedir: “*Toplam 11 maddeden oluşan 5983 Sayılı Kooperatifçilikle ilgili Kanun ile: sadece 8 maddeden oluşan 6005 sayılı YÖK ile ilgili Kanun, “temel kanun” kapsamında görüşülmüştür.*” Bkz. Şeref İba, “Ülkemizde Torba Kanun ve Temel Kanun Uygulamaları”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/1, s. 199, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2011-1/2011-1-7-1.pdf> (20.04.2015)

¹² “Esas komisyon veya Hükümet, tasarı veya teklifin tümünün, belli bir veya birkaç maddesinin, komisyona geri verilmesini, bir defaya mahsus olmak üzere isteyebilir. (...)”.

çekilmesi parlamenter sistem açısından tartışılabilir. Zira bu şekilde “acele” ve “ne pahasına olursa olsun” kanunlaştırma faaliyeti yasaların içeriği açısından ciddi sorunları da beraberinde getirmektedir. Aslında Genel Kurul görüşmeleri esnasında sürecin temel kanun usulüyle hızlandırılması, komisyon çalışmalarının önemini arttırmaktadır. Ancak söz konusu yasanın kabulünde bir de torba kanun usulü de benimsendiği için, başka bir deyişle pek çok kanunda tek bir kalemde değişiklik ve düzenleme yapıldığı için komisyon usulü açısından da sorunlar meydana gelmektedir.

Kanun tasarısında yer alan ve idare makamlarının toplumsal alandaki yetkilerini genişleten düzenlemeler, tipik olarak Anayasanın doğrudan doğruya düzenlediği meselelerdir. Bu tür tasarıları Anayasa Komisyonunun mutlaka görüşmesi gerekir. Buna karşılık diğer üç başlığa ilişkin konularda daha çok İçişleri Komisyonunun esas komisyon tayin edilmesi anlaşılabılır. Ancak zaten temel kanun usulüyle görüşülen kanun tasarısı, bir de torba kanun sistemine tabi tutulunca tüm düzenlemeler açısından İçişleri Komisyonu esas komisyon tayin edilmiş ve bu şekilde kişilerin anayasal hakları açısından doğrudan doğruya sonuç doğurabilecek düzenlemeler Anayasa Komisyonunca incelenmemiştir.

Bu incelenmeme hali ve çabuk kanunlaştırma tekniği kanunun içeriğine de yansımıştır.

Bu noktada akla şu soru gelmektedir: Bütün bunlar ilgili kanunun şekil bakımından iptaline sebep olabilir mi? Hatırlanacağı gibi, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi anayasada yer alan usul kurallarının aksine içtüzükteki usul kurallarının hepsinin iptali gerektirmediğine; içtüzük hükümlerinin hangilerinin Yasama Meclislerince verilen bir kararın sıhhati üzerinde etkili olabilecek ve uyulmaması Anayasa'nın 85. maddesinin ruh ve maksadına aykırı sonuç verecek nitelikte olduğuna ve bu nedenle iptal nedeni sayılacağına ise kendisinin karar vereceğine hükmetmiş¹³; bu doğrultuda kanunun oluşması için “önemli” gördüğü “ağır” usul sorunlarını iptal nedeni sayabilmiştir.¹⁴

¹³ AYMK, E. 1967/32, K. 1968/57, K.T. 3.12.1968.

¹⁴ AYMK, E. 1976/50, K. 1977/13, K.T. 15.02.1977 : “Milletvekillerinin, maddelerin görüşülmesi evresinde, maddelerde yer alması veya maddelerden çıkarılması gerektiği kanısına vardıkları konulan, içtüzük kuralları içinde önergeye bağlama haklarını kullanmalarının, içtüzük dışı bir tutumla kısıtlanması onların iradelerini gereği gibi açıklayamamaları sonucunu doğurur. “Dahili Nizamname” nin 117. ve 118. ve dolayısıyla Anayasa'nın 85. ve 92. maddeleriyle bağdaşmayan bu tutum, itiraz konusu ek geçici 23. maddenin geçerliliğine gölge düşürecek ve bu maddenin biçim yönünden iptalini gerektirecek Önem ve ağırlıkta bir aykırılığı oluşturmuştur”.

Ancak 1982 Anayasası bu imkanı kapamış görünmektedir. Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrası şu hükmü içermektedir: “*Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı*” hususuyla sınırlıdır. Anayasanın ilgili hükmünün gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır: “*Son oylama genel kurul tarafından yapılır. Daha önce vücut bulan şekil bozukluklarını genel kurulun bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılır. Çünkü onun kararı, yapılan bir incelemeye, tartışmaya ve açıklamaya dayanır. Genel kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu, o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir irade tecellisidir. En büyük organ geneldir. Onun iradesi hilâfına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer. Bu nedenle son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptal sebebi sayılmamıştır*”.¹⁵ Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında bu gerekçeye atıfla son oylama dışındaki şekil bozukluklarını incelemeyi reddetmiştir.¹⁶ Ancak bu gerekçenin 1961 Anayasası dönemindeki parlamento uygulamaları dikkate alınarak yazıldığı unutulmamalıdır. 1982 Anayasası döneminde Anayasanın yaptığı rasyonelleştirme yönündeki diğer düzenlemeler dikkate alındığında parlamento çoğunluğuna sahip olan hükümetlerin ve hatta koalisyon hükümetlerinin parlamentoda ihtiyaç duydukları düzenlemeleri hayata geçirme yolunda problemleri olmamıştır. Hatta en kapsamlı anayasa değişikliklerinin bazıları koalisyon hükümetleri döneminde gerçekleştirilebilmiştir (2001 değişikliği). Ancak 1982 Anayasası döneminde parlamentonun temel problemi İçtüzüğün çoğulculuk ilkesine cevap verecek şekilde uygulanamaması olmuştur. Doğal olarak İçtüzük hükümlerinin bütününe iptali gerektirecek şekilde ağır sonuçlar doğurması beklenemez.

Bununla birlikte, birbiriyle ilişkisiz birçok düzenlemeyi içeren (torba kanun), normalde kabul edilmemesi gereken özel yasama yöntemiyle (temel kanun), komisyon aşamaları bertaraf edilerek, muhalefetin söz ve önerge verme imkanları kısıtlanarak, teklifin geneli üzerinde oylama yapılmadan, ihtiyaç duyulmayan altmış üç maddesinin komisyona yetkili olmayan bir organ tarafından çekildiği bir kanunun son oylamasının öngörülen çoğunlukla yapıldığı kabul edilse bile, bu oylamaya götüren usulün gerek çoğulculuk ve bu anlamda demokratik devlet ilkesi, gerekse parlamenter rejimin doğasıyla

¹⁵ Abdullah Sezer, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, Beta yay., İstanbul 2004, s. 313.

¹⁶ AYMK, E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986; E. 1992/26, K. 1992/48, K.T. 17.09.1992;

bağdaşmadığı görülmektedir. Söz konusu usul sorunları son oylamayı doğrudan etkilemiştir.

1961 Anayasanın parlamento – bakanlar kurulu ilişkileri açısından uygulamadaki en önemli problemi, parlamentonun karar alma sürecindeki sıkıntılardır. 1982 Anayasası, öngördüğü rasyonelleştirme mekanizmalarıyla bu sorunu çözmüş görünmektedir. 1982 Anayasasının bu açıdan uygulamadaki en önemli problemi ise parlamentonun müzakere işlevini ileri ölçüde sınırlaması ve muhalefete varlık imkanı tanınamasıdır. Kuşkusuz iki metnin de yorumlanış biçiminde bir aşırılık görülmektedir. Aşırılık ise ılımlı kuvvetler ayrılığının en büyük düşmanıdır. 1982 Anayasanın bu aşırılığını¹⁷ giderme ve İçtüzük kurallarını gereği gibi uygulayarak muhalefete varlık imkanı tanıma görev ve yetkisi ilk olarak parlamentonun bizzat kendisinde ve özellikle de hükümet çoğunluğundadır. **Ancak bunların yokluğunda Anayasa Mahkemesi son oylamayı doğrudan etkileyen ve bir arada yer alan pek çok usul sorununu şekil yönünden inceleyebilmelidir. Aksi takdirde, “sessiz anayasa”¹⁸ olarak da anılan İçtüzüğün bir anlamı kalmayacağı gibi, Anayasanın 2. maddesindeki demokratik parlamenter rejim de zarar görmektedir.** Bu nedenle genel olarak 6638 sayılı Kanunun kabul esasları ile (Kanunun “temel kanun” yöntemiyle görüşülmesine ilişkin) 18 Şubat 2015 günlü TBMM kararı, Anayasanın kanun tasarı ve tekliflerinin İçtüzükle belli edileceğine dair 88. maddesine, TBMM’nin çalışmalarını İçtüzük hükümlerine göre yürüteceği ve İçtüzük hükümlerinin siyasi parti gruplarının Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenmesi gerektiğine ilişkin 95. maddesine ve Meclisin toplantı ve karar yeter sayılarını düzenleyen 96. maddesine aykırıdır; kanunun şekil yönünden iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

*

**

¹⁷ Yukarıda 1982 Anayasasının 148. madde gerekçesini hatırlatalım.

¹⁸ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta yay, Tıpkı 18. Bası, İstanbul 2014, s. 70.

2. BÖLÜM

ANAYASAL HAK VE İLKELERE YÖNELİK MADDE DEĞERLENDİRMELERİ¹⁹

I. KAMU DÜZENİ GEREKÇESİ VE ANAYASAL GELİŞMELER.....15

II. MADDELERE GÖRE ANAYASA’YA UYGUNLUK İNCELEMESİ19

1. 6638 sayılı Kanun, Madde 1 (PVSİ, 4/A).....19
2. 6638 sayılı Kanun, Madde 2 (PVSİ, md.13/1).....27
3. 6638 sayılı Kanun, Madde 13 (CMK, md.91).....30
4. 6638 sayılı Kanun, md.3 (PVSİ, md.15).....33
5. 6638 sayılı Kanun, madde 4, 7, 8, 10 ve 14 (2911 sy. K., md.23, 33).....34
6. 6638 sayılı Kanun, Madde 15 (İl İdaresi Kanunu’na eklenen md. 11/G).....44
7. 6638 sayılı Kanun, Madde 15 (İl İdaresi Kanunu’na eklenen md. 11/H).....46
8. 6638 sayılı Kanun, Madde 15 (İl İdaresi Kanunu’na eklenen md. 11/I).....46
9. 6638 sayılı Kanun, Madde 16 (İl İdaresi Kanunu md. 66’ya eklenen ibare)..47

¹⁹ Bu bölüm, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği tarafından hazırlandı.

I. KAMU DÜZENİ GEREKÇESİ VE ANAYASAL GELİŞMELER

Yaniden okurken iki husus:

-kamu düzeni öğeleri

-anayasal nedensellik ilkesi...

Bu başlık altında Kanunun sadece idare makamlarının toplumsal alandaki yetkilerini genişleten düzenlemelerinden genel olarak bahsedilecektir. Esasen Anayasa Mahkemesine yapılan iptal başvurusunun konusunu da bu tür düzenlemeler oluşturmaktadır.²⁰

Kanunun genel gerekçesine bakıldığında birçok yerde kamu düzeni ve güveninin korunmasından bahsedilmektedir. Esasen kamu düzeninin tesisi, kuşkusuz temel devlet işlevlerinden biridir. Temel haklar da ancak kamu düzeninin var olduğu bir ortamda en iyi biçimde gerçekleştirilebilir. Dünyada kamu düzenini sağlamış ülkelerin aynı zamanda hak ve özgürlüklerin en geniş anlamda kullanıldığı ülkeler olması şaşırtıcı değildir. Ancak anayasal bir devletle anayasal olmayan devlet arasındaki ayrım tam da bu noktada ortaya çıkmaktadır: Anayasal devletlerde kamu düzeninin sağlanması için temel haklara ne şekilde ve hangi şartlarda müdahalede bulunulacağına siyasi organ olan ve halkın oyuyla ortaya çıkan yasama organı karar verir. Kamu düzeninin nasıl sağlanacağını belirleme yetkisi idareye kaydığı müddetçe, keyfiliğin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Keyfi yönetimin yasaklanması ise anayasacılığın temel problemidir. Temel hakların sınırlandırılması da kanunla gerçekleştirilir. 6638 sayılı Kanunun en önemli problemlerinden biri, aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere, kamu düzeninin nasıl korunacağını belirleme yetkisini yasama alanından alıp, büyük oranda İçişleri Bakanlığına ve bazı durumlarda da valiye (ve hatta kolluk görevlilerine) bırakmasıdır. Kanunun bir diğer problemi, valinin adli kolluk yetkilerine sahip kılınmış olmasıdır. Ayrıca kolluk kuvvetlerine anayasadan kaynaklanmayan yetkiler verilmekte (bkz. PVSİ, md. 13'teki "koruma altına alma" ve "uzaklaştırma" yetkileri gibi) ve anayasal bir koşul olan yazılı emir şartına riayet edilmeksizin aramaya imkan tanınmaktadır.²¹ Bu şekilde kolluk

²⁰ Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/668/668.pdf> (25.04.2015)

²¹ Yazılı emir kuralına uyulmaması daha önce de iptale konu olmuştu: Bkz. AYMİ. E. 2003/38, K. 2005/63, K.T. 12.10.2005: "3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Yasa'nın 5. ve 6. maddeleriyle Anayasa'nın

makamları kamu düzenini koruma işlevini üstlenmiş görünmektedir. Oysa kolluk makamları kamu düzenine yönelmiş tehditleri ortadan kaldırmak için ve ancak Anayasanın ve kanunun gösterdiği sınırlar çerçevesinde hareket eder.²²

Sözkonusu kanun değişiklikleri, 1982 Anayasasının öngördüğü temel haklar rejimi yanında devlet organları arasındaki yetki paylaşımına ilişkin tercihleri açısından da değerlendirilmelidir. 1982 Anayasası yapıldığı dönemden itibaren özellikle de öngördüğü temel haklar rejimi, apolitik toplum tasavvuru, yargı bağımsızlığı ve askeri alana yaptığı referanslar açısından –büyük oranda da yapılış sebebi ve koşullarının etkisiyle – ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bu sorunlu alanlar açısından Anayasa 1987 yılından itibaren önemli değişikliklere tabi tutulmuştur. Bu değişikliklerle bir yandan temel haklara ilişkin ciddi iyileştirmeler kaydedilmiş (özellikle bkz. 1995, 2001 ve 2004 değişiklikleri), bir yandan apolitik toplum özlemiyle konulmuş dayanışma yasakları kaldırılmış (özellikle 1995 değişiklikleri ve bunun yanında 2001 değişiklikleri) ve askerin siyasi ve hukuki alandaki ağırlığını azaltan düzenlemeler (1999, 2001 ve 2004 değişiklikleri) yapılmıştır.

Temel haklara ilişkin düzenlemelerde genel sınırlandırma rejiminden özel rejime geçilmiş, temel hakların sınırlandırılması rejimi çok ciddi anayasal şartlarla çevrelenmiş (md. 13), devlet organları açısından yetkinin kötüye kullanma yasağı açıkça düzenlenmiş (md. 14), ölüm cezası anayasal düzeyde yasaklanmış ve buna yapılan anayasal referanslar kaldırılmış (md. 38, md. 15, md. 17, md. 87) ve özellikle kişi özerkliği çerçevesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile özel yaşamın ve haberleşmenin gizliliği, konut dokunulmazlığı gibi haklara ilişkin düzenlemelere ek

20. ve 21. maddelerinde öngörülen özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığıyla ilgili esaslarda birbirine koşut değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, maddelerde sayılan nedenlerden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü özel kağıtları ve eşyası aranmayacak ve bunlara el konulamayacak, kimsenin konutuna girilemeyecek, arama yapılamayacak ve buradaki eşyaya el konulamayacak, yetkili mercii kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulacak, hakim kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklayacak, aksi halde, elkoyma kendiliğinden kalkacaktır. Böylece, özel hayatın ve aile hayatının gizliliği ile konut dokunulmazlığının güvenceye kavuşturulması bakımından “arama” için usulüne göre verilmiş hakim kararı, gecikmesinde sakınca olan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması ön koşul kabul edilmiştir. 1412 sayılı Yasa’nın 97. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu ikinci tümcesinde yer alan “Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet savcıları ve savcıların muavini sıfatı ile emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilir.” kuralı, Anayasa’nın 20. ve 21. maddelerinde yapılan değişikliklerle sağlanan “yazılı emir” güvencesinden yoksun kalmıştır.”

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 20. ve 21. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir.

²² Bkz. Feridun Yenisey, Kolluk Hukuku, Beta yay., 2. Bası, İstanbul 2015, s. 10: “Avrupa’daki yeni Polis Kanunları, temel hakları hukuka uygun bir şekilde kısıtlayan ve kamu düzenini bozan fiilleri engelleyen yetkileri düzenlemekle yetinmekte, buna karşılık kamu düzeninin korunması görevine kolluk yetkileri arasında yer vermemektedir”.

güvenceler konulmuştur (md. 19, 20, 21, 22). Ayrıca örgütlenme ve toplanma özgürlükleri daha güvenceli hale getirilmiştir (md. 33, 34 ve 69). Anayasal hakları yakından ilgilendiren bir diğer değişiklik serisi de temel haklara ilişkin milletlerarası sözleşmelerin iç hukuktaki uygulama biçimine ilişkindir: buna göre 2004 değişiklikleriyle temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası bir sözleşmeyle kanunun aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda ilgili sözleşmenin esas alınacağı öngörülmüştür (md. 90/son). Bu açıdan ikinci bir değişiklik Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru mekanizmasıyla gerçekleştirilmiştir: Kişiler anayasadaki hak ve özgürlüklerinden İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde düzenlenenlerin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir.

Anayasa değişiklikleriyle yasama organı, özellikle kişi hak ve özgürlükleri alanını metin itibarıyla Avrupa Sözleşmesi sistemine göre daha güvenceli bir biçimde düzenlemiştir. Özellikle arama, yakalama ve tutuklama işlemleri için ek güvenceler konulmuştur. Yine hak ve özgürlüklerin toplu kullanımı açısından toplantı ve örgütlenme özgürlükleri de büyük oranda serbesti sistemi doğrultusunda düzenlenmiştir.

Bu değişikliklerin konumuz anlamında önemi şuradadır: 1982 Anayasasında yapılan değişiklikler ve bu değişikliklerin özellikle Ceza Muhakemesi Hukuku alanına yansımaları Türk hukuk sistemini en azından metin itibarıyla demokratik hukuk devleti açısından önemli bir yere taşımıştır. 6638 sayılı Kanunun gerekçesinde her ne kadar “özgürlük – güvenlik dengesi bozulmaksızın” düzenlemelerde bulunduğu defalarca ifade edilse de²³, söz konusu Kanun hem anayasal anlamda bir geriye gidişe işaret etmekte, hem de Ceza Muhakemesi Kanunuyla çelişen düzenlemelere yer vermektedir. Çok eleştirilen ve sürekli olarak yenilenmesi gerektiğinden bahsedilen 1982 Anayasasının yapılışında kullanılan gerekçelerin benzerleri 6638 sayılı Kanunun gerekçesinde kullanılmıştır: “*Son zamanlarda meydana gelen toplumsal olayların terör örgütlerinin propagandasına dönüşmesi, göstericilerin vatandaşlarımızın can güvenliklerini ve vücut bütünlüklerini tehdit etmesi, kamuya ve özel kişilere ait bina, araç ve mallara zarar vermesi, hatta yağma girişimlerinde bulunması özgürlük-güvenlik dengesini bozmadan yeni tedbirler alınmasını zorunlu kılmıştır. Tasarı ile; - Suç işlenmesinin önlenmesi, vatandaşların*

²³ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss684.pdf> (20.04.2015).

kendilerini güvende hissetmelerinin sağlanması, can ve mal emniyetinin temin edilmesi, suçun aydınlatılması ve suçluların yakalanması gibi asli görevleri olan kolluk kuvvetlerinin durdurma, arama ve gözaltına alma, gerektiğinde silah kullanma gibi yetkilerinin yeniden düzenlenmesi öngörülmektedir”.

Türk Anayasacılığında, anılan ifadeler 1982 Anayasasının değişikliklerden önceki haline yasal düzeyde dönüşü ifade etmektedir. Hatırlanacağı gibi 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanunun genel gerekçesi “*Ülkesi ve milleti ile bölünmez bir bütün olan Türkiye Cumhuriyetinin varlığına, bağımsızlığına ve halkımızın içtenlikle benimsediği ve gerçekten layık olduğu demokratik rejimimize karşı süregelen çok yönlü saldırıların, bölücü ve yıkıcı kışkırtma ve davranışların, anarşik eylemlerin, bir medeni toplumda ve her devlet hayatında mutlaka sağlanması ve korunması gereken korkusuzca yaşama hak ve hürriyetini ve mal güvenliğini fiilen ortadan kaldıran silahlı terörün alabildiğine yaygınlaştığı*”²⁴ ortamda gerçekleştirilen 12 Eylül 1980 hareketinden bahsediyordu.

Yine 1982 Anayasasının en önemli özelliklerinden biri, yukarıdaki gerekçenin de açık bir biçimde gösterdiği gibi, kendinden önceki döneme yönelik tepkiyi yansıtmasıdır. Bu tepki Anayasanın pek çok hükmünde görülebilir. 6638 sayılı Kanunun da başlıca özelliği tepki ürünü olmasıdır. Kanunun hemen her maddesi 2013 ve devamında yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşlerine dönük tepkiyi yansıtmaktadır ve bu anlamda da Anayasanın değişiklik öncesi metninin hazırlanış süreciyle benzerlik söz konusudur. Ancak 1982 Anayasası, Anayasanın kabul ediliş sürecindeki etkenlere rağmen değişmiştir. Anayasanın otuz yılı aşkın uygulaması bu değişimin en büyük göstergesidir. Zira türev kurucu iktidar şunu görmüştür: Kamu düzeni ifade hürriyetini ve bunun toplu tezahürlerini kolluk eliyle bastırmaya çalışarak korunmamaktadır. Kamu düzeni, farklılıkların çatışma konusu olmadığı ve konsensüsün olduğu yerde ortaya çıkmaktadır. Kişiler kendilerini bireysel ve toplu olarak ifade edebildikleri, bireysel özerkliklerine saygı gösterilen bir anayasal sistemde yaşamak istemektedirler. Bunun aksine dönük anayasal ve yasal düzenlemeler ise hukuk sisteminden ayıklanmaktadır.

Kanunda yapılan değişiklikler, Anayasadaki temel hakların yanında devlet organları arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlerin esaslı bir bölümünü etkiler görünmektedir: kişinin yaşama ve maddi ve manevi varlığının bütünlüğü (md. 17),

²⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin yay., 14. Bası, Ankara 2013, s. 51.

kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı (md. 19), özel hayata saygı hakkı (md. 20 ila 23 ve bazı durumlarda md. 17), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (md. 34), kanuni hakim güvencesi (md. 37), yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi (md. 9) ve adli kolluk yetkilerinin idari kolluğa aktarılması açısından da erkler ayrılığı ve hukuk devleti (Başlangıç, md. 2, md. 6), yetki saptırması (md. 14), olağanüstü yönetim usulleri (md. 120 ve 121 yönünden).

II. MADDELERE GÖRE ANAYASA'YA UYGUNLUK İNCELEMESİ

1.- 6638 sayılı Kanun, Madde 1 (PVSK, 4/A)

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun (PVSK) 4/A maddesinin altıncı fıkrasına eklenen cümleleri, 1982 Anayasası'nın Başlangıcına, 6., 7., 12., 17. ve 20. maddelerine aykırıdır.

6638 sayılı Kanun, PVSK'nın Durdurma ve Kimlik Sorma başlıklı 4/A maddesinde yer alan altıncı fıkra aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir. Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir.”

PVSK'nın 4/A maddesinin altıncı fıkrasında bir kişinin üzerinde ve aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğuna ilişkin şüphe halinde polise tanınan yetkiler düzenlenmektedir. İlgili Kanun, bu gibi durumlarda kolluk kuvvetlerinin, duruma ilişkin yeterli şüphenin varlığı kaydıyla ve kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabileceği ve bu tedbirleri uygularken polisin kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılmasını veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılmasını isteyemeyeceği ifade etmektedir. 6638 sayılı Kanunun 1. maddesi ise belirli şartlarda

polise kişinin üstü ve eşyası ile aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranmasını, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslara göre mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek ve 24 saat içinde görevli hakimın onayına sunulmak üzere sözlü emirle aranması düzenlenmektedir.

a) Genel olarak,

Yeni düzenleme ile kişinin üstünün, eşyasının ve aracın dışarıdan görünmeyen bölümlerinin aranmasının öncelikle keyfiliğe varan şekilde yürütme organına ve onun idaresinde bulunan kolluk kuvvetlerine bırakılmaktadır. Aramaya ilişkin temel usul ve esasların yürütme organına bırakılması ve acele hallerde sözlü emirle arama yapılması herşeyden önce kişinin onuruna yönelik bir tehdit oluşturmaktadır. Zira yürütme organına tehlikenin bertaraf edilmesine ilişkin görevi sebebiyle tanınan müdahale yetkisi her zaman kişinin onuruna yönelik bir tehdit içerir. Bunun bir ihlale sebep olmaması ancak anayasalar ve bunlara uygun yasal düzenlemeler tarafından çizilen sınırlara uyulması ile mümkündür. Nitekim, siyasal iktidarların sınırlandığı anayasal düzenin anlamı, öncelikle kişinin keyfiliğin olmadığı bir hukuk düzeninde onurunu, maddi ve manevi varlığını korumasının sağlandığı hukuk düzenlerinde bir karşılığı bulunmaktadır. Bu anlam, 1982 Anayasasının gerek Başlangıcında belirtilen onurlu bir hayat sürme ifadesiyle, gerek temel hak ve ödevlere ilişkin genel hükümlerin yer aldığı 12. maddesinde dokunulmaz hakların kabulüyle, 17. maddesinde maddi ve manevi varlığını koruma hakkıyla benimsenmiş somut olarak da 20.madde ile güvence sınırları belirlenmiş bulunmaktadır.

b) Maddede yer alan *İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar* ibaresi, Anayasanın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır.

6638 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 2559 sayılı PVSK'nın 4/A maddesine, el ile dıştan kontrol uygulamaları dışında yapılacak aramalara ilişkin bir düzenleme eklenmiştir. Hükme göre kişinin giysilerinin, varsa çanta ve benzeri eşyalarının içi, dışarıdan bakıldığında aracın görünmeyen bölümlerinin aranması, *İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk*

amirinin yazılı, acele hallerde ise sonradan hakim onayına sunulmak üzere sözlü emirle yapılacaktır.

Bu hükümde yer alan *İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar* ifadesi iki açıdan anayasaya aykırıdır. Yeni düzenleme ile getirilen arama yapma yetkisinin kim tarafından ve nasıl kullanacağının belirlenmesi, yargıya ait münhasır alandan çıkarılıp yürütmenin alanına dahil edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Başka bir ifade ile kişinin genel olarak manevi ve maddi varlığına özel olarak da özel hayatına yönelik doğrudan müdahalelerin kaynağı kanun ve yargı kararı değil (i), yürütmenin düzenleyici işlemi ve yürütme teşkilatı içerisinde yer alan makamların kararı haline getirilmiştir (ii).

- i) 1982 Anayasasının 7. maddesi yasama yetkisine ilişkin genel esası belirledikten sonra bu yetkinin devredilemeyeceğini açık bir yasak olarak düzenlemiştir. Kural olarak hiç bir devlet yetkisi devredilemez. Ancak Anayasanın bunu açık olarak yasama iktidarı için getirmesinin sebebinin özgürlükleri korumak olduğu söylenebilir. Yasama organının görev ve yetkileri 1982 Anayasası'nın 87. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye bakıldığında, yasama organının kanun yapma yetkisini diğer yetkilerinin yanında ilk sırada düzenlendiği görülmektedir. Kanun ise 1789'dan beri özgürlüklerin güvencesi sayılmakta olup bu konularda ilkel doğrudan düzenleme yapma yetkisi de aslen yasama organına aittir. Toplumun ihtiyaçlarının sağlanması ve tehlikelerden korunması da bir devlet yetkisi olup Anayasanın 8.maddesine göre yürütme organına verilmiştir. Yasa koyucunun bir işlemi bulunmak, yani o konuda kanuni bir düzenlemenin olması kaydıyla yürütme organı, toplumun ihtiyaçlarını karşılama ve tehlikelerden uzak tutma görevini ifa edebilmektedir. Başka bir ifade ile yürütme organının işlem yapabilmesi için önceden buna cevaz veren bir kanun olmalıdır. Bu kuralın dışına çıkılarak, doğrudan ya da temel ilkelerin, güvencelerin yeterince belirlenmiş bir şekilde yürütme organına, özgürlükler alanına müdahale yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelmekte olup, açık bir anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, kanunla yasamaya ait yetkinin yürütme organına bırakılmasını, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre düzenlemenin yetki devri sayılmaması için, kanunda “esaslı konuların” “yeterince belli” edilmiş, “temel ilişkinlerin hepsinin kanunda konulmuş”, “amaç ve hedefinin açıklanmış”, “sınırlarının ve çerçevesinin yeterince iyice belirlenmiş olması” gerekmektedir. Bu yönde doktrinde de sıklıkla atfı yapılan Anayasa Mahkemesinin önemli bir kararı, yasama yetkisinin devredilmezliği yasağına ilişkin temel kuralları açık olarak bir kez daha tekrarlamıştır²⁵: “Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış 176. maddesi ile Anayasa metni içinde olduğu açıklanan "Başlangıç" bölümünde ise, güçler ayrılığı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke gereği yasama, yürütme ve yargı yetkileri kullanacak organlar Anayasa'nın 7., 8. ve 9. maddelerinde gösterilmiştir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin TBMM'nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Bu kural karşısında, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer.”

6638 sayılı Kanunla, 2559 sayılı PVSK'nın 4/A maddesinin altıncı fıkrasına eklenen cümlelerde polisin, durdurma ve kimlik sormanın

²⁵ AYM E. 1993/5, K. 1993/25, kt: 6.7.1993, RG: 25.2.1995-22213.

yanında, kişinin üstünde ve aracının dışarıdan bakıldığında görünmeyen bölümlerinde arama yapma yetkisini nasıl kullanacağını, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslara göre mümkün olacağı kuralı yer almaktadır.

Arama, kişinin gerek bedensel gerek özel hayatına ilişkin alana kolluk kuvvetleri tarafından müdahale yapan bir fiildir. Bu yönü itibarıyla de 1982 Anayasasının Başlangıcında belirtilen *hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürme*, 12. maddesinde düzenlenen *herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz... temel hak ve hürriyetlere sahiptir*, 17. maddesinde yer alan *maddi...varlığını korumaya* ilişkin kurallarının ve 20. maddede koruma altına alınmış olan *herkes, özel hayatına...saygı gösterilmesini isteme hakkı ile özel hayatın gizliliğine dokunulamaz* yasağının kural olarak dışladığı bir fiildir. Bu özgürlüklere ve yasak alanlara getirilecek bir takım istisnalar Anayasa ile belirtilmiştir. Bu kurallar genel olarak 1982 Anayasasının 13. maddesinde, özel olarak da 20. maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Özgürlüklerin sınırlandırılması ve bunlara müdahale, söz konusu kurallara göre, ***Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla*** ya da ***kanunu uygulayan hakim kararıyla*** ya da ***acele hallerde gene kanunun yetkili kıldığı merciin, 24 saat içinde hakim onayına sunulmak şartıyla yazılı emriyle*** mümkün olabilir. Bu kurallara uymayan bir arama Anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

6638 sayılı Kanunun 2559 sayılı PYSK'nın 4/A maddesine getirmiş olduğu söz konusu düzenleme, kişinin üzerinde veya arabasında silah ya da tehlikeli sair eşya bulunduğu dair yeterli şüpheye sahip polis tarafından kişinin, el ile dıştan kontrol hariç, üzerinin ve arabasının aranmasına ilişkin esasların İçişleri Bakanlığı tarafından belirleneceğini düzenlemektedir. Şu durumda polisin arama yapmasına ilişkin usuller kanunda değil, İçişleri Bakanlığı ifadesiyle, yürütme organının belirleyeceği esaslara göre olacaktır. Başka bir ifade ile **polisin arama yetkisinin kaynağı kanundan kaynaklanmamaktadır, bu esaslar yürütmenin düzenleyici işlemi ile belirlenecektir. Ancak, kanunda**

yürütmeye bırakılan alanın, temel ilkeleri belirlenmemiş, sınırları çizilmemiş, kullandırılan yetkinin niteliği belirlenmemiş olmakla yasamaya ait olan geniş ve sınırsız bir yetki alanı yürütmeye bırakılmıştır. Bu durum, 1982 Anayasasının özgürlüklere kanunla sınırlama getirilmesi ilkesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

ii) 2559 sayılı PVSK'nın 4/A maddesine eklenen bu düzenlemenin anayasaya aykırılık oluşturan diğer bir yönü ise arama yapma yetkisinin yürütme organına bırakılmasıdır.

1982 Anayasası'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkına getirilen sınırlamanın öncelikli olarak hakim kararına, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise sonradan hakim onayına sunulmak üzere **kanunla yetkili kılınmış merciin** yazılı emrine dayanması gerekmektedir. Şu halde arama ancak hakim kararıyla ya da kanunla belirlenmiş yetkili merciin kararıyla mümkündür. Bu koşullara uymayan bir düzenleme anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

PVSK'nın 4/A maddesine bakıldığında, Anayasada ifade edilen **kanunla yetkili kılınmış mercii** şartına uyulmadığı görülmektedir. Çünkü kanun, bir önceki bölümde ifade edildiği üzere, bu yetkisini hiçbir temel ilkeyi belirlemeden İçişleri Bakanlığı'na bırakmış bulunmaktadır. Başka bir ifade ile Bakanlığa yetki veren kanuni düzenleme, Anayasa'nın aradığı kanunla yetkili kılınmış mercii koşulunu sağlamamakta ve önemli bir anayasa aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca bu düzenleme ile yargısal alana yürütmenin müdahalesine de kapı açmaktadır. Zira kamuyu tehdidi bertaraf etmek nasıl yürütmenin kolluk görevi içindeyse, bu hususlarda özgürlüklere dokunabilen tedbirleri almak da yargının görev alanına girmektedir. Yürütme ve yargı erklerinin görev alanlarının kesiştiği bu durumlarda, özgürlükler hukuku bakımından asıl teminat yargıdır. Bu sebebeledir ki, Anayasada özgürlüklere getirilebilecek sınırlamalar öncelikle kanunla sonra da yargı kararıyla olabileceği benimsenmiştir. PSVK'nın 4/a maddesine eklenen düzenleme

bu çerçeveden ele alındığında, bu kurala aykırı olduğu açık olarak görülmektedir.

- c) **Maddede yer alan “*acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir*” ibaresi, Anayasanın 6. ve 20. maddesine aykırıdır.**

Bir önceki başlıkta ele alınan 6638 sayılı Kanunun 2559 sayılı PVSK’nın 4/A maddesinin altıncı maddesine eklenen yeni düzenlemede, öncelikle, kişinin üstünün ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması öncelikle yetkili merci olarak belirtilen kolluk amirinin yazılı emriyle mümkün olacağı belirtilmiştir. Ancak daha sonra, acele hallerde, sonradan yazıyla teyit edilmek üzere polisin kolluk amirinin sözlü emrini alarak arama yapacağı belirtilmiştir.

- Her acele hal, gecikmesinde sakınca bulunan hal anlamına gelmemektedir.

1982 Anayasasının 20. maddesinin koruma altına aldığı özel hayatın gizliliğine, ancak ikinci fıkrada belirtilen yöntemlere uygun bir şekilde müdahale edilebilir. İkinci fıkrada belirtilen bu durumlarda hakim kararı güvencesinden ayrılmamakla beraber ikili bir ayırım yapılmıştır: Gecikmesinde sakınca olan haller ve olmayan haller. Kural her daim arama yetkisinin hakim kararına sunulması olmakla beraber sadece ilk durumda, araya yetkili merciin yazılı kararı ile de aramanın yapılabileceği kuralı kabul edilmiştir.

Anayasanın sözü *gecikmesinde sakınca bulunan haller* ifadesini içermekteyken, kanunda buna karşılık gelmek üzere *acele haller* ifadesi tercih edilmiştir. Burada tespit edilmesi gereken her acele halin, gerçekten gecikmesinde sakınca bulunan hal olup olmadığıdır.

Anayasanın 20. maddesinin ikinci fıkrası, özel hayata getirilebilecek müdahalelerin sebeplerini *numerus clausus* olarak belirlemiştir. Bunlar, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleridir. Dolayısıyla anayasaya göre bu sebep ya da sebeplerden birkaçının beraber bulunması

hallerinde ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ancak sonradan hakim kararına sunulmak zorunda olan yazılı emirle kişinin üstünde veya eşyasında arama yapılması mümkündür. Bu itibarla, herhangi bir şüphe değil, ancak bu sebeplere yönelmiş ve neredeyse somutlaşmak üzere olan bir tehlikenin varlığı durumunda arama yapılmasına anayasa eliyle cevaz verilmekte olduğu görülmektedir.

Oysa, PVSK'nın 4/A maddesine eklenen yeni düzenlemede, Anayasada neredeyse somutlaşmış bir tehlikenin varlığı koşulunu aslında genişleten bir ifade kullanılmıştır. Kanunda yer alan “*acele haller*” polisin takdirinde olup gecikmesinde sakınca bulunan hallerden daha geniş uygulama alanı yaratacak niteliktedir. Her acele hal, mutlaka, Anayasanın 20. maddesinin sınırlama sebeplerine özgülenmiş olarak uygulanmayabilir. Bu durumda keyfiliği içeren bir anayasaya aykırı durum ortaya çıkarmaktadır. Bu sebeplerle, düzenlemede yer alan *acele haller* ifadesi anayasaya aykırıdır.

- Anayasada yer alan yazılı emir kuralı, sözlü emre dayanak oluşturmaz.

1982 Anayasasının özel hayatın gizliliğini korumaya aldığı 20.maddesinin ikinci fıkrası, bu hakkın hangi durumlarda sınırlanabileceğini göstermektedir. Maddeye göre bir kişinin üstü, özel kağıtları ve eşyası ancak hakim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise **yetkili kılınmış merciin** 24 saat içinde hakim onayına sunulmak zorunda olan **yazılı emiriyle** mümkündür. Bu haller kesin olarak belirtilmiş olup hakka müdahalenin sınırlı hallerini düzenlemektedir.

Buradaki hukuki sorun, gecikmesinde sakınca olan hallerde yazılı emrin uygulanması, acele hallerde sözlü emre anayasal bir dayanak teşkil edip edemeyeceği sorusu akla gelebilir.

Öncelikle, Anayasanın 20. maddesinin ikinci fıkrası bir sınırlama rejimi düzenlemektedir ve sınırlamar her zaman dar yorumlanır. Sonradan 24 saat içinde hakim onayına sunulmak zorunda olan yazılı emir, önemli bir şekil kuralıdır. Kanunla bu şekil kuralının genişletilmesi mümkün değildir. Ayrıca, yazı ile emrin mümkün olması, *a fortiori*, sözlü emri de mümkün kılar gibi bir yorumda bulunmak Anayasal

kuralla çelişir. Başka bir ifade ile, arama izninin yazılı olarak verilmesi, bu iznin evleviyetle sözlü de verilebileceği şeklinde yorumlanamaz.

Oysa PVSK'nın 4/A maddesine getirilen düzenlemede, anayasada yer almayan bir yetkinin polis tarafından kullanılmasını düzenlenmiştir, ki bu haliyle 1982 Anayasasının hem genel bir düzenlemesi olan 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen *Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanılamaz*" hükmüne hem de özel olan 20. maddesinin 2. fıkrası hükmünde yer alan yazılı emir kuralına açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de, bu yönde yapılan düzenlemelere karşı aynı görüşü benimsemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 97. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan *"Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet Müddeiumumileri ve müddeiumumilerin muavini sıfatiyle emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler."* hükme karşı yapılan başvuruda, söz konusu düzenlemeyi, 1982 Anayasası'nın 20. ve 21. maddesinde yer alan gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili kılınmış merciin yazılı emri önkoşuluna aykırı bularak oybirliği ile iptal etmiştir²⁶.

2.- 6638 sayılı Kanun, Madde 2 (PVSK, md.13/1)

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı²⁷, anayasacılığın doğumunda ve gelişiminde çok önemli bir rol oynamıştır. Hatırlanacağı gibi, bu yıl sekiz yüzüncü yılı idrak edilen, 1215 yılında kabul edilmiş *Magna Carta Libertatum* ile kişilerin keyfi tutulmasının yasaklanması söz konusu olmuştur. 1982 Anayasasında da 2001 değişiklikleriyle güvenceli bir biçimde düzenlenen bu hak, 6638 sayılı Kanunla ileri ölçüde ve anayasaya aykırı biçimde sınırlandırılmaktadır.

6638 sayılı Kanunla **Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun (PVSK) 13. maddesinin H bendine** ekleme yapılmakta ve *"Başkalarının can güvenliğini*

²⁶ AYM E. 2003/38, K. 2005/63, kt: 12.10.2005, RG: 06.05.2006-26160.

²⁷ Bu konu hakkında bkz. Ulaş Karan, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (Ed.) Sibel İnceoğlu, Beta yay., 3. Baskı, İstanbul 2013, ss. 179 – 208.

tehlikeye düşürenleri, eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar”²⁸ ifadesi getirilmektedir.

a) “Başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri” ifadesi yönünden;

Anayasanın 19. maddesinde kişinin yakalanabileceği haller sınırlı bir biçimde sayılmıştır: *“Şekil ve şartları kanunda gösterilen : Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz”*.

Anayasada yer alan *“Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi”* ifadesi ceza ve güvenlik tedbirlerinden bahsettiğine göre suçun işlenmesinden sonraki adli sürece gönderme yapmaktadır. PVSK’nın 13. maddesi ise suç işlenmeden önceki aşamada polisi yetkilendirmekte ve önleme yakalamasına izin vermektedir. Ayrıca söz konusu yetkilendirme hükmü, Anayasanın açıkça aradığı *“şekil ve şartları”* bünyesinde barındırmamaktadır. *“Can güvenliğini tehlikeye düşürmek”* ifadesi çok geniş bir biçimde yorumlanabilecek bir hükümdür ve hiçbir *“şart”*tan bahsetmemektedir. Kişinin hangi davranışlarının *“başkalarının can güvenliğini”* tehdit ettiğini önceden bilebilmesi mümkün değildir: örneğin elinde hiçbir silah olmayan ve bir toplantıya katılan kişi başkalarının can güvenliğini hangi surette tehlikeye düşürebilir? Ayrıca şartların Kanunda öngörülmemiş olması polis açısından da sorunludur, zira bir polis memuru hangi hallerde bu tür bir önleme başvurabilmesinin hukuka uygun olacağını da bilebilecek durumda değildir.²⁹ PVSK’na eklenen bu

²⁸ Vurgular bize ait. Ayrıca hükümetin sunduğu ilk tasarıda bu cümle *“Kendisinin ve başkalarının”* ifadesiyle başlıyordu. Komisyon aşamasında *“kendisinin”* ifadesi kaldırılmıştır.

²⁹ Anayasa Mahkemesi yasallık ilkesinin idare açısından önemine de vurgu yapmaktadır, bkz. AYMK, E. 2009/21, K. 2011/16, K.T. 13.01.2011: *“Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve*

hüküm öngörülebilir nitelikte olmayıp, hem kişi güvenliği hakkına hem de yasallık ve bu doğrultuda hukuk devleti ilkesine aykırıdır.³⁰

b) “Koruma altına alır, uzaklaştırır” ifadesi yönünden:

İlgili düzenlemede “başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenlerin polis tarafından “koruma altına alınmasına” ve “uzaklaştırılmasına” izin verilmektedir. Bu iki ifade de Muhakeme hukukumuzda yer alan kavramlar değildir. Ayrıca “koruma altına alma”yı ve “uzaklaştırma”yı gerektiren hallerin neler olduğu, hangi durumlarda hangi önlemlerin uygulanması gerektiği anlaşılamamaktadır. Bu itibarla sözkonusu ifadeler yasallık ilkesi açısından belirli ve öngörülebilir nitelikte değildir ve Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Ayrıca maddede yakalama önlemi hala bulunmasına rağmen bu önlemlere de yer verilmesi, yakalama şartlarının oluşmadığı hallerde de kişilerin “uzaklaştırılmasına” ve “koruma altına alınmasına” kolluk tarafından karar verilebileceği sonucuna varılmasına neden olmaktadır. Bu durum öncelikle Anayasanın 19. maddesinin kişi güvenliği hakkı için öngördüğü sınırlı sayıya aykırıdır. Ancak daha da önemlisi, “uzaklaştırma” ve “koruma altına alma” önlemleri “yakalama” için öngörülen anayasal ve yasal güvenceleri bertaraf etmek için öngörüldüğü ve kullanıldığı ölçüde yetki saptırması teşkil etmekte ve Anayasanın 14. maddesi anlamında yetkinin kötüye kullanılması anlamını taşımaktadır.³¹

Konuya bireysel başvuru mekanizması açısından bakıldığında şu gözlemlerde bulunulabilir: Anayasanın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı Anayasa Mahkemesince şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Anayasa'nın 19. maddesi kişi özgürlüğünü ve güvenliğini korumaya yönelik hükümleri içermektedir. Madde, sadece keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı bir güvenceden ibaret olmayıp,*

nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir”.

³⁰ Anayasa Mahkemesi pek çok kararında yasallık ilkesinin kapsamı ve bu ilkenin hukuk devletiyle ilişkilerini belirleme imkanı bulmuştur. Pek çok karar arasında bkz. AYMK, E. 2009/51, K. 2010/73, K.T. 20.05.2010: “*Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar”.*

³¹ Bu konuda bkz. Oya Boyar, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (Ed.) Sibel İnceoğlu, Beta yay., 3. Baskı, İstanbul 2013, ss. 81-96.

kişiyi dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan özgürlükler alanını kapsamakta ve bir kimsenin başkasına zarar vermeden, vücut ve hareket serbestisine sahip olması, dilediği gibi dolaşabilmesi ve yasayla belirlenen ve sınırlanan durumlar dışında hareket ve gidip-gelme özgürlüğünden yoksun bırakılamamasını ifade etmektedir”.³² Dolayısıyla madde, Anayasa Mahkemesi içtihadına göre Ceza Muhakemesi Hukuku anlamındaki “yakalama” ve “tutuklama” gibi tedbirlerin ötesine geçmekte, kişinin herhangi bir nedenle özgürlüğünden yoksun bırakıldığı her durumda uygulama olanağı bulmaktadır.³³ Dolayısıyla kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı her durumda “yakalama” için öngörülen anayasal ve yasal güvenceler uygulanır. Aksi tutum Anayasanın 14. maddesi anlamında yetki saptırması teşkil eder.

3.- 6638 sayılı Kanun, Madde 13 (CMK, md.91)

Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) gözüaltı nedenlerini düzenleyen 91. maddesinin 4. bendine şu ekleme yapılmıştır: *“Suçüstü hâllerıyla sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda **mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözüaltına alınma kararı verilebilir. Gözüaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve her hâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözüaltına alınan kişiler hakkında da gözüaltına ilişkin hükümler uygulanır***”.³⁴

İlgili düzenlemeyle kolluk yetkililerine, Anayasanın 119-122. maddelerinde düzenlenen usule göre ilan edilen, onaylanan ve yürütülen olağanüstü hal yönetimlerine özgü bir gözüaltına alma yöntemi tanınmakta ve bu olağanüstü yönetim gözüaltı usulü Ceza Muhakemesi Kanununun kendine özgü bir bütünlük taşıyan 91. maddesinin ortasına yerleştirilmekte ve bu suretle muhakeme hukukunda olağan ve olağanüstü gözüaltı gibi birisi anayasadan kaynaklanmayan iki ayrı gözüaltı türü

³² AYMK, E. 2002/82, K. 2002/193, K.T. 26.11.2002

³³ Karan, s. 185.

³⁴ Vurgular bize ait.

yaratılmaktadır. Ayrıca bu eklemeye Ceza Muhakemesi Hukukunda genel olarak savcıya verilmiş ve yargısal denetim altında olan gözaltı yetkileri kolluk makamlarına aktarılmakta ve keyfî uygulamaların önü açılmaktadır. Bu yönüyle söz konusu düzenleme, Anayasanın 19. maddesindeki “kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı”na aykırı olduğu gibi, Anayasanın “olağanüstü yönetim usulleri”ni düzenleyen 120 ve 121. maddelerine, “hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı”na ilişkin 6. maddesine ve “anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını” düzenleyen 11. maddesine açıkça aykırıdır.

Olağanüstü yönetim usulleri Anayasanın 119-122. maddelerinde düzenlenmiş, Anayasanın usul, sebep, yer ve zaman unsurlarıyla çerçevesini çizdiği istisnai rejimlerdir. 1982 Anayasası olağanüstü yönetim usullerini üç ayrı başlık altında düzenlemiştir. Anayasanın 119. maddesi "tabii afet ve ağır ekonomik bunalım nedeniyle olağanüstü hal"i düzenlemekte; 120. maddesi "şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması"nı olağanüstü hal nedeni saymakta; 122. maddesi ise "sıkıyönetim" halini düzenlemektedir. Her üç rejimin yürürlüğe konması için de cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun kararı aranmış; yine her üç rejim döneminde de cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna olağanüstü yönetimin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu üç olağanüstü yönetim usulüne ilişkin diğer bir ortak husus da, söz konusu rejimlere geçişe ilişkin kararın Resmi Gazetede yayımının ardından Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulmasıdır. Meclis olağanüstü yönetim usulünü kaldırabileceği gibi, süresini kısaltıp uzatabilir. Dolayısıyla Anayasanın sistematığına göre olağanüstü rejimlere geçiş birbirini tamamlayan iki işlemden oluşmaktadır: cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun olağanüstü yönetimin ilanı kararı ve TBMM'nin olağanüstü yönetim ilanını onama kararı.³⁵ Anayasa da, olağanüstü yönetim usullerinin zaman, konu ve mekanla sınırlı olduğunu 119 ila 122. maddeleri arasında belirtmektedir.

Anayasa gereğince olağanüstü hallerin ve sıkıyönetimin altı ayı geçmemek üzere ilan edilebilmesi, bu sürelerin de dört ayı geçmemek üzere uzatılabilmesi (savaş hali dışında); olağanüstü hal sebeplerinin açıkça sayılması ve bu dönem kanun hükmünde kararnamelerinin ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda

³⁵ Olağanüstü yönetim usullerinde temel hakların durumuna ilişkin olarak bkz. Oya Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (Ed.) Sibel İnceoğlu, Beta, 3. Baskı, İstanbul 2013, ss. 97-111.

çıkarılabilmesi; olağanüstü yönetim usullerinin yurdun bir veya birden fazla bölgesinde ya da tamamında yürürlüğe konulabilmesi bu vargıyı doğrulamaktadır (AY, md 119-122).³⁶

Anayasa Mahkemesi olağanüstü rejimlerin zaman, olağanüstü halin gerekli kıldığı konu ve mekanla sınırlı olduğu görüşündedir.³⁷

Görüldüğü gibi CMK'nun 91. maddesine yapılan ekleme Anayasanın 120. maddesinde öngördüğü ikinci olağanüstü halin sebeplerine dayanmaktadır ve Anayasanın 120 ve 121. maddelerindeki olağanüstü hal usulüne göre ilan edilmeksizin, başka bir deyişle cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun olağanüstü yönetimin ilanı kararı ve TBMM'nin olağanüstü yönetim ilanını onama kararı bulunmaksızın ve herhangi bir süreye de tabi olmaksızın “*mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirlerine*” gözüaltına alma yetkisi verilmektedir. İlgili düzenleme bu yönüyle Anayasanın 120-121. maddelerine, hem de 6. maddesine aykırıdır.

Ayrıca, Anayasa, olağanüstü yönetim usullerini anılan usullere bağladığı halde, bu usullere riayet edilmeksizin olağanüstü hale ilişkin düzenleme yapan bir hükmü CMK'na yerleştirmek usul saptırması niteliğindedir. Zira Anayasanın 121. maddesine göre, “*119 uncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir*”. Söz konusu usul saptırması, Anayasanın 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yetkinin kötüye kullanılması yasağına da aykırıdır : “*Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz*”.³⁸ Anayasa Mahkemesi de, usul saptırmalarını “hiçbir kimse ya da organ[ın] kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı”na dair

³⁶ Boyar, “Olağanüstü ...”, s. 106.

³⁷ AYMK, E. 1990/25, K. 1991/1, K.T.10.01.1991; E. 1991/6, K. 1991/20, K.T. 10.01.1991.

³⁸ Konuya ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Boyar, “Hakkın ve Yetkinin ...”, ss. 81-96.

6. madde yanında, 2. maddede yer alan “hukuk devleti” ilkesine ve 11. maddede düzenlenen “anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” ilkesine de aykırı bulunmaktadır.³⁹

4.- 6638 sayılı Kanun, md.3 (PVSİ, md.15)

6638 sayılı İç Güvenlik Yasası’nın 3’ncü maddesinin PVSİ’nin 15’inci maddesine eklediğı yeni hükme göre “Polis; müşteki, mağdur veya tanık ifadelerini, talepleri halinde ikamet ettikleri yerlerde veya işyerlerinde de alabilir. Bu fıkranın kapsamı ile uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığınca belirlenir.”

Bu hüküm, şeklen müşteki, mağdur veya tanıkların lehine bir görünüm sunsa da özellikle hukuksal bilgi ve destekten yoksun kişilerin aleyhine bir durum yaratabilir. Şöyle ki maddede geçen “talepleri halinde” ifadesi net bir ifade değildir. Söz konusu kişilerin nasıl “talep edeceği” ve buna ilişkin prosedür düzenlenmemiştir. Bir muhakemede müşteki, mağdur veya tanık olan birinin, sanık haline dönüşmesi de pek âlâ olasıdır. Anılan hükmün belirsizliği ise kolluk görevlilerin kişilerin evine girmesine ve kolluk görevlilerine “karşı çıkmayan” kişilerin bu yönde “talebinin bulunduğu” çıkarımının yapılmasına imkân tanır görünmektedir. Kaldı ki, mağdur sıfatıyla olsa dahi bir kişinin ifadesinin alınması için evine veya işyerine kolluğun gelmesi, komşuları nezdinde bu kişi üzerinde olumsuz etki yapabilir.

Öte yandan anılan hüküm, CMK’nın 147 ve 148’nci maddesindeki güvenceler ile de uyumsuzdur. Keza CMK md. 43/5 tanık ifadesinin “*ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme önünde*” alınabileceğini söylüyor olmasına rağmen, yeni düzenleme bu yetkiyi polise vermektedir.⁴⁰

Bu bakımdan **6638 sayılı İç Güvenlik Yasası’nın 3’üncü maddesi**, Anayasa’ya, Anayasa’nın 20 ve 21’inci maddesinde korunan haklara yönelik müdahalenin kanuni

³⁹ AYMK, E. 1988/14, K. 1988/18, K.T. 14.06.1988: “Anayasa’nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan ‘hukuk devleti’ ilkesi, hukukun üstünlüğüne, demokratik düzene saygı ve bağlılığı anlatmakta, tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğun geçerlik koşulu olacağını açıklamaktadır. Bu anlamda, yasaların Anayasa’daki ilgili kurallara uygun olması zorunluluğu, hukuk devleti ilkesinin ilk gereklerindendir. Anayasa’nın ‘Egemenlik’ başlıklı 6. maddesinin son fıkrasında da ‘Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz’ denilerek yetkilerin kaynağı gösterilmiştir Dava konusu yasa kuralı, ekim ayının hangi pazar gününde seçimin yapılacağına TBMM’nce karar verileceğini öngörmektedir. Seçim gününe ilişkin kararla yapılacak saptama Anayasa’nın 2. ve 6. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa’da kararla saptanabilecek konular ayrı ayrı sayılmıştır. Belirtilenler dışındaki bir konunun yasa yerine kararla saptanması Anayasa’nın 11. maddesine de aykırı düşer”.

⁴⁰ PVSİ md. 15/1’te yer alan “Polis; yaptığı tahkikat esnasında ifadelerine müracaat lazım gelen kimseleri çağırır ve kendilerine lüzumu olan şeyleri sorar” hükmü “bilgi alma” hükmüdür. Aksi bir yorum, savcılık makamının soruşturmadaki sorumluluğunu ortadan kaldırır.

dayanağını öngörülemez hale getirmek suretiyle aykırıdır.

5.- 6638 sayılı Kanun, madde 4, 7, 8, 10 ve 14 (2911 sy. K., md.23, 33)

6638 sayılı Kanun, belirtilen maddelerle 2911 sy.lı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda kayda değer değişiklikler yapmış bulunuyor. Söz konusu düzenleme ve eklemeler, çok yönlü bir Anayasa'ya aykırılıklar zincirini oluşturmaktadır. Ne var ki, yürürlükteki mevzuat çerçevesinde ortaya çıkan yoğun hak ihlalleri, Avrupa Konseyi organlarının gündeminde iken, daha yoğun ihlallere yol açması muhtemel düzenlemeleri Anayasa'ya uygunluk yönünden ele almadan önce, İHAM kararları gereği Türkiye'nin almakla yükümlü olduğu önlemleri hatırlatmakta yarar var.

a) Avrupa Konseyi, Türkiye'de Toplanma Özgürlüğü Konusundaki Sistemik ve Yapısal Sorun Tespit Etmiştir

Türkiye'de toplanma özgürlüğü ihlali, yapısal bir sorun haline gelmiştir. Bu “yapısal sorun”, hem İHAM hem de Bakanlar Komitesi tarafından tespit edilmiştir. Şöyle ki İHAM, 2006 yılında verdiği *Oya Ataman v Türkiye*⁴¹ kararında, Türkiye'nin toplanma özgürlüğünü ihlal ettiğini tespit etmiştir. Türkiye hükümeti, bu alanda ilk kez 2006 yılında tespit edilen ve 2007 yılında kesinleşen söz konusu ihlalin giderilmesi için hâlihazırda etkili bir adım atmamıştır.

Hükümetin bu hareketsizliği, konuyla ilgili başvuruların ve ihlallerin artmasına neden olmuştur. İHAM'ın da dikkat çektiği üzere;

Mahkeme, Türkiye hakkındaki 40'tan fazla kararda, kolluk görevlilerinin gösterilerdeki sert müdahalelerinin veya barışçıl nitelikte gösterilere katıldıkları gerekçesiyle başvurular hakkında başlatılan cezai işlemlerin, Sözleşme'nin 3 ve/veya 11. maddesinin/maddelerinin ihlaline sebep olduğu sonucuna vardığını gözlemlemektedir (bkz. diğerleri arasında, yukarıda anılan Ali Güneş / Türkiye § 46; yukarıda anılan DİSK ve KESK / Türkiye, §§ 36- 37). Mahkeme tarafından belirtildiği üzere, söz konusu kararların verildiği davaların ortak özelliği, yetkililerin barışçıl toplantılara belirli derecede hoşgörü göstermemiş olmaları ve bazı hallerde de göz yaşartıcı gaz da dâhil olmak üzere, kolluk görevlileri tarafından sert fiziksel güç kullanılmış olmasıdır. Ayrıca Mahkeme, söz konusu kararların 20'den fazlasında, gösteriler esnasında kolluk görevlilerinin kötü muamelede bulundukları iddialarına ilişkin olarak, Türkiye'deki soruşturma makamları tarafından etkin bir soruşturma yürütülmediğini belirtmiştir (bkz. yakın geçmişte, Tasarsu / Türkiye, no. 14958/07, § 55, 18 Aralık 2012). Mahkeme, toplantı özgürlüğü ve / veya gösteriler sırasında kolluk görevlileri tarafından güç

⁴¹ *Oya Ataman v Turkey*, ECtHR, 74552/01, 05/12/2006

kullanımına ilişkin olarak, Türkiye hakkında 130 başvurunun Mahkeme önünde derdest olduğunu gözlemlemektedir.⁴²

Kaydedilmelidir ki Oya Ataman kararını müteakiben benzer nitelikte çok sayıda başvuru aynı yönde sonuçlandırılmıştır. İHAM, bu kararlar için alınması gereken bireysel ve genel tedbirlerin alınmadığı için ve uygulamada gecikme yaşandığı için, nihayet 2013 yılında *Abdullah Yaşa v Türkiye*⁴³ ve *İzci v Türkiye* vakalarında, bir adım daha ileri gitmiş ve Sözleşme'nin 46'ncı maddesi çerçevesinde karar vermiştir.

Taraf devletlere ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne, Türkiye'deki toplanma özgürlüğüne ilişkin ihlallerin artık sistematik olduğunu ve ihlale neden olan söz konusu sistematik soruna sebebiyet veren öğelerin giderilmesi için mutlaka genel tedbirler alınması gerektiğini söyleyen⁴⁴ 46'ncı madde kararlarında, çözüm için alınması gereken genel tedbirler özetle şu şekilde sıralanmıştır:⁴⁵

Alınması Gereken Genel Tedbirler:

- Göz yaşartıcı gaz bombalarının kullanılmasına bağlı ortaya çıkacak ölüm veya yaralanma riskini asgari düzeye çekmek için bu bombaların yerinde kullanımına dair teminatların güçlendirildiği bir yasal çerçeve oluşturulmalıdır.
- Bu yasal çerçevede, göz yaşartıcı gaz kullanımına ilişkin açık hükümlerin bulunmalıdır.
- Kolluk kuvvetlerinin göz yaşartıcı gaz bombalarının kullanımı ile ilgili yeterli eğitimi almasının sağlanmalıdır.
- Gösteriler esnasında gaz bombaları kullanan kolluk kuvvetleri, amirleri tarafından etkili bir şekilde kontrol edilmeli ve denetlenmelidir.
- Güç kullanımının, özellikle de barışçıl eylemcilere yönelik güç kullanımının, gerekliliği, orantılılığı ve makullüğü konularında, müdahale

⁴² *İzci v Turkey*, ECtHR 42606/05, 23/7/2013, §§ 95-97.

⁴³ *Abdullah Yaşa et autres c. Turquie*, CEDH, 44827/08, 16/7/2013

⁴⁴ Başak Çalı/Nicola Bruch, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi: Sivil Toplum Kuruluşları İçin Bir El Kitabı, 2011.
http://www.ihop.org.tr/dosya/yayin/IHOP_AIHM_Kararlarinin_Izlenmesi_Basak_Cali_Nicola_Bruchn_go_tr.pdf

⁴⁵ *Abdullah Yaşa et autres c. Turquie*, par. 60. Başak Çalı, Toplantı ve Barışçıl Gösteri Özgürlüğü: Ataman Grubu/Türkiye Kararlarının Uygulanması, Ankara: İHOP, 2014, s. 10.

sonrası için bağımsız bir denetim mekanizması oluşturulmalıdır.

Buna ek olarak Bakanlar Komitesi, 2014 yılının Eylül ayında gerçekleştirdiği 1208'inci toplantısında, o gün için yasadışı ama barışçıl nitelik arz eden gösterileri sonlandırmak için aşırı güç kullanılmasını konu edinen 45 kararın bulunduğunu tespit etmiş ve bu kararları “Oya Ataman Grubu” olarak nitelendirmiştir. Komite, Türkiye hakkında, “Oya Ataman Grubu” kararları için “basit nitelikte” bir takipten ziyade, bu kararların uygulanmayacağı konusunda şüphe oluşan hallerde gündeme gelen ve konuyla ilgili olarak taraf devletin çok daha yakından takip edildiği “nitelikli izleme” usulü başlatmıştır.⁴⁶

Türkiye'nin insan haklarına saygılı/dayanan devlet (AY md. 2, 14) niteliği gereği, söz konusu yapısal ve sistematik sorun konusunda özel bir hassasiyet içinde olması ve Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen davalarda, anılan gelişmeleri göz önünde tutarak değerlendirme yapması gerekmektedir.

Bu belirtilenler ışığında belirtelim ki, toplanma özgürlüğü ile bağlantılı hükümler, Oya ataman grubu kararları ile uyumsuzdur. Şimdi, 6638 sayılı Kanunun konuyla ilgili düzenlemelerini, aktarılan bu bilgiler ışığında ele alabiliriz.

6638 sayılı Kanunda toplanma ve gösteri özgürlüğü ile ilgili sorunlar, dört kümede toplanabilir.

b) Dört sorun grubu

i. Zor ve Silah Kullanımı Yetkisi Yönünden

-Boyalı Su Ekleme

6638 sayılı İç Güvenlik Yasası'nın 4'üncü maddesinin ilk fıkrası, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Yasası'nın “Zor ve Silah Kullanma Yetkisi” başlıklı 16'ncı maddesindeki “maddi güç” kavramının “*polisin direnen kişilere karşı eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını*” ifade ettiğini

⁴⁶ Ibid.

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/OJ/DH\(2014\)1208&Language=lanFrench&Ver=prel0001&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/OJ/DH(2014)1208&Language=lanFrench&Ver=prel0001&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)

söyleyen eski hükmünü güncellemiş ve bu ögelere “boyalı su” ögesini de dâhil etmiştir. Görünen o ki toplumsal olaylarda halihazırda fiilen kullanılmakta olan “boyalı su” yasal dayanak kazanacaktır.⁴⁷

Madde gerekçesine bakıldığında, “boyalı suyun” gösterilere katılan kişilerin tespit edilmesi için ve göstericiler dağıldıktan sonra tespit edilen kişilerin yakalanması için düzenlendiği görülmektedir. Böyle bir yetki, her ne kadar suç ile mücadele yönünden meşru bir amaç taşıyor görünse de, boyalı suyun nasıl kullanılacağına ayrıntılı biçimde spesifik hale getirilmemiş olması, bu silahın keyfi şekilde kullanılması ve duruma göre göstericileri “suçlu olarak lekelemek suretiyle” Anayasa’nın 20’nci maddesinin ihlal edecek niteliktedir.

c-Polise tanınan yeni yetkiler sorunu

6638 sayılı İç Güvenlik Yasası’nın 4’üncü maddesinin ikinci fıkrası, Polisin mevcut yetkileri konusunda bir değişiklik yapmamakla birlikte, polisler yeni bir yetki tanımıştır. Buna göre polis, “*kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde*” silah kullanmaya yetkili hale getirilmiştir.

Söz konusu düzenleme, yeni bir güvence ve hukuki yarar sağlamadığı gibi geçmişte Anayasa’ya ve İHAS’a aykırılık tespiti yapılmış bir konuya yeniden pozitif dayanak sağlama girişimidir. Şöyle ki bu düzenlemenin bir benzeri⁴⁸ daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından “orantılılık” ilkesine uygun olmaması ve “yaşam hakkının ihlali” sayılacağı gerekçesiyle iptal edilmişti.⁴⁹

⁴⁷ Söz konusu durum, geçmişte fiili olarak “boyalı su” kullanan kolluk görevlilerinin yasal dayanağı olmayan bir eylem içinde olduğunun kabulü anlamına gelmektedir. Bu bağlamda yapılan suç duyurularında, söz konusu “kabulün” kaydedilmesi gerekmektedir. Bu hususun gerekçede vurgulanması gerekmektedir.

⁴⁸ İptal edilen TMK Ek madde 2 şu şekildeydi: “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı aletli silah kullanmaya yetkilidirler.”

⁴⁹ AYM, E: 1996/68, K: 1999/1.

Maddenin kaleme alınış şeklinin silah kullanma yetkisini kural haline getirecek nitelik arz etmesi, kolluk şiddetini artırma potansiyelini bünyesinde taşımaktadır. İHAM kararlarında da tespit edildiği gibi Türkiye gibi kolluk güçlerinin cezasızlığı sorunu yaygın olduğu bir ülkede bu düzenleme, yaşam hakkına yönelik ihlallerde sakıncalı sonuçlara neden olabilecektir.

Kaydedilmelidir ki Birleşmiş Milletler Hukuk Dışı, Yargısız veya Keyfi İnfazlar Özel raportörü Christof Heyns'in 2012 yılının Kasım ayında Türkiye'ye yaptığı ziyaretin ardından, Türkiye'de polisin ölümcül güç kullanması ile ilgili olarak, anılan hüküm ve benzerleri çerçevesinde koruyucu önlemlerin yetersizliğine ilişkin şu tespitleri hatırdan çıkarılmamalıdır:

Kolluk tarafından güç kullanılmasını düzenleyen mevzuatın (2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanununun ve ilgili yönetmeliklerin) uluslararası standartlarla uyumlu hale getirilmesi gerekiyor. Zorunluluk ve orantılılık bu standartların en önemli bileşenlerinden. Bu metinlerde geçen "zorunluluk" ve "orantılılık" ifadeleri, uluslararası hukuktaki yorumlanış biçimini yansıtmalı; yani ölümcül güç sadece insan yaşamının korunması amacıyla son çare olarak kullanılabilir. Dur uyarısı yapılmasına ilişkin prosedürü ve daha az ölümcül silahların orantılı olarak kullanılmasını düzenleyen yönetmelikler çıkartılmalı ve bu yönetmelikler uluslararası standartlara uymalıdır.⁵⁰

Ayrıca, PVSK'nın 16'ncı maddesinin Oya Ataman Grubu" kararlarında İHAM'ın değerlendirmelerine de konu olduğu bilinmelidir. Zira ihlale neden olan kolluk müdahalelerinin dayanaklarından biri bu maddedir. Şöyle ki 2911 sayılı yasanın 24'üncü maddesi gereğince bir toplantı veya gösterinin yasal olup olmadığına veya yasa dışı toplanmaya dönüşüp dönüşmediğine mahallin en büyük mülkü amiri karar vermekte ve bu çerçevede kolluk kuvvetlerini toplantı yerine yollamaktadır. PVSK md. 16 gereğince ise polis, mülki amirin yasadışı ilan ettiği gösteriye devam etmek isteyen, yani direniş gösteren göstericilere karşı "bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanma" yetkisine sahiptir. İhlal iddialarına neden olan müdahaleler, prensip itibariyle bu yetki çerçevesinde kullanılmaktadır. Ne var ki anılan yetki konusunda, yasal düzenleme Sözleşme ile uyumlu değildir. Şöyle ki İHAM 'ın *Abdullah Yaşa v. Türkiye* kararına göre özellikle bu yetkiye dayanılarak kullanılan göz yaşartıcı gazların kullanılma şekline ilişkin mevzuatta boşluk vardır. İHAM'a göre Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 19 no.lu genelgesinin ve Aralık 2008

⁵⁰ Christof Heyns, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, A/HRC/23/47/Add.6, par. 96.

tarıhli G z Yaşartıcı Gaz Silahları ve M himmatları Kullanım Talimatının Sözleşme'nin 3'üncü maddesine ilişkin yeterli güvence sağlamamaktadır. İHAM, bu kararında, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu polislerce göz yaşartıcı gaz kullanımını düzenlemeye yönelik yeterli bir  er eve getirmediği sonucuna ulaşmıştır.⁵¹

Bu karar dikkate alındığında PVSK'nın 16'ncı maddesinin spesifikleştirilmesi gerekirken, genel ve belirsiz nitelikteki yetkinin kapsamı daha da genişletilmiştir. Polisin güç kullanma yetkisi genişletilirken; ateşli silahın "saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde" kullanılabileceğine işaret ediyorsa da madde,  l m c l güç kullanımını insan yaşamının korunması için son çare olması koşuluna bağlayan özgül güvencelerden yoksundur.⁵²

Sonuc itibariyle, 6638 sayılı İ  Güvenlik Yasası'nın 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası, Anayasa'nın 17 ve 34'üncü maddesine aykırıdır.

ii. 2911 sayılı Kanun'a Muhalefet Su ı Yönünden

Yukarıda bahsedilen Ataman Grubundaki davalarda görülen sorunlardan ilki, 2911 sayılı kanunun kuralları ve bu kurallara aykırı davranışlar noktasındadır. Göstericiler, çoğu kez bu kanunda öngörülen yasaklayıcı kurallara ( rn. saat 23:00'ten sonra, TBMM'ye 1 km yakınlıkta gösteri yasağı gibi) riayet etmemekte veya önceden izin, bildirim vb. prosedürlere uymamaktadırlar. Uygulamada bu durumun, 2911 sayılı kanuna muhalefet suçunu oluşturduğu d ş n lmekte, 2911 sayılı kanunun kurallarına uymayan göstericiler hakkında çoğu kez dava açılmakta, bu davalarda beraat, hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya ceza kararları verilmektedir.

İHAM içtihatlarında da ifade edildiği gibi bir gösteri yürüyüşü özgürlüğü, sadece prosedürel, zamansal, mek nsal kurallara dayanılarak yasaklanamaz. Bu bakımdan ağırlıklı olarak prosedürel, zamansal ve mek nsal kurallardan ibaret olan 2911 sayılı Yasa hükümlerine aykırılık, tek başına toplanma özgürlüğünün müdahale

⁵¹ *Abdullah Yaşa et autres c. Turquie*, par. 60.

⁵² Human Rights Watch, 'Türkiye: İ  Güvenlik Yasa Yasası İnsan Haklarını Baltılıyor Polisin Yetkilerini Alelacele Artıran Düzenlemeleri Meclis Yeni Baştan Düşünmeli', *Bianet*, 11/12/2014. <http://www.bianet.org/>

gerekçesi olamaz.⁵³ Dolayısıyla 2911 sayılı Yasa'ya muhalefet suçunun Anayasa'nın 34'üncü maddesine uygunluğu son derece tartışmalıdır.

“Oya Ataman Grubu” kararlarına bakıldığında bu kararlardan bir kısmında⁵⁴, başvuruçular hakkında 2911 sayılı kanuna muhalefet suçundan dolayı dava açılmış olduğu görülmektedir. İHAM bu vakalarda, haklarında dava açılan göstericilerin beraat etmiş olmalarının 11'inci madde ihlaline etki etmediği sonucuna ulaşmıştır. Yani, barışçıl göstericiler için ceza davası açılması dahi toplanma özgürlüğünü ihlal edebilmektedir. Hak öznelerine yönelik ceza davalarının kapsamının daraltılması gerekirken, göstericilere karşı uygulama bulan 2911 sayılı kanunun 33'üncü maddesi ve 3713 sayılı kanunun 7'nci maddesi kapsamındaki suçların cezalarının arttıran **6638 sayılı İç Güvenlik Yasası'nın 8 ve 10'uncu maddeleri** toplanma özgürlüğü alanında alınması gereken genel tedbirlerin tam tersi istikamettedir ve toplanma özgürlüğü konusundaki yapısal sorunu derinleştirmektedir. Bu nedenle Anayasa'nın 19 ve 34'ncü maddesine aykırılığının tespit edilmesi gerekmektedir.

iii. Silah Kavramının Kapsamının Genişletilmesi ve Belirsizleştirilmesi Yönünden

Anayasa'nın 34'üncü maddesine göre toplanma özgürlüğü “silahsız” şekilde kullanılabilir. Bu maddede geçen “silahsız” ifadesi BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde de yer almaktadır. İlgili metinde geçen “silahsız” ifadesinin anlamı da tartışmalıdır. Bu ibare “silah taşımadan” şeklinde anlaşılabileceği gibi, “silah kullanmadan” şeklinde de anlaşılabılır.⁵⁵ 2911 sayılı Kanun, Anayasa'daki ibareyi “silah taşımadan” şeklinde somutlaştırmış, üstelik “silah” kavramına çok geniş bir otonom anlam yüklemiştir.

⁵³ İHAM kararları ve bunu destekleyen ulusal yargı organları kararları için bkz. Tolga Şirin, *30 Soruda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı*, İstanbul: XII Levha Yay., 2013, ss. 65-73.

⁵⁴ Örn bkz. *Turan Biçer v. Turkey*, ECtHR, 3224/03 30/11/2010, *Gün and others v Turkey*, ECtHR, 8029/07 18/06/2013.

⁵⁵ III. Genel Kurul Komisyonunda ‘barışçıl’ ifadesi üzerine çalışmalarda Uruguay temsilcisi ‘barışçıl’ terimini “(...) without the use of arms” yani “*silah kullanmaksızın*” şeklinde kullanmıştır, bu söylem Fransızca metinlere “(...) et sans armes” yani “silahsız” şeklinde aktarılmıştır. Doktrinde bu veriler ihtilaf konusu olmuştur. Karş. Karl Joseph Partsch, *Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, ss. 208 vd. Ayrıca bkz. İngilizce’de bkz. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl:N.P. Engel, 2005ss. 486-487.

2911 sayılı Yasa'nın "kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri" başlıklı 23'üncü ve "toplantı ve gösteriye silahla katılanlar" başlıklı 33'üncü maddesinde sayılan nesneler, oldukça kapsamlı bir kategoriye ifade etmektedir. Bu kategorideki edevatın bir kısmı kişilerin olağan yaşamlarında üzerlerinde bulundurabilecekleri türden nesnelerdir. Olağan şartlarda üzerinde bulundurulması suç niteliği arz etmeyen bazı nesneleri, toplanmalar sırasında üzerinde bulundurmanın suç olarak düzenlenmesi, başta öngörülebilirlik olmak üzere yasallık (AY md. 2 ve 13) ilkesinin çeşitli unsurlarına aykırıdır. Düzenleme, spontane gelişen gösterilere katılan kişilerin o sırada üzerlerinde bulunan nesnelerden sorumlu tutacak niteliktedir, zira sadece anılan nesneleri "kullanan" veya kullanmaya teşebbüs edenler" değil, "taşıyanlar" da cezalandırılmaktadır. Maddede geçen sopa, demir ve lastik çubuk şeklindeki aletlerin, bir gösteri sırasında pankart tutmak vb. amaçlarla taşınması olağandır. Bu bakımdan anılan hüküm, bütün göstericileri, potansiyel olarak mağdur etmektedir. Bu nedenle **6638 sayılı İç Güvenlik Yasası'nın 7 ve 8'inci maddeleri Anayasa'nın 34'ncü maddesine aykırıdır.**

6638 sayılı İç Güvenlik Yasası'nın 8 ve 10'ncü maddelerinde, gösteriye "kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek" katılanların cezalandırılması öngörülmüştür. Bu türden göstericilerin, yüzlerini örtmelerinin kimliklerini gizlemek amacı dışında bir amaç öngörülmeden cezalandırılabilir hale getirilmesi, Anayasa'nın 20'nci maddesindeki "özel hayatın gizliliği" hükmünün anılan bağlamda kategorik olarak yok sayılması anlamına gelmektedir. Bir kişi, çalışma yaşamı, aile yaşamı ve benzeri diğer alanlardaki ilişkileri çerçevesinde bir gösteriye katıldığının bilinmesini, fotoğraflanmasını veya kaydedilmesini istemeyebilir. Bu hak, anayasal olarak güvence altına alınmıştır ve gösteri alanında kategorik olarak dışlanamaz. Anılan hüküm, dışlamaktadır ve bu nedenle Anayasa'nın 13'ncü maddesinde zikredilen "ölçülülük" ilkesini göz erdi etmektedir.

İHAM kararlarında ve çok sayıda raporda da ifade edildiği gibi Türkiye'de gösteri yürüyüşlerinde kolluk güçleri aşırı şekilde göz yaşartıcı gaz bombası kullanmaktadır. Böyle bir ortamda göstericilerin ve diğer kişilerin, gazdan etkilenmemek için yüzlerini örtmek istemeleri kadar doğal bir durum yoktur. Aktif saldırı niteliği taşımayıp, pasif yani kendini koruyucu nitelik arz eden bez vb. örtüleri kullanmanın ceza konusu yapılması da başta barışçıl göstericileri olmak üzere gösteri

alanındaki veya yakınındaki tüm öznelerin aşırı biber gazı kullanımına karşı korunmasız kalmaları anlamına gelebilecektir. Bu tür bir ortamda kişilerin, yaşam hakları ile maddi ve manevi bütünlüklerini korumak için yüzlerini örtmeleri kategorik olarak yasaklanamaz.

“Gösteride yüz örtme” suçunun cezası, TMK md. 7 bağlamında “*Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen*” toplantı ve gösteri yürüyüşleri için daha ağır şekilde öngörülmüştür. Bir gösterinin “*terör örgütünün propagandasına*” nasıl “*dönüştürülmüş*” sayılacağına düzenlenmemiş olması, Anayasa’nın 13’ncü maddesi ile hukuk devlet prensibinin bünyesinde yer alan yasallık ilkesinin öngörülebilirlik unsuruna aykırıdır. Öte yandan barışçıl göstericilerin, barışçıl olmayan eylemcilerin eylemlerinden sorumlu tutulması da İHAM içtihatları ile uyumsuzdur.

Kaydedilmelidir ki değişiklikle birlikte; 2013’den itibaren kolaylıkla adına “*terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşü*” denebilecek bir “tanım” kanunla yeniden içselleştirmek suretiyle; barışçıl her toplantı ve gösteri yürüyüşü artık çok daha kolay “*terör örgütü propagandasına dönüştü*” diye yaftalanabilecektir. Ardından kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatanlar en az üç yıl ile beş yıl arasında hapis cezası istemi ile yargılanacaklar ve kimin attığı belli olmayan silah, molotof ve benzeri patlayıcılar kalabalık içinden seçilip yakalanan ve gözaltına alınanlara yıkılmak suretiyle dört yıldan az olmayan hapis cezaları verilecektir. Böyle bir sonuç anayasal düzende kabul göremez.

Tüm bu bilgiler çerçevesinde **6638 sayılı İç Güvenlik Yasası’nın 8 ve 10’ncu maddeleri, Anayasa’nın 2, 13, 20 ve 90’ncü maddelerine aykırıdır.**

Son olarak CMK md. 100/4 gereğince tutuklama tedbirinin 2 yıldan az süreli suçlar için uygulanmadığı, CMK md. 100/3’te sayılan “katalog suçların” bir tür keyfi tutuklama alanı olarak kavrandığı dikkate alındığında bu değişikliğin iki öngörülebilir sonucu vardır.

Birinci olarak; yüz örtme suçunun cezasının alt sınırının iki yılın üstüne çıkarılması, tanınmamak için yüzlerini örten şüphelilerin, şiddet içeren eylemlere katılmış olduklarına ilişkin bir delil olmasa bile, sadece bu gerekçeyle dahi otomatik olarak tutuklanmalarına yol açabilir.

İkinci olarak; kategorik tutuklama sorunu ***İç Güvenlik Yasası'nın 14'ncü maddesi gereğince*** 2911 sayılı kanuna muhalefet suçu bağlamında her türlü muhalif göstericiye teşmil edilebilir hale gelmiştir. Şöyle ki toplantı ve gösteri yürüyüşünü kanuna aykırı hale getiren temel ölçüt “şiddet içermesi” veya “şiddete başvurulması” iken, böyle bir özellik aranmaksızın, yalnızca kimliğin gizlenmesi halinin bir suç olarak düzenlenmesi ve cezasının da 2 yıl 6 aydan 4 yıla kadar hapis olarak öngörülmesi, bu hakkın kullanımı açısından açıkça ölçüsüz bir sınırlamayı ifade etmektedir.

Ayrıca, tek başına kimliğini gizleme saikinın bu davranışı suç haline getirmesindeki tuhaflik bir yana, gösteriye müdahale halinde gazdan korunmak için takılan bez maske, yüze sarılan atkı ya da eşarpların tam da bu maddeye göre cezalandırılma ihtimali, mevcut uygulama düşünüldüğünde oldukça yüksektir. Ayrıca dikkat etmek gerekir ki; bu davranış patlayıcı madde, havai fişek ya da yakıcı, yanıcı ecza taşınması gibi davranışlardan ayrı olarak bir seçimlik hareket olarak öngörülmüştür. Yani bunların hiçbirisi olmadan sadece yüzü örtmek 2,5 yıldan 4 yıla kadar cezayı gerektiren bir fiil olacaktır. Ancak bu ölçüsüz cezaların, bambaşka bir sonucunun olacağını da düşünmek gerekmektedir. Öncelikle alt sınırın bu şekilde belirlenmesi, bu suçtan dolayı verilen hükümlerde hükmün açıklanmasının yahut cezanın infazının geri bırakılması gibi olasılıkları da devreden çıkaracaktır.

Dolayısıyla ***6638 sayılı İç Güvenlik Yasası'nın 8 ve 10'ncü maddeleri ile 14'ncü maddesi Anayasa'nın 19'uncu maddesine de aykırıdır.***

iiii. Yasadışı Amblem, Slogan vb. Yasaklar Yönünden

6638 sayılı İç Güvenlik Yasası'nın 8'inci maddesi gereğince 2911 sayılı Yasa'nın 33'üncü maddesine eklenen yeni (b) fıkrasına göre, “*yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşıyarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyerek katılanlar ile kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşıyarak veya bu nitelikte sloganlar söyleyerek veya ses cihazları ile yayınlayarak katılanlar altı aydan üç yıla kadar*” hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Her şeyden önce yasadışı “topluluğun” ne anlama geldiği belirli değildir. Türkiye’de “yasadışı örgüt ve topluluklar” ile “kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz” ifadelerine dayalı pratik dikkate alındığında söz konusu hüküm,

toplanma özgürlüğüne “şiddet içerip içermeme” kriteri dışında soyut ve çarpıtılmaya müsait bir müdahalede bulunmaya imkan tanımaktadır. İlgili madde, “yasadışı örgüt” ile “terör örgütü” arasındaki farkı ortadan kaldırmak suretiyle 2911 sayılı kanuna aykırı, ama Anayasa ve İHAM içtihatlarına uygun hareket eden örgütlü kişilerin eylemlerine sadece yasadışı olduğu için müdahale edilmesi imkanı sunmaktadır. Zira söz konusu hüküm ile birlikte “terör örgütü” ile “yasadışı örgüt” kavramları arasındaki fark belirsizleşmiştir. Yasadışına çıkan kolaylıkla “terörist” olarak damgalanabilir.

Son olarak ilgili fıkra, özellikle öngörülen ceza dikkate alındığında İHAM içtihatlarıyla uyumlu sayılmaz. Mahkeme’nin *Gül ve diğerleri v. Türkiye*⁵⁶ kararı hatırlanmalıdır. Bu vakada başvurucuya bir takım yasadışı örgütler ve eylemler lehine sloganlar attığı için hapis ceza verilmiştir. İHAM ise söz konusu sloganların sözel olarak şiddet tonu içermekle birlikte, bilinen stereotipleşmiş solcu sloganları olduğunu ve potansiyel etkisinin sınırlı olduğunu kaydetmiş ve başvurucuya verilen hapis cezasının orantısız olduğu sonucuna ulaşmıştır. Anılan hükmün kategorik niteliği ve öngördüğü cezanın ağırlığı İHAM’ın anılan kararı ile uyumsuzluk yaratmaktadır.

Bu uyumsuzluklar, **6638 sayılı İç Güvenlik Yasası’nın 8’inci maddesinin Anayasa’nın 19, 34 ve 90’uncü maddelerine de aykırılık yaratmaktadır.**

6.- 6638 sayılı Kanun, Madde 15 (İl İdaresi Kanunu’na eklenen md.

11/G)

İlgili fıkra ile, valiye, “*lüzumu hâlinde, kolluk amir ve memurlarına suç faillerinin bulunması için gereken emirleri verebilme*” yetkisi tanınmıştır.

Suçun gerçekleşmesinden sonra delillerin elde edilmesi ve bunlardan hareketle failin bulunması için yürütülen süreç, adli soruşturma safhasıdır. Bu safha, cumhuriyet savcılığı tarafından yürütülür. Cumhuriyet savcılığının eylem ve işlemleri, adliye teşkilâtının bir parçası olması nedeni ile, İl İdaresi Kanunu’nun 4. maddesine göre valiliğin talimat veremeyeceği ve denetleyemeyeceği konular arasındadır. Derdest başvuru dosyasında iptali istenilen bu hüküm, valiye, talimat dahi veremeyeceği bir merciin yerine kendisi geçerek onun gibi karar verme, savcının

⁵⁶ *Gül and others v Turkey*, ECtHR, 4870/02, 08/06/2010.

yetkilerini bizzat kullanma olanağını tanımaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemede savcının başlatması gereken bir yargılama aşamasını başlatma yetkisi idareye verilmekle, bu yetkiyi yargı yerine idarenin bir parçası olan valinin kullanmasının yolu açılmıştır. Diğer bir deyişle, bu noktada erkler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı gibi çok önemli anayasal ilkeler anlamında sorun doğmaktadır.

İlave olarak, maddenin lâfzında da bazı belirsizlikler yer almaktadır. Örneğin; “lüzumu hâlinde” ifadesi, lüzumu kimin ve hangi ölçütlere göre takdir edeceği hususunu muğlâk bırakmakta, sınırları belirsiz bir yetki alanına işaret etmektedir. Diğer bir deyişle, bu yetki, yargının yanında idareye de verilmekte ve idare elinde yetkinin sınırları belirsizleşmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, *"sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakıncalı sınırlama getirilmiş olur. İçeriğinin belirlenmesi yönetimin görüşüne bırakılan sınırlamanın yasa ile konulduğundan söz edilemez"*⁵⁷.

Aynı şekilde “suç faillerinin bulunması için” ifadesi de benzeri bir belirsizlik içermektedir. “Suç faillerinin bulunması”ndan kastın maddî gerçekliğe ulaşmak mı yoksa fiziksel bir arama-bulma faaliyeti mi olduğu; veya valinin faaliyetinin suçun failine ulaştıktan sonra hangi noktada biteceği; akabinde kendisinin konudan el çekmesi mi gerektiği, bulunan fail hakkında gerçekleştirilebilecek diğer işlemlerde herhangi bir dahlinin bulunup bulunamayacağı vb. konular açıklığa kavuşturulmamaktadır.

Fıkranın ikinci cümlesinde ise “mevzuatta belirlenen usûl” ifadesinin ne olduğu tam manâsı ile değerlendirilememektedir. Zaten mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmesi gereken faaliyetler hakkında bu tür bir ek ifadeye neden gereksinim duyulduğu anlaşılamamaktadır. Dahası, kolluk tarafından, vali talimatı doğrultusunda gerçekleştirilecek olan işlemlerin mahiyetinin adlî nitelikte mi idarî nitelikte mi düşünüldüğü hususu anlaşılamamakta ve aynı konuya ilişkin birden fazla soruşturma dosyasının mevcut olup olmayacağı konusuna açıklık getirilmemektedir.

Ayrıca bu düzenleme ile savcılık ve valilik arasındaki olası görev çatışmalarının nasıl engelleneceği, bu tür durumlarda kolluk kuvvetlerinin emre itaat

⁵⁷ AYMK, 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.04.1988.

konusunda sicil amirleri olan valinin talimatını peşinen benimseme eğilimlerinin doğurabileceği sorunların önüne nasıl geçileceği aydınlatılmamaktadır.

7.- 6638 sayılı Kanun, Madde 15 (İl İdaresi Kanunu’na eklenen md. 11/H)

İlgili fıkra ile, mülkî amirlere (ilde vali, ilçede kaymakam) *“kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini sağlamak amacıyla aldığı birtakım kararlar ve münasip gördüğü tedbirlerin hayata geçirilmesi için (adlî ve askerî kuruluşlar hariç) mahallî idareler de dâhil olmak kaydı ile, tüm kamu kurum ve kuruluşlarının araç ve gereçlerinden yararlanma, personeline görev verme, yerine getirilmeyen emir ve talimatını uygulatmak için kolluğu aracı kılma”* yetkileri tanınmış; ve yerine getirilmeyen veya geciktirilen uygulamaların yol açabileceği zarar için idarenin hukukî sorumluluğuna başvurulabileceği belirtilerek bir de rücû mekanizması oluşturulmuştur. İptal başvurusunda her ne kadar bu fıkra hükmüne değinilmemişse de burada da değerlendirilmesi gereken hukuka ve Anayasa’ya aykırılık hâllerinin mevcut olduğu düşünülebilir.

6638 Sayılı Kanun’un gerek parlamentoda kabul edilen şekli ile metni ve gerekse Gerekçe metni incelendiğinde, araç ve gereçlerinden yararlanılabilecek ve personeline görev verilebilecek “bütün kamu kurum ve kuruluşları”nın içinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının da bulunup bulunmadığı konusu anlaşılamamaktadır⁵⁸.

Mahallî idarelerin de bu fıkra da yer alıyor oluşu, yerel halkın mali ve müşterek ihtiyaçlarını gidermek üzere organları ve başkanlıkları demokratik seçim usulleri ile oluşturulan ve işbaşına gelen mahallî idarelerin “özerkliği” ilkesine aykırı bir düzenleme olarak dikkat çekmektedir. Söz konusu düzenleme ile merkezî idare karşısında mahallî idareler büyük ölçüde güçsüz kılınmakta ve bu teşkilâtların hükümet inisiyatifi doğrultusunda yerel halk ile ters düşebilmesi, bahsi geçen yasa ile tesis edilmek istenen kamu düzen ve güvenliğinin bozulmasının tahrik edilebilmesi olasılıkları ortaya çıkmaktadır.

8.- 6638 sayılı Kanun, Madde 15 (İl İdaresi Kanunu’na eklenen md. 11/I)

İlgili fıkra ile, kaymakamlara, H fıkrasında ilde valilere tanınan yetkileri ilçede kullanma olanağı tanınmıştır. I fıkrasının mevcudiyeti atıf içerdiği H fıkrasının iptali

⁵⁸ Anayasa, md 135.

ile ortadan kalkacağından veya H fıkrasında meydana gelecek kısmî iptal işlemleri I fıkrasını da doğrudan etkileyeceğinden, yukarıdaki H fıkrasına ilişkin olarak yapılan açıklamalar aynı şekli ile I fıkrası için de geçerlidir

9.- 6638 sayılı Kanun, Madde 16 (İl İdaresi Kanunu md. 66'ya eklenen ibare)

Söz konusu ekleme ile, vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacı ile alınan ve usulüne göre ilân edilen karar ve tedbirler için “*kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâli*” ifadelerine yer verilerek Anayasa’da⁵⁹ tanımlanan türden bir olağanüstü hâl benzeri durum yaratılmış; usûlüne göre alınmış bir olağanüstü hâl ilânı kararı yok iken olağanüstü hâl mantığı ile gerçekleştirilecek bir idare tesis etmeyi amaçlamıştır. Zira, Anayasa-md 15 ekseninde olağandışı hukuk rejimlerinden olan “olağanüstü hâl”ın gerektirdiği tedbirlerin alınabilmesinin ön şartı, bu olağandışı hukuk rejiminin ilânıdır⁶⁰.

Üç aydan bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımını ile karşılanacağı ifade edilen bu “aykırı davranışlar”ın ne olduğu Kanun’da sayılmamıştır; sayılması mümkün de değildir.

Valinin ilân edeceği karar ve tedbirlere aykırı davranışların çeşitliliği, söz konusu karar ve tedbirlerin çeşitliliği oranında değişken ve türetilbilir mahiyettedir. Dolayısıyla, maddeye eklenen cümledeki türden bir düzenleme, suç ve cezaların yasallığı ilkesine, Anayasa’nın 38. maddesine ve yasaların, özellikle ceza yasalarının ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gereğine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin de yorumu ile birlikte ortaya koyduğu hak ve özgürlüklerin sınırlanması esaslarına göre: bizim Anayasamız ile de öngörülmekte olan “sınırlamanın yasa ile yapılması gerekliliği”nin yanı sıra bu yasaların ulaşılabilir, öngörülebilir ve açık olması⁶¹; idarî makamlara ve yargıca aşırı bir takdir yetkisi bırakmaması⁶²; ve kişiye, özellikle kaçınması gereken hususlar bakımından, davranışına yön verebilme olanağını tanınması gereklidir.

⁵⁹ Anayasa, md 120.

⁶⁰ Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yay., 13. Baskı, İstanbul, 2013, s. 157.

⁶¹ Bkz. Hasan ve Chaush/Bulgaristan [BD], B. No: 30985/96, 26/8/2000, § 85.

⁶² Bkz. AYMK, E.1984/14, K.1985/7, K.T. 13/6/1985.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre; *“Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar”*⁶³.

Yine bir diğer karara göre; *“Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir”*⁶⁴.

İHAM içtihadına göre de, yasallık unsuru, yalnızca şekli açıdan (parlamento tarafından çıkarılma) değerlendirilmez. Ayrıca, erişilebilirlik, açıklık, kesinlik ve öngörülebilirlik unsurlarını da içeren maddi/içeriksel yasa anlayışı geçerlidir. Bu anlamda müdahalenin hukuki dayanağının bulunması zorunluysa da, soyut olarak bulunması yeterli değildir. Hukuki dayanağın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olması gerekmektedir. Bu niteliklere sahip olmayan yasa, hukuk devleti ilkesine uygun olmayan bir yasadır⁶⁵. Nitekim, bir yasa, uygulanacağı her kişinin bu yasa uyarınca davranışlarını uyarlamasına olanak tanıyacak açıklıkta yazılması halinde öngörülebilir kabul edilecektir⁶⁶.

Burada öngörülen kısa süreli (üst sınırı bir yılı geçmeyen) hapis cezası, adli para cezasına veya tedbire çevrilmeye müsait bir cezalandırma türüdür⁶⁷. Burada yaratılan ve taksir ile işlenmesi mümkün olmayan bu son derece soyut suç tipindeki kuvvetle muhtemel sonuç, maddenin muhatabı olan kamu çalışanlarının -en azından

⁶³ AYMK, E. 2010/7, K. 2011/172, K.T. 22.12.2011; RG, T. 14.02.2012, S. 28204.

⁶⁴ AYMK, E. 2013/22, K. 2013/73, 06.06.2013; RG, T. 22.11.2013, S. 28829.

⁶⁵ Sibel İnceoğlu, “Hukuk Devletin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, S. 7. s. 72.

⁶⁶ İHAM 2. Daire, Ahmet Yıldırım-Türkiye, 18.12.2012, § 57.

⁶⁷ Haluk Çolak - Uğurtan Altun, “Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri”, *TBB Dergisi*, Sayı 67, 2006. s 188.

ilk eylemlerinde- cezaevine girmesi değil; ancak bu madde ile kamu görevlerinin devamlılığının tehlikeye düşmesine dair sağlanmak istenen korkunun ve caydırıcılığın, görevlerini yaparken üzerlerinde Damokles'in Kılıcı misâli asılı kalmasıdır.

Dahası, düzenlemede her ne kadar fiilin ve cezanın bir yasa hükmü ile getiriliyor olduğu algısı yaratılmakta ise de, maddî ve manevî unsurları ile birlikte ortaya konulmuş, açık ve belirgin bir suç tanımı bulunmamaktadır. Valinin öngöreceği karar ve tedbirlere aykırı sınırsız sayıda ve bilinmezlikte fiilin tamamının bir tek hükümde toplanıyor oluşu; öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik zaafı ortaya koymasının yanı sıra, valinin her bir kararı ile yeni suç tipleri yaratmasına neden olacaktır. Yürütmenin yargıdan sonra açıklanan şekilde bu kez de yasamanın görev alanına girmesi, erkler ayrılığı ilkesini bir kez daha ihlâl etmesi sonucunu doğurabilecektir.

Bu açıdan bakıldığında, söz konusu durum, İHAS md. 7 bağlamında da tartışılabilir. Zira yasallık/belirlilik ilkesi, İHAM içtihatlarına hem başka maddeler, hem de özel olarak md. 7 kapsamında yansımıştır⁶⁸.

Sonuç olarak, İl İdaresi Kanunu'da yapılan değişikliklerle, il bazında valilerin ve ilçe bazında kaymakamların yetki tanımlarında meydana getirilen değişiklikler, başta Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi olmak üzere, ulusal ve uluslararası mevzuata ve hukuka çok açık birtakım aykırılıklar içermektedir.

Yapılan değişiklikler genel itibari ile Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırı niteliktedir. Hukuk devletinin mekanik gerekliliklerinden biri olan ve Anayasa'nın 6., 7., 8. ve 9. maddelerinde ortaya konulan "iktidarın erkler ayrılığına dayanması" ile yine bu kavramın içeriğine dair vazgeçilmezlerden olan hukukun öngörülebilirliğinin sağlanması ve hukuk güvenliği ilkeleri, bahsi geçen düzenlemelerle ihlâl edilmektedir.

"Anayasa'ya aykırı mevzuat ağını genişletmek ve yurttaşların özgürlük ve hak alanını daraltırken resmî görevlilere keyfîlik eşiğine varan müdahale yetkileri tanımak, 6638 sayılı yasa gibi, 'torba kanun' olarak addedilen ve son yıllarda uygulamasına daha sık rastlanılan yasama işlemlerinin ortak özelliklerindendir. Bu yöndeki eğilim ve düzenlemelerde kamu düzeni veya güvenlik sağlama ereğinden çok,

⁶⁸ Daha geniş bilgi için bkz. Oya Boyar, "Suçta ve Cezada Yasallık İlkesi", Sibel İncoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 1. Bs., Avrupa Konseyi Yay., Ankara, 2013, ss. 290-292.

‘muhalefet hakkı’ nı bastırma amacı öndedir. Bu tür düzenlemeler, AB standartları ve AB ilerleme raporlarında işaret edilen sorunlarla da çelişmektedir⁶⁹.’’

Bireysel başvuru sürecinde AYM'nin "yasa" sözcüğünü geniş yorumlamak suretiyle, hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin kaynağı olan hukuksal düzenlemenin maddi niteliğini ön plana çıkararak denetimini sürdürmesi, İHAS ile uyumu artıracaktır⁷⁰.

⁶⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, “Hukuk Hakkı” Yok Edilebilir Mi?, *Birgün*, 16.10.2014.

⁷⁰ Sibel İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, Sibel İnceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 1. Bs., Avrupa Konseyi Yay., Ankara, 2013, s. 31.

3. BÖLÜM

6638 SAYILI KANUNUN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU ESASLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ⁷¹

GİRİŞ.....	52
I- POLİS VAZİFE VE SALAHİYET KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER	55
1.1. 6638 SAYILI KANUN MADDE 1 İLE PYSK’NIN 4/A MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK.....	55
1.2. 6638 SAYILI KANUN MADDE 2 İLE; PYSK MADDE 13’TE YAPILAN DEĞİŞİKLİK.....	67
1.3. 6638 SAYILI KANUN MADDE 3 İLE PYSK MADDE 15’TE YAPILAN DEĞİŞİKLİK.....	69
1.4. 6638 SAYILI KANUN MADDE 4 İLE PYSK MADDE 16/3-(B) BENDİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK İLE EKLENEN (D) BENDİ.....	70
1.5. 6638 SAYILI KANUN MADDE 5 İLE PYSK’NUN MADDE EK 7’DE YAPILAN TELEKOMÜNİKASYONUN DENETLENMESİ TEDBİRİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK	74
1.6. 6638 SAYILI KANUN MADDE 6 İLE 2803 SAYILI JANDARMA TEŞKİLAT, GÖREV VE YETKİLERİ KANUNUN EK 5. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK.....	74
II- 2911 SAYILI TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİ KANUNU..	76
2.1. 6638 SAYILI KANUN MADDE 7 İLE 2911 SAYILI KANUNUNUN 23. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK....	76

⁷¹ Bu bölüm, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından hazırlandı.

2.2.	6638 SAYILI KANUN MADDE 8 İLE 2911 SAYILI KANUNUNUN 33. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK....	77
III-	2911 KANUN VE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİNİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYENİN BAKANLAR KOMİTESİ TARAFINDAN “İZLENMESİ” HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME.....	79
IV-	TÜRKİYENİN AİHS’NİN 11. MADDESİ İLE İLGİLİ “İZLENME” SORUNU.....	82
V-	6638 SAYILI KANUN MADDE 10 İLE TERÖRLE MÜCADELE KANUNU MADDE 7 DEĞİŞİKLİKLERİ.....	89
VI-	4.12.2004 KABUL TARİHLİ VE 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER.....	91
6.1.	6638 SAYILI KANUN MADDE 13 İLE CMK’DA YAPILAN MADDE 91/3 DEĞİŞİKLİĞİ.....	91
6.2.	6638 SAYILI KANUN MADDE 14 İLE CMK 100. MADDEDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK VE EK BENTLER	95
VII-	10.6.1949 KABUL TARİHLİ 5442 SAYILI İL İDARESİ KANUNU’NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER.....	96
7.1.	6638 SAYILI KANUN MADDE 15 İLE İL İDARESİ KANUNU MADDE 11 DEĞİŞİKLİĞİ.....	96
7.2.	6638 SAYILI KANUN MADDE 15 İLE İL İDARESİ KANUNU MADDE 66 DEĞİŞİKLİĞİ	99
VIII-	CEZA HUKUKUN AMACI VE ASIL SORUN NEDİR?.....	100
IX-	SONUÇ YERİNE.....	104

Giriş

TBMM’de kanun değişiklikleri yapılırken içinde her konu ile ilgili kanun değişikliği bulunan yüzlerce maddelik kanunlar çıkarılmıştır. Özellikle “*Torba Kanun*” olarak anılan yöntemle çıkarılan kanunlar çok önemli bir sorundur. Sadece 2014 yılında “ceza adalet sistemi” ile ilgili olarak “torba kanun” yöntemiyle 6 ayrı kanun çıkarılmıştır.⁷²

Kamuoyundaki adı “*İç Güvenlik Kanunu*” olan kanun , kolluğa ve mülki amirlere “ceza muhakemesi hukuku” esaslarına aykırı olarak geniş yetkiler vermektedir. “*İç Güvenlik Kanunu*”, 1 Haziran 2005’de yürürlüğe giren CMK’nın “*savcı*” odaklı sistemini “*polis-vali*” odaklı sisteme dönüştürmüştür. TBMM Genel Kurulunda görüşüldüğü günlerde büyük tartışmalara neden olduğu halde kabul edilerek 4 Nisan 2015 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 27.3.2015 kabul tarihli, 6638 sayılı “*Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ciddi endişelere neden olacak nitelikte düzenlemeler içermektedir.

Kanun özü bakımından kolluğa ve mülki amire çok geniş yetkiler vermektedir. Buna karşın, kolluğun adli işlem ve eylemlerini denetleyen savcının yetkileri kısıtlanmakta, hatta bu yetkiler çoğu yerde kolluk amirine verilmek suretiyle el değiştirmektedir. Bu durum, yapılan işlemlerin hukuki denetiminin sağlanması yönünden çok büyük eksikliklere neden olmuştur. Kolluğun fiillerinden doğan ağır insan hakları ihlallerinde cezasızlık sorunu net bir şekilde ortadadır. Buna karşın, savcının birçok yetkisinin kolluk amirine devredilmesinin ve kolluğun keyfi hareket alanının genişletilmesinin çok vahim sonuçları olacaktır. Zaten adli kolluk ile idari kolluğun teşkilat olarak birbirinden ayrılmamasının yarattığı sorunlar sürekli yeni sorunlara neden olmaktadır. Bu Kanunla iki kolluk faaliyeti arasındaki ayırım iyice bulanıklaştırılmıştır ve var olan sorunlara yenilerinin eklenmesi kaçınılmazdır. Kolluğun keyfi hareket alanını genişleten ve birçok kanunda değişiklik yapan 6638 sayılı Kanun düzenlemeleri karşısında “bağımsız ve tarafsız soruşturma ilkesi”

⁷² 15.2.2014 tarih ve 6524 sayılı Kanun (RG 27.2.2014 mükerrer), 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun (RG 6.3.2014 mükerrer), 2.3.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun (RG 13.3.2014), 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun (RG 18.6.2014), 10.9.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun (RG 11.9.2014), 2.12.2014 tarih ve 6572 sayılı Kanun (RG 12.12.2014 mükerrer).

yönünden yarattığı tehditlerle birlikte düşünüldüğünde yargısal sorunların artacağı kuşkusuzdur.

Aniden ortaya çıkması nedeniyle veya belirli durumlara özgü olarak tasarlanmasından dolayı veya bütün boyutları ve sonuçları bakımından tartışılmaksızın aceleyle yapıldığı için “*Panik mevzuatı*” olarak adlandırılan 6638 sayılı Kanun değişiklikleri, “*hukuk devletinden kanun devletine*” yöneliş niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla toplumda “*adaletle olan inancın*” sarsılmasına neden olan bir kanun niteliğindedir.

Bu Rapor’un konusu 6638 sayılı Kanunla değiştirilen 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu değişiklikleridir.

Prof. Dr. Timur Demirbaş⁷³ ve Yrd. Doç. Dr. Gülşah Kurt⁷⁴ tarafından hazırlanan ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin⁷⁵ Kanunun taslak halinde iken oluşturduğu görüşlerden yararlanılarak hazırlanan bu Raporda 27.03.2015 kabul tarihli 6638 sayılı Kanunla getirilen hükümlerin ceza muhakemesi hukuku esasları yönünden genel bir değerlendirmesi yapılmıştır.

⁷³ İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. Demirbaş, Timur. İç Güvenlik Kanunu’nun Ceza Muhakemesi Hukuku Esasları Açısından Değerlendirilmesi. Güncel Hukuk. Sayı, Mayıs 2015/5-137. sy 30.

⁷⁴ Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. Sayın Kurt tarafından yapılan inceleme, 24.11.2014 tarihinde TBMM Başkanlığı’na sunulan Kanun Tasarısı metni esas alınarak hazırlanmıştır.

⁷⁵ Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısına İlişkin Görüş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 16.02.2015. İçişleri Komisyonu tarafından kabul edilen ve TBMM Genel Kurulu gündeminde bulunan metin esas alınarak hazırlanan “Polis Vazife ve Salahiyet Kanunun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısına” ilişkin olarak İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri Prof. Dr. Adem Sözüer, Doç. Dr. İbrahim Dülger, Y.Doç. Dr. Selman Dursun, Y. Doç. Dr. Serdar Talas, Y. Doç. Dr. Mehmet Maden, Y. Doç. Dr. Gottfried Plagemann, Y. Doç. Dr. Tuba Topçuoğlu tarafından hazırlanan ve Prof. Dr. Bahri Öztürk, Prof. Dr. İzzet Özgenç, Prof. Dr. Cumhur Şahin, Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Prof. Dr. Mahmut Koca ve Prof. Dr. Caner Yenidünya ile mutabık kalınarak hazırlanmıştır. Kamuoyuna açıklanmış olan görüşün gözden geçirilerek kısaltılmış hali Güncel Hukuk Dergisinin Mart 2015/ 3-135 sayısında Sayfa 36-39 arasında Prof. Dr. Adem Sözüer imzasıyla Polis Vazife ve Salahiyet Kanunun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı” başlığıyla yayımlanmıştır. Raporda, Tasarı ile ilgili ileri sürülen görüşlere yer verilmiş ve tasarının kanunlaşması ile ilgili açıklamalar bölümlerinde yapılmıştır.

I- POLİS VAZİFE VE SALAHİYET KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

6638 sayılı Kanunla 4.7.1934 Kabul tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 4/A, 13., 15. 16. Ek 7 inci maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

1.1. 6638 SAYILI KANUN MADDE 1 İLE

PVSK’NIN 4/A MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

6638 sayılı Kanun MADDE 1- 4/7/1934 tarihli ve **2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 4/A maddesinin altıncı fıkrasının ikinci cümlesinde** yer alan “Ancak bu” ibaresi “Bu” şeklinde değiştirilmiş ve aynı fıkraya aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

“Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir. Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir.”

PVSK Madde 4/A maddesinin 6 ncı fıkrasının birinci cümlesindeki “Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında **silah** veya **tehlike oluşturan bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde (...)**” şeklinde söz konusu olan “**arama**” yetkisini 6638 sayılı Kanunla 4/A maddesinde yapılan bu değişiklikle **genişletilmektedir**. Düzenlemenin değişiklikten önceki halinde; “Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerin açılması istenemez” denilerek arama, elle sıvazlama / yoklama olarak tabir edilen **üst araması** ve aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünen bölümleri ile sınırlandırılmıştı.

Öncelikle PVSK Madde 4/A’da 6638 sayılı Kanun değişikliğinden önceki hükmün - *durdurma ve kimlik sorma*- yani yürürlükte bulunan haliyle dahi Anayasaya aykırı olduğunu belirtmek gerekir. Anayasaya aykırılık hali aslında birbirine bağlı gibi görünen ancak birbirinden bağımsız olan hem “durdurma”, hem de “arama” tedbiri açısından geçerlidir⁷⁶.

⁷⁶ “Durdurma”, esasında özgürlüğü kısıtlayan bir etkiye sahip olduğu için AY madde 19’da belirtilen sınırlama sebeplerine tabii olması gerekir. PVSK’da bu yetkinin kullanılması aslında önleme amaçlıdır ve 19. Maddede kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasına olanak veren sebepler arasında

“Durdurma yetkisi” bireyi devlet ile yüzyüze getiren bir yetki olduğundan, polisin bu yetkisini kullanmadan önce durup düşünmesi gerekir. Yerinde kullanılmadığı takdirde, bireylerin devlete karşı kin ve nefret duymasına neden olabilir. Bu nedenle, polisin durdurduğu kişiye karşı duyarlı ve nazik davranması ve ilk önce durdurma sebebini bildirmesi gerekir (PVSK m.4A/3)⁷⁷.

PVSK m.4/A/6’da yer alan mevcut hükme göre, “**...kişinin üzerindeki elbisesinin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görülmeyen bölümlerinin açılması istenemez**” şeklindeki düzenleme bakımından durdurma tedbirinin uygulanmasında kişinin üstünün ve aracının aranması mümkün olmadığı halde, 6638 sayılı Kanunla maddede getirilen yeni düzenleme ile **bu sınırlama** kaldırılmıştır. Dolayısıyla, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstünün, eşyasının ve aracının aranması için kolluk amirinin izninin gerektiği şeklindeki düzenlemeden, artık el ile dıştan kontrol, izne tabi olmaksızın yapılabilecektir.

CMK m.119’da, kolluk amirinin “*arama*” ile ilgili emir verebilme yetkisi, “*ancak gecikmesinde sakınca bulunan ve C.Savcısına ulaşılamayan hallerle sınırlı*” iken, getirilmek istenen bu düzenleme ile kolluk amiri, CMK’daki sınırlamaya tabi olmaksızın doğrudan ve acele hallerde sözlü olarak dahi arama konusunda emir verebilme yetkisine sahip olacaktır. Bu durum, her ne kadar “*önleyici arama gibi*” gözükse de, CMK’nın “savcının adli soruşturmanın mutlak hâkimi olarak kabul edilmesi esasına” aykırıdır.

“İç Güvenlik Yasası” ile PVSK Madde 4/A’ya eklene Madde 1 değişikliği ile “**kolluk amirlerinin yazılı izni / acele hallerde sözlü izni**” ile kişinin üstü ve eşyası ile aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin de aranmasına imkân tanınmış olmaktadır ve bu emrin 24 saat içinde hâkim onayına sunulması zorunluluğu getirilmiştir.

Arama; özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil eden bir tedbirdir. Bu nedenle Anayasa madde 20/2’de hem adli hem de önleme araması için katı kurallar getirilmiştir. Değişiklik öncesi düzenlemeye göre adli arama kararı verme yetkisi hâkime, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısına, Savcıya ulaşılamayan hallerde – kamuya kapalı alanlar hariç- kolluk amiri tarafından verilebilmekteydi. Önleme araması için ise kural; hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde

suç işlenmesinin önlenmesi veya genel olarak “kamu düzeni” gibi bir hale yer verilmemiştir. Bu açıdan Anayasanın 19. Maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

⁷⁷ **Kunter** Nurullah-**Yenisey** Feridun-Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.bası, İstanbul 2010, no.47.4, s.761 vd.

de kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri ile yapılan aramadır. Kanun'un 1. maddesi ile getirilen değişiklik yani değiştirilen "arama", aslında niteliği itibariyle bir önleme aramasıdır. Yeni getirilen düzenleme ile İçişleri Bakanlığı tarafından görevlendirilecek kolluk amirinin yazılı, acele hallerde de sözlü emri ile aramaya imkân verilmektedir. Yani "hâkim kararı"nın yerine "kolluk amirinin yazılı emri"; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yazılı emrin yerine "sözlü emir" konulmuştur.

Burada "**gecikmesinde sakınca bulunan hal**", sözlü emir ile aramanın kolaylaştırılması ve hukuki bir içerikten arındırılması amacıyla "**acele hal**" biçimine dönüştürülmüş olmasının bir kelime oyunu olduğuna ve kanun değişikliğinin asıl saklı amaca hizmet ettiğine dikkat çekilmelidir. Kanunun 1. maddesi ile yapılan bu değişiklik sonucu ortaya çıkan düzenleme hem kolluk amirinin yazılı emri ve hem de sözlü emri ile aramayı mümkün kılmaktadır ve bu haliyle 1. Madde Anayasaya aykırıdır.

Çünkü kanunlar yapılırken gözetilmesi gereken temel ilke; kanunların insan hak ve özgürlüklerine aykırı olmamalarıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun aşağıda özetini aktardığımız ve konumuzla doğrudan ilgili olan 27.11.2014 tarihli kararında değinildiği gibi Anayasanın "Cumhuriyetin nitelikleri" başlıklı 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti Anayasanın başlangıç bölümünde belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" (AY: Madde 12). Anayasanın 13. maddesine göre; "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

Anayasanın 20 inci maddesinde yer alan "Özel Hayatın Gizliliği", ile aynı hakkın düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özel hayatın ve aile hayatının korunması" başlıklı 8. maddesinde yer alan hak, yine Anayasanın "Konut dokunulmazlığı" başlıklı 21. maddesinde düzenlenen haklar kişinin başta gelen temel hak ve özgürlükleridir. Öte yandan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin "Mahremiyet hakkı" başlıklı 17. maddesinde, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 12. maddesinde ise; "Hiç kimse özel hayatı, ailesi meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara şeref ve şöhretine karşı

tecavüzlere maruz kalmaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır" hükümleri yer almaktadır. Bütün bu temel hak ve özgürlüklerin teminatı sayılan Anayasa madde 90 ise Türkiye'nin AİHS bakımından temel hak ve özgürlüklerin korunmasında gösterdiği yaklaşımdır. Bu düzenlemeler aslında "kanunların" nasıl yapılması gerektiği hakkında yol gösterici özelliklere sahiptir.

"Bu düzenlemeler ile herkesin özel - aile hayatı, konutu ve haberleşmesi koruma altına alınarak, bu haklara getirilecek sınırlamaların sebep ve ölçülerinin de kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Ceza muhakemesi, Anayasa ve sözleşmelerle koruma altına alınan yukarıda yer verilen hak ve hürriyetlere müdahaleyi haklı kılan bir amaç olarak kabul edilmektedir. Ancak ceza muhakemesinde maddi gerçek araştırılırken Anayasa ve Sözleşmedeki ilkeler ışığında öngörülmüş hukuk kurallarına uygun davranılacak, kanunla yapılacak sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturulmayacaktır".⁷⁸

Kısacası temel kanunlar nitelik olarak insan temel hak ve özgürlüklerine aykırı olmayacaktır ve kanunla yapılacak "sınırlamalar" Anayasaya, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırılık oluşturmayacaktır.

Görüşlerimizi destekleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına değinmekte yarar vardır. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.11.2014 tarih 2014/8-166 Esas, 2014/ 514 Karar sayılı ilamında**⁷⁹ "*Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri uyarınca sanığın evinde yapılan adli aramanın hukuka uygun olup olmadığı*" tartışılmıştır. Bu tartışma yapılırken koruma tedbiri olarak kabul edilen "**arama**" nedir, neden "hâkim kararı" aranması şarttır gibi birçok soru yanıtlanmış ve acaba **gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramından** ne anlaşılması gerektiği, yazılı emir hangi hallerde verilebilir gibi bir çok soru bu kararda tartışılmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.11.2014 tarihli kararı, PVSK Madde 4/A değişikliğinin neden ceza hukuku ilkelerine, Anayasaya, uluslararası Sözleşmelere ve hukuk devletine neden aykırı olduğunun anlaşılmasını sağlamaktadır. YCGK kısaca göz atalım;

"Esas itibarıyla soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usul kurallarına uygun olmalıdır. Bu bakımdan, somut olaydaki aramanın hukuka uygun olup olmadığı hususu, işlemin

⁷⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.11.2014 tarih 2014/8-166 Esas, 2014/ 514 Karar sayılı kararı.

⁷⁹ Yayınlanmamış karar.

gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümler gözetilmek suretiyle belirlenmelidir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" başlıklı 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir",

"Temel hak ve hürriyetlerin niteliği" başlıklı 12. maddesinde; "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir",

"Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesinde; "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz",

"Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddesinde; "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

"Konut dokunulmazlığı" başlıklı 21. maddesinde de; "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar", "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin 6. fıkrasında ise; "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez", hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesine 07.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere*

ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" cümlesi eklendiğinden, **aramaya ilişkin olup** ülkemiz yönünden de geçerliliği bulunan uluslararası sözleşmelerin de gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özel hayatın ve aile hayatının korunması" başlıklı 8. maddesinde;

"1. Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir.

2. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak milli güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilir",

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin "Mahremiyet hakkı" başlıklı 17. maddesinde;

"1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfî veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.

2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir",

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 12. maddesinde ise; "Hiç kimse özel hayatı, ailesi meskeni veya yazışması hususlarında keyfî karışmalara şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır" hükümleri yer almaktadır.

Bu düzenlemeler ile herkesin özel - aile hayatı, konutu ve haberleşmesi koruma altına alınarak, bu haklara getirilecek sınırlamaların sebep ve ölçülerinin de kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Ceza muhakemesi, Anayasa ve sözleşmelerle koruma altına alınan yukarıda yer verilen hak ve hürriyetlere müdahaleyi haklı kılan bir amaç olarak kabul edilmektedir. Ancak ceza muhakemesinde maddi gerçek araştırılırken Anayasa ve Sözleşmedeki ilkeler ışığında öngörölmüş hukuk kurallarına uygun davranılacak, kanunla yapılacak sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçölölük ilkesine aykırılık oluşturulmayacaktır.

Bu genel açıklamalardan sonra uyuşmazlık konusu muhakeme işlemi olan **arama kavramı üzerinde durulması ve adli aramaya ilişkin hükümlerin gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.**

Gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkarılması için yürütölen bir faaliyet olan arama, Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğünde, "**arama işi, taharri**" ve "**sanığın yakalanması ve suç belgelerinin elde edilmesi için bir kimsenin evinde, işyerinde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırma işlemi**" şeklinde tanımlanmıştır. (*Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2009, s.113*)

Hukukumuzda da arama genel olarak; suç delillerinin elde edilmesi, suçların işlenmesinin önüne geçilmesi, şüpheli, sanık ya da hükümlünün yakalanması amacıyla belirli yerlerde, şüpheli, sanık ya da üçüncü kişinin konutunda, işyerinde, ona ait diğör yerlerde, eşyasında ya da üzerinde yapılan araştırma işlemi olarak tanımlanmaktadır.

Amacına göre ise; suçların önlenmesine yönelik yapılan ve suç şüphesi altında olmayan kişilerle ilgili olan önleme araması, ceza muhakemesinin gayesine erişilmesi maksadıyla suç delillerinin elde edilmesi ya da suçlunun tespitine yönelik olarak suç işlediğinden şüphelenilen kişinin ya da üçüncü bir kişinin planlı bir şekilde aranması olan adli arama olmak üzere iki farklı kategoride mütalaa edilmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Birinci Kitap, "**Koruma Tedbirleri**" başlıklı Dördüncü Kısımda, "**Arama ve elkoyma**" başlıklı Dördüncü Bölümde **düzenlenen "Şüpheli veya sanıkla ilgili arama"** başlıklı 116. maddesi arama işleminin yapıldığı tarihte; "**Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir**",

"**Arama kararı**" başlıklı 119. maddesi ise; "(1) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.

(2) Arama karar veya emrinde;

a) Aramanın nedenini oluşturan fiil,

b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,

c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,

d) Açıkça gösterilir.

(3) Arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır.

(4) Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.

(5) Askeri mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilir" hükümlerini içermektedir.

Aynı kanunun **138. maddesinde** de; arama sırasında yapılmakta olan soruşturma ya da kovuşturma ile ilgisi olmayan ancak bir diğer suçun işlendiği şüphesi uyandırabilecek bir delil elde edilirse, tesadüfen elde edilen bu delilin koruma altına alınarak durumun derhal Cumhuriyet savcılığına bildirileceği hüküm altına alınmıştır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde adli arama; "*bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin, özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, etrafı çevrili diğer mahallerinde, üzerinde, özel kağıtlarında, eşyasında, aracında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlara*

göre yapılan araştırma işlemidir" şeklinde tanımlanmış, **"Adli aramalara karar ve emir verme yetkisi"** başlıklı 7. maddesinde ise; "Adli aramaya karar vermek yetkisi hâkimindir. Kolluk, arama kararı alınması için makul şüphe sebeplerini belirten ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet savcısına başvurur.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri veya bu emrin alınamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve aracı aranamaz, konutuna girilemez ve buradaki eşyaya el konulamaz.

Cumhuriyet başsavcılıklarınca, arama ile ilgili kararları vermek üzere, yirmidört saat süreyle bir nöbetçi Cumhuriyet savcısı görevlendirilir.

Yetkili merciin yazılı emri yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur.

Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar" **hükmüne yer verilmiştir.**

Ceza muhakemesinde suç ve suçlunun belirlenmesi ve delillerin toplanmasına yönelik olarak başvurulacak bir koruma tedbiri olan adli arama kuralı olarak hâkim kararıyla mümkündür. Cumhuriyet savcılarını ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli **kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup**, bu yetkinin doğması için bir **ön şart olarak, gecikmesinde sakınca bulunan halin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.**

Görüldüğü gibi, temel hak ve özgürlükleri ihlal etme keyfiyeti nedeniyle **adli aramaya** karar verme yetkisi esasen hâkime ait olup, bu durum **hukuk devleti olmanın bir gereğidir.** Hâkim arama işleminin hem kanuna hem de amacına uygunluğunu gözeterek karar verecektir. Bununla birlikte istisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakim kararı olmaksızın Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerinin arama yapabilecekleri, fakat konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda aramanın, **hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği kabul edilmiştir.**

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hal adli aramalar bakımından; *"derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması halini"*, **önleme aramaları** bakımından ise; *"derhal işlem yapılmadığı takdirde, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması halini ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır.

Gecikmede sakınca bulunmasından, delillerin karartılması endişesi, şüpheli ya da sanığın kaçma tehlikesi veya aramanın amaçları açısından bir zarar doğması riskinin bulunması nedeniyle, hâkime gidilmekle

meydana gelebilecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi ya da imkânsız hale getirmesi anlaşılmalıdır. Başka bir ifadeyle, bu halde hakimden karar alınmasının beklenemeyeceği acele bir durum söz konusu olmalıdır.

Bu konuda öğretiler; **"Gecikmesinde sakınca bulunmayan bir halde Cumhuriyet savcısının emriyle arama yapılması hukuka aykırıdır"** (Nur Centel - Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.390); **"Arama kural olarak hakim kararıyla yapılabilir... Ancak kanunumuz kademeli olarak başka mercilere de bu yetkiyi vermiştir. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının yazılı emri ile de yapılabilir"** (Yener Ünver - Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.385); **"Gecikmesinde sakıncalı durum, derhal işlem yapılmadığı takdirde, suçun delillerinin ortadan kaybolması olasılığının ortaya çıkması halini ifade etmektedir"** (Osman Yaşar, Ceza Muhakemesi Kanunu, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.908); **"Hâkimden karar almadan evde adli arama ve elkoyma yapılamaz. Hakimden karar almaya vakit yoksa Cumhuriyet savcısının yazılı emri istenir"** (Nurullah Kunter - Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.1002); **"Gecikmede tehlike umulan hallerde savcı ve kolluğa arama yapabilme yetkisi tanıyan hüküm, her ne kadar belli bir ihtiyacı karşılarsa da son derece dikkatli ve titiz kullanılmalıdır. Aksi halde yasanın getirdiği bu düzenleme hukuk devleti ilkesini ihlal edebilir. Zira arama bir yargı kararından önce temel hak ve hürriyetleri askıya alan bir koruma tedbiridir. Gecikmede sakınca terimi son derece geniş ve müphem ifadesiyle her zaman kötüye kullanmaya elverişlidir. Esasen her arama için gecikmede tehlike olduğu söylenebilir. Bu bakımdan hâkimlere bu tür kararların denetlenmesi bakımından büyük iş düşmektedir"** (Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 74-75) şeklinde görüşler ileri sürülmüştür.

Görüldüğü üzere, arama işlemi derhal yapılmadığında sonradan yapılması imkânsız veya anlamsız hale gelecekse ya da işlemle hedeflenen amaçlara ulaşılması fazlasıyla zorlaşacaksa **gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı kabul edilmelidir**. Şüphelinin saklandığı yerin belli olmasına karşın kısa süre içinde oradan ayrılacağına ilişkin ek bilgi edinilmesi ya da delil araştırması yapılacak yerde delillerin yok edilmeye başlanacağına ilişkin duyum alınması gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama emri hukuka uygun iken, aksi halde, yani gecikmesinde sakınca bulunan halin söz konusu olmadığı durumlarda ise Cumhuriyet savcısının arama emri vermesine ilişkin şartlar oluşmadığından, **arama emri hukuka aykırı olacağı gibi arama sonucunda elde edilen delil ya da deliller de hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil olacaktır**. Bu şekildeki arama işleminden sonra ele geçen ve ispat aracı olarak yararlı görülen değerlere ilişkin elkoyma işleminin sulh ceza hâkimi tarafından onaylanması da arama işlemi geriye dönük olarak hukuka uygun hale getirmeyecektir.”⁸⁰

⁸⁰ Kazaker, Gözde, Arş. Gör. Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fak. Karar İncelemesi -2 Adli Arama, Ceza Hukuku Dergisi Yıl.10, Sayı 27-Nisan 2015, sy.145 ve devamı

Temel hak ve özgürlükler ile doğrudan ilgili olan Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre “arama” **YCGK kararında; gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkarılması için yürütülen bir faaliyet olarak; "sanığın yakalanması ve suç belgelerinin elde edilmesi için bir kimsenin evinde, işyerinde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırma işlemi"** şeklinde tanımlanmıştır (*Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2009, s.113*)

Hukukumuzda da arama genel olarak; suç delillerinin elde edilmesi, suçların işlenmesinin önüne geçilmesi, şüpheli, sanık ya da hükümlünün yakalanması amacıyla belirli yerlerde, şüpheli, sanık ya da üçüncü kişinin konutunda, işyerinde, ona ait diğer yerlerde, eşyasında ya da üzerinde yapılan araştırma işlemi olarak tanımlanmaktadır. Amacına göre ise; suçların önlenmesine yönelik yapılan ve suç şüphesi altında olmayan kişilerle ilgili olan önleme araması, ceza muhakemesinin gayesine erişilmesi maksadıyla suç delillerinin elde edilmesi ya da suçlunun tespitine yönelik olarak suç işlediğinden şüphelenilen kişinin ya da üçüncü bir kişinin planlı bir şekilde aranması olan adli arama olmak üzere iki farklı kategoride mütalaa edilmektedir.⁸¹

Ceza muhakemesinde adli arama kural olarak hâkim kararıyla mümkündür. Cumhuriyet savcıları ile onun yardımcısı olan kolluğun arama emri yetkisi istisnaidir. Bu yetkinin doğması için bir **ön şart olarak, gecikmesinde sakınca bulunan halin gerçekleşmesi gerekir.** Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi **söz konusu olmalıdır.**

Yargıtay Ceza Genel Kurul kararında da altı çizilerek ifade edildiği gibi, temel hak ve özgürlükleri ihlal etme keyfiyeti nedeniyle **adli aramaya** karar verme yetkisi esasen hâkime ait olup, bu durum **hukuk devleti olmanın bir gereğidir.** Hâkim arama işleminin hem kanuna hem de amacına uygunluğunu gözeterek karar verecektir. Bununla birlikte istisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakim kararı olmaksızın Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerinin arama yapabilecekleri, fakat konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda aramanın, **hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği kabul edilmiştir.**

⁸¹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Arama ve elkoyma" başlıklı Dördüncü Bölümde düzenlenen "**Şüpheli veya sanıkla ilgili arama**" başlıklı 116. maddesine göre arama işleminin yapıldığı tarihte; "**Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir**" olarak tanımlanmıştır.

"**Arama kararı**" başlıklı 119. maddesi ise; "(1) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir. (2) Arama karar veya emrinde; Aramanın nedenini oluşturan fiil, Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, / a) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, b) Açıkça gösterilir. (3) Arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır. (4) Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. (5) Askeri mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilir" hükümlerini içermektedir.⁸¹

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hal adli aramalar ve önleme aramaları bakımından YCGK açıkça anlatılmıştır.

Gecikmede sakınca bulunmasından, delillerin karartılması endişesi, şüpheli ya da sanığın kaçma tehlikesi veya aramanın amaçları açısından bir zarar doğması riskinin bulunması nedeniyle, hâkime gidilmekle meydana gelebilecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi ya da imkânsız hale getirmesi anlaşılmalıdır. Başka bir ifadeyle, bu halde hakimden karar alınmasının beklenemeyeceği acele bir durum söz konusu olmalıdır.

Bu konuda öğretide; yer alan görüşlere yer veren anılan YCGK'na göre; arama işlemi derhal yapılmadığında sonradan yapılması imkânsız veya anlamsız hale gelecekse ya da işlemle hedeflenen amaçlara ulaşılması fazlasıyla zorlaşacaksa **gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı kabul edilmelidir.**

Yargıtay Ceza Genel Kurul kararında da ifade edilen ceza hukuku ilkeleri bakımından öncelikle 6638 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile adli arama kararı verecek makamlarla, önleme araması kararı verecek makamların, savcı dışında aynı hale getirildiği görülmektedir. Ortada bir suç şüphesi dahi bulunmayan “*önleme araması*” bakımından hâkim kararının öngörülmemesi ve Savcıyı da aradan çıkarmak suretiyle kolluk amirine yetki verilmesi, **AY m. 13 uyarınca temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında esas olan ölçülülük ilkesine aykırıdır.**

Ayrıca, kolluk amiri tarafından sözlü olarak verilen “**arama**” izninin denetiminin çok zor olduğu da belirtilmelidir. Sözlü emrin daha sonradan yazıyla teyit edilmesi ise bir güvence olmaktan fazlasıyla uzaktır. Hâkim kararı, burada, daha ziyade yasadışı bir aramaya yasal bir kılıf bulunması anlamına gelmektedir. Çünkü artık sona ermiş bir önleme araması işlemine hâkim onayının öngörülmesi kolluğun keyfi aramalarındaki hukuka aykırılığı örtmek dışında bir amaca hizmet etmeyecektir⁸².

Ayrıca; “kolluk amirinin kararı 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur” şeklindeki düzenleme başka birçok açıdan daha sorun yaratacak niteliktedir. Öncelikle kolluk amiri tarafından verilen sözlü emir bakımından 24 saatlik sürenin ne zaman başlayacağını belirlemek oldukça zordur. Bunun yanında, sözlü emrin ne şekilde onaylanacağı da belirsizdir. Bu düzenleme, polisin keyfi davranışını fazlasıyla artıracaktır.

Son olarak; PYSK madde 4/A'da aramanın koşullarında yapılan değişikliğin yanı sıra, Yasada PYSK madde 9'u değiştiren bir hüküm de bulunmadığı dikkate alınırsa, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinin ardından, önleme araması için **mahallin**

⁸² Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısına İlişkin Görüş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 16.02.2015 (Bundan böyle “İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü” olarak anılacaktır).

en büyük mülki amirinin yazılı emri koşulunu düzenleyen PYSK madde 9 ile bu hüküm arasında büyük bir çelişki ortaya çıkmıştır. Hatta yeni getirilen bu düzenleme **önleme aramasını düzenleyen PYSK madde 9’u adeta işlevsiz hale getirmiş olmaktadır.**⁸³

Madde gerekçesinde, bu şekildeki bir düzenlemenin amacı şöyle açıklanmaktadır: *“bulundurulması ve taşınması yasak olan suç aletlerini taşıdığından şüphelenilen kişinin üstü, eşyası ve aracının dışarıdan bakıldığında görünmeyen yerlerinin aranabilmesi için hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri alınmaya çalışıldığında, aranmak istenen kişi daha uzun süre bekletilerek mağdur edilmekte, arama kararı verilmediği hallerde ise suç örgütleri tarafından uyuşturucu, silah ve bombaların taşınmasına engel olunamamakta ve suç işlenmeden önce gerekli önlemlerin alınamaması durumu ile karşı karşıya kalınmaktadır.*

*Bu çerçevede, konuyla ilgili **hukuksal boşluğun giderilmesi** ve suç işlenmeden önce suç malzemelerine el konularak kamu düzeninin sağlanması bakımından, durdurulan kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması için ... imkan sağlanmaktadır. **Böylece kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığına ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel tehlikelerin önlenmesi amaçlanmıştır.***

Gerekçede sözü edilen **“hukuksal boşluk”**, uygulamada gerçek karşılığı olmayan bir tespittir ve kanaatimizce daha ziyade bir “rahatsızlığı” ifade etmektedir. Bu rahatsızlığı, idari kolluğun, **“önleme” yetkisinin** niteliği gereği karşılaştığı sınırlamaların yarattığı sıkıntı olarak yorumlamak mümkündür. Nitekim Kanunun genelinde, idari kolluğun, suç işlenmesini önleme amacıyla hareket ederken, adli kolluğunkine adeta eşdeğer hatta yer yer daha geniş yetkiler ile donatılmak istendiği izlenimi açık bir şekilde ortaya konulmaktadır.

Bu maddenin gerekçesinden çıkarılabilecek bir başka sonuç ise; bir takım yetkilerin Savcıda toplanmasından duyulan çekincedir. Savcıya ulaşılmasındaki zorluklardan bahsedilirken, Savcının sistemdeki yeri adeta **bir “engel” olarak** ortaya konulmaktadır. Bu sorunun çözümü için Savcı ile kolluk arasındaki ilişkiyi güçlendirecek ya da Savcıyı harekete geçirecek düzenlemeler yapılması yerine, onun yetkisini kolluk amirine vermek son derece yanlış bir yaklaşımdır. Savcının kolluğun

⁸³ İ.Ü Hukuk Fakültesi Görüşü.

işlemleri üzerindeki denetimi, bu işlemlerin hukuka uygun cereyan etmesini sağlama amacını taşır. Bu aslında bir nevi yargısal denetimdir. Savcıyı aradan çıkarmak, bu işlemlerdeki hukuka aykırılıkları artıracaktır.

Bir başka sorun ve tartışılması gereken olgu ise Anayasada arama tedbiri için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hâkim kararının istisnası olarak “kanunla yetkili kılınan merciin yazılı” emri öngörülürken, “kolluk amiri” tarafından verilen yazılı emrin bu koşulu yerine getiremiyor oluşudur. Bunun nedeni, Yasada kolluk amirinin belirlenme biçimidir. Yasada kolluk amiri doğrudan gösterilmeyip, “İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenen esaslar dairesinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amiri” denilmektedir. Bu düzenleme biçimi kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri koşulunu yerine getirecek nitelikte değildir.⁸⁴

1.2. 6638 SAYILI KANUN MADDE 2 İLE; PVSK MADDE 13’TE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

2559 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiş ve aynı fıkra da yer alan “Yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.” ibaresi “eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.” şeklinde değiştirilmiştir.

“H) Başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri,”

Bu madde değişikliği ile net olmayan muğlak ibareler kullanılmak suretiyle polisin “yakalama yetkisi” suiistimale elverişli şekilde genişletilmiştir.

Aynı maddede değiştirilen başka ifadeler de bulunmaktadır: PVSK madde 13’ün birinci fıkrası değiştirilerek; “Polis (...) yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar” ibaresi yerine; “*eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar*” şeklindeki cümle getirilmektedir. Aslında buradaki “uzaklaştırma” da polise doğrudan bir müdahale yetkisi vermektedir. Örneğin bir gösteri yürüyüşünde gösterilerde polis belirli bir kişiyi gruptan çıkarabilecektir. Ayrıca “uzaklaştırma”nın neyi ifade ettiği ve polisin gruptan çıkarılan kişiyi nereye götürdüğünde uzaklaştırmanın gerçekleşmiş olacağı belirli değildir. Diğer bir ifadeyle, aslında “uzaklaştırma” polisin uygulayabileceği yeni bir kolluk tedbiridir ve sınırları son derece belirsizdir. Madde gerekçesinde olay yerinden uzaklaştırmanın yanı sıra, Anayasa’nın seyahat özgürlüğünü düzenleyen 23.

⁸⁴ İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü.

maddesine atıfla suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla bu özgürlüğün sınırlanabileceğinden söz edilmekte, yangın sırasında itfaiye görevlilerine engel olan veya polisin aldığı tedbirlere uymayan kişilere de bu tedbirin uygulanabileceği belirtilmektedir. Burada, açıkça “uzaklaştırma” tedbirinin Anayasal dayanağı yanlış bir şekilde tespit edilmektedir. Söz konusu olan “kişinin bir yerden başka bir yere gidebilme, bulunduğu yerden ayrılma iradesi”ne müdahaledir. Yani Anayasanın 19. Maddesinde güvence altına alınan “kişi hürriyeti ve güvenliği”ne bir getirilen bir kısıtlama vardır. Kişinin polis tarafından bulunduğu yerden uzaklaştırılması ile, Anayasa madde 19 içinde değerlendirilen “dilediğince hareket edebilme serbestisi” sınırlanmış olmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre bu kavram “...*kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan kurumlaşmamış özgürlükler alanını kapsamaktadır*” (AYM. 26.11.1986 tarih ve E. 1985/8, K. 1986/27). Bu nedenle “uzaklaştırma” tedbirinin kişi özgürlüğüne müdahale teşkil ettiği açıktır. Bunun sonucunda uzaklaştırmanın da Anayasa madde 19’da yer alan sınırlama sebeplerine dayanması zorunludur. Bu tedbirin dayanağı Anayasa madde 23’te öngörülen seyahat özgürlüğü olsa idi, “uzaklaştırma” tedbiri, 23. maddedeki sınırlama sebepleri arasında yer alan “suç işlenmesinin önlenmesi” haline dayandırılabilirdi. Oysa 19. maddede “kamu düzeni”, “suç işlenmesinin önlenmesi” gibi çok genel nitelikteki sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, önleme amaçlı “uzaklaştırma” tedbirinin Anayasa madde 19’da öngörülen sınırlama sebeplerinin herhangi biri ile örtüşmesi söz konusu değildir. Gerekçedeki bu yanlış yönlendirmenin amacının, bu engeli dolanmak olabileceğinden şüphe etmek zor değil.

Polisin yakalama yapabileceği haller arasına PVSK Madde 13’e **(H) bendi olarak**; “*Kendisinin veya başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenler*” bir grup olarak eklenmiştir. Bunun nasıl bir kategori olduğu üzerinde düşünülmesi gerekir. Çünkü bu noktaya kadar polisin müdahale edebileceği kişiler arasında zaten suç işleyen kişilerin dahil olduğu değişik gruplandırmalar yapılmıştır. Diğer bir ifadeyle, böyle bir grubu ayrıca belirtmeye ihtiyaç yoktur. Örneğin aynı maddenin A bendinde “*Suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri*” yakalama yetkisi zaten düzenlenmiştir. Eklenmesi öngörülen “*kişinin başkalarının can güvenliğini tehlikeye sokma*”, kişilerin beden bütünlüğünü ya da yaşamını tehlikeye sokan ya da bunlara zarar veren bir takım suçların işlenmesi ya da bunlara teşebbüs edilmesi halinde söz konusu olacaktır. Bu

nedenle, aslında eklenmek istenen (H) bendi, mevcut düzenlemede bulunan (A) bendine dâhil edilmiş durumdadır. Böyle bir *kategorinin* ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç yoktur.

Ayrıca mevcut düzenlemedeki haller; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının sınırlanması bakımından AİHS madde 5 ve Anayasa madde 19’da sayılan koşullar ile örtüşmektedir. Buna karşılık (H) bendi altında eklenen kategori buradaki koşullar arasında yer almamaktadır. Diğer bir ifadeyle, “*Kendisinin veya başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenler*” şeklindeki grup, yalnızca PVSK’da yaratılmış ve başka hiçbir yerde bulamayacağımız bir kategoridir. Üstelik bu kategoriye kimlerin dâhil olacağı son derece belirsiz olup, bu koşulun bulunup bulunmadığını değerlendirecek olan da kendi özneliği içerisinde “kolluk” görevlisi olacaktır. “*Bu durumda herhangi bir suç oluşturmaya bile polis, bir fiil veya davranışı başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürmek olarak nitelendirebilecek ve yakalama işlemi tatbik edebilecektir*”⁸⁵.

“Kendisinin veya başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenler” şeklinde bir kategori yaratılması, esasında son derece keyfi bir biçimde yorumlanmaya elverişli “diğerlerine zararlı bir grup” / “düşman” / “öteki” kategorisi yaratılması anlamına geldiği ve böyle bir yaklaşımın çok ciddi sakıncaları olabileceği belirtilmelidir.

1.3. 6638 SAYILI KANUN MADDE 3 İLE **PVSK MADDE 15’TE YAPILAN DEĞİŞİKLİK**

6638 sayılı Kanun MADDE 3- 2559 sayılı Kanunun 15 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Polis; müşteki, mağdur veya tanık ifadelerini, talepleri hâlinde ikamet ettikleri yerlerde veya işyerlerinde de alabilir. Bu fıkranın kapsamı ile uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığınca belirlenir.”

CMK m. 161 gereğince, soruşturma evresinin sorumlusu savcı olduğuna göre, bu hüküm CMK ‘ya aykırıdır. Kaldı ki, mağdur sıfatıyla olsa dahi bir kişinin ifadesinin alınması için evine veya işyerine kolluğun gelmesi, komşular nezdinde o kişi üzerinde olumsuz etki yapar.

Ayrıca, önemli bir delil olan tanık ifadesi, üçüncü kişilerin muhakeme konusu olayla ilgili olarak beş duyuları vasıtasıyla sahip oldukları bilgileri, C.savcısı, hakim veya mahkemeye anlatmaları demek olduğundan(CMK m.43/5), tanık ifadesini alma

⁸⁵ İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü

yetkisinin kolluğa verilmesi CMK'ya aykırıdır⁸⁶. Her ne kadar PVSİ m.15/1'de, "Polis; yaptığı tahkikat esnasında ifadelerine müracaat lazım gelen kimseleri çağırır ve kendilerine lüzumu olan şeyleri sorar" denilmekte ise de, bunu "bilgi alma" şeklinde anlamak gerekir.

1.4. 6638 SAYILI KANUN MADDE 4 İLE PVSİ MADDE 16/3-(B) BENDİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK İLE EKLENEN (D) BENDİ

6638 sayılı Kanun MADDE 4- 2559 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendine "basınçlı" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve/veya boyalı" ibaresi ve aynı maddenin yedinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

"d) Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde,"

Polisin zor ve silah kullanma yetkisini düzenleyen maddede yapılan değişiklik en önemli değişikliklerden birisidir.

Bu düzenleme; "maddi güç" ile kastedilenin ne olduğunun anlatıldığı (b) bendine (md.16/b); "ve/veya boyalı" ifadesinin madde metnine eklenmesini içeriyor. Bununla toplumsal olaylara müdahale araçlarının bir süredir devam ettirdiği "boyalı" su uygulamasına kanuni kılıf hazırlanmak istendiği açıktır. Böylece (basınçlı) ve/veya boyalı su maddi güç kapsamında düzenlenmiş olacaktır. Bu noktada, bugüne kadar yasal dayanağı olmayan bu müdahale biçimine başvurulması nedeniyle kolluk görevlileri açısından idari veya cezai bir sorumluluğun doğmuş olup olmadığı da ayrıca araştırılması ve üzerinde ciddi olarak düşünülmesi gereken bir durumdur.

Ayrıca madde gerekçesinde bu değişikliğin, toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmış kişilerin tespitinde ve kalabalıklar dağıtıldıktan sonra yakalama işleminin yapılabilmesinde kolaylık oluşturmaları için yapıldığı ifade edilmektedir. Bu düzenlemenin bu gerekçe ile yapılması, lekelenmeme hakkı ile bağdaştırılabilir değildir. Kişilerin maddi gerçeklikle bağlantı kurulmaksızın ve bazı hallerde de gerçeğe aykırı olarak salt bu nedenle yakalama işlemine tabi tutulması suçlu sayılmama karinesi bakımından sorunludur⁸⁷.

⁸⁶ Kunter-Nuhoğlu, no.87, s.1346; Centel Nur-Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.bası, İstanbul 2014, s.232; Öztürk Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.baskı, Ankara 2013, s. 298; Özbek Veli Özer-Kanbur Mehmet Nihat-Doğan Koray-Bacaksız Pınar-Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4.baskı, Ankara 2012, s.605.

⁸⁷ İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü

PVSK Madde 16/3’de yer alan değişiklik “silah kullanma” yetkisini genişletmek amacıyla yapılan değişikliklerdir. Maddeye silah kullanma yetkisi içinde kabul edilmek üzere aşığıdaki bent eklenmektedir:

“d) Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara Molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde”

Madde gerekçesinde; mevcut düzenlemenin çok soyut olması nedeniyle **uygulamada tereddüde düşüldüğü**, silah kullanma dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmanın uzun sürmesi sebebiyle **polislerin mağdur olduğu**, dolayısıyla kanuni şartların gerçekleşmesine rağmen polisin silah kullanmaması nedeniyle can ve mal güvenliğinin tehlike altında kaldığı ileri sürülmüştür.

“Silah kullanma yetkisi” yaşam hakkına müdahale teşkil eden durumlardan biridir. Mutlak bir hak olarak yaşam hakkı, AİHS madde 2 ile paralel bir şekilde Anayasa madde 17’de korunmaktadır ve burada öngörülen istisnai haller haricinde yaşam hakkına yapılacak herhangi bir müdahale hukuka uygun sayılamaz. PVSK’daki silah kullanma yetkisinin de bu koşullara uygun olarak düzenlenmesi zorunludur. Ayrıca, bütün temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından dikkate alınması gereken “ölçülülük” ilkesi, yaşam hakkına yapılacak müdahaleler yönünden de daima göz önünde bulundurulmalıdır (Anayasa madde 13).

Kanun değişikliğinden önceki yürürlükte olan mevcut düzenlemeye göre polis *meşru savunma hakkının* kullanılması kapsamında, *bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş* karşısında, bu direniş kırma amacıyla ve kırarak ölçüde, hakkında *tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak* amacıyla ve sağlayacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir.

6638 sayılı Kanunun kabul edilmesinden önce İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi görüşü olarak anılan açıklamada henüz Kanunda değişiklik yapılmadan önce Tasarı halindeyken PVSK madde 16/3-(b) ve maddeye eklenmek istenen (d) bendi eleştirilmiştir. Ancak TBMM Tasarıda yer alan değişikliği kabul etmiş ve anılan değişiklik kanunlaşmıştır. Bu Rapora Tasarı halinde iken yapılan eleştiriler

alıntılanmıştır ve zaten madde kanunlaşmış olduğundan tasarı hakkındaki eleştirilen PVSK madde değişikliği içinde geçerli kabul edilmesinde ve aşağıdaki metinde geçen “tasarı” kelimesinin değiştirilen kanun maddesi olarak 6638 sayılı Kanun değişikliği olarak değerlendirilmesinde yarar vardır.

“Yukarıda sayılan ve silah kullanma yetkisi veren hallerden, meşru savunma hakkının kullanılması, esasen tasarıyla eklenmek istenen durumları kapsamaktadır. Zira yürürlükteki TCK’da meşru savunma hakkı, mülga TCK’dan farklı olarak hukuken korunan her türlü hakka yönelik saldırıya karşı savunma hakkı tanımaktadır. Bu bağlamda yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık gibi hakların yanı sıra, *malvarlığı haklarına yönelik saldırılara* karşı da savunma yapılabilir. Keza meşru savunma, kişinin kendisine ait haklara yönelik saldırıların yanı sıra, *başkalarına ait hakları* ihlal eden saldırılar için de mümkündür. Ayrıca saldırının başlamış, gerçekleşiyor olması şart olmayıp, *gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırılar* da meşru savunmayı, dolayısıyla polisler açısından silah kullanma yetkisini doğurur.

Buna göre, tasarıdaki “*kendisine veya başkalarına... kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara...*” yönelik saldırılar, yaşam veya vücut bütünlüğüne yönelik saldırı niteliğindedir. Aynı şekilde “*...işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara...*” yönelik fiiller, malvarlığını hedef alan saldırı özelliğini taşır. Ayrıca “*...molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı*” ibaresi kapsamında, meşru savunma bakımından saldırının silahlı olup olmaması, savunma hakkının (polisler bakımından silah kullanma yetkisinin) doğması bakımından önemli olmayıp, **bu husus savunmanın orantılılığında bir mesele teşkil eder.** Keza “saldırıya teşebbüs eden” deyimini, yine meşru savunma düzenlemesindeki gerçekleşmesi muhakkak saldırı içerisinde yer alır. Sonuç olarak mevcut düzenleme, önerilen durumları fazlasıyla kapsamaktadır. Dolayısıyla gerekçede ileri sürülen ve mevcut yetkilerin soyut olması nedeniyle silah kullanma yetkisinde tereddüt yaşandığı savı, hem haklı değildir hem de birçok açıdan sakıncalıdır⁸⁸.”

⁸⁸ İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü.

Kanun değişikliği ile madde yapılan yeni düzenleme “llk” ilkesine açıkça aykırıdır. Bu noktada şunu da hatırlatmak gerekir; silah kullanma yetkisini PVSK’dakinden farklı olarak daha geniş düzenleyen bir hüküm yrrlkteki Terörle Mücadele Kanunu’nda mevcuttur. Bu hükümün de TMK’da 2006 yılında yapılan değişiklik sonucunda getirildiğine dikkat çekmek gerekir.

Buna göre; “*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda "teslim ol" emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılabilecek ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.*” Bu düzenlemenin bir benzeri⁸⁹ daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından “orantılılık” ilkesine uygun olmaması ve “yaşam hakkının ihlali” sayılacağı gerekçesiyle iptal edilmişti (AYM, E: 1996/68, K: 1999/1).

Bu şekilde bir düzenlemenin TMK’da yer alması başlı başına bir *ihlal* niteliğindeyken, PVSK’ya da benzer bir hüküm getirilmesi çok vahim sonuçlara yol açacaktır. Öncelikle, kolluğun keyfi hareketini artıracak ve bugün başlı başına bir sorun olarak tartışılmakta olan “kolluk şiddeti” meselesini ileri boyutlara vardiirabilecektir. Çünkü maddeye eklenen yeni düzenleme ile; belirtilen durumlarda silah kullanma yetkisi mutlakmiş gibi bir izlenim yaratılmaktadır. Özellikle polisin eylemleri neticesinde gerçekleşen yaralama ve ölüm vakalarına karşı bir cezasızlık politikasının yerleşmiş olduğu da dikkate alınırsa, polise adeta bir “suç işleme” yetkisinin verildiğini söylemek yanlış olmaz.

Özellikle polisin toplantı ve gösterilere müdahale ettikleri örnek olaylar ve bugüne kadarki pratikler dşnldğnde bu hükümün korkunç sonuçları olabilir. Kaldı ki; polisin zor ve silah kullanma yetkisinden bahsedebilmek için önce “görevi” dâhilinde bir müdahale yetkisi bulunmalıdır. İfade zgrlğnn, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının barışçıl, öngörülen sınırlar içerisinde kullanımı söz konusu olduğunda, zaten herhangi bir müdahale hakkından, dolayısıyla zor kullanma yetkisinden de bahsedilemeyeceği açıktır. Bugüne kadar gösteri ve yürüyüşlere

⁸⁹ İptal edilen TMK Ek madde 2 şu şekildeydi: “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı aletli silah kullanmaya yetkilidirler.”

yapılan müdahalelerin büyük bir kısmı bakımından, “müdahale” için gerekli koşullar oluşmaksızın, yani hukuka aykırı olarak gerçekleştirildiği düşünülürse, eklenmek istenen bu hüküm ile aslında pratikte polisin “keyfi” silah kullanma yetkisinin düzenlendiğini söyleyebiliriz. Bu noktada, molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı vb. maddelerin kullanılması koşulu da inandırıcı değildir. Bu koşullar gerçekte varolmadığı halde aksi iddia edilerek yapılan müdahale örnekleri çok fazladır.

1.5. 6638 SAYILI KANUN MADDE 5 İLE

PVSK’NUN MADDE EK 7’DE YAPILAN TELEKOMÜNİKASYONUN DENETLENMESİ TEDBİRİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

6638 sayılı Kanun MADDE 5- 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “yirmidört saat” ibaresi “kırk sekiz saat” şeklinde, üçüncü ve dokuzuncu fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Yetkili ve görevli hâkim, Ankara ağır ceza mahkemesi üyesidir.”

“Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi; sıralı kurum amirleri, mülki idare amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları tarafından yılda en az bir defa yapılır. Bu faaliyetler Başbakanlık Teftiş Kurulu tarafından da denetlenebilir. Bu kapsamda yapılan denetimlerin sonuçları bir rapor hâlinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Güvenlik ve İstihbarat Komisyonuna sunulur.”

1.6. 6638 SAYILI KANUN MADDE 6 İLE

2803 SAYILI JANDARMA TEŞKİLAT, GÖREV VE YETKİLERİ KANUNUN EK 5. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK:

MADDE 6- 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun ek 5 inci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “yirmidört saat” ibaresi “kırk sekiz saat” şeklinde, ikinci ve sekizinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Yetkili ve görevli hâkim, Ankara ağır ceza mahkemesi üyesidir.”

“Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi; sıralı kurum amirleri, mülki idare amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları tarafından yılda en az bir defa yapılır. Bu faaliyetler Başbakanlık Teftiş Kurulu tarafından da denetlenebilir. Bu kapsamda yapılan denetimlerin sonuçları bir rapor hâlinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Güvenlik ve İstihbarat Komisyonuna sunulur.”

PVSK’NUN Ek 7 nci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “*yirmidört saat*” ibaresi “**kırksekiz saat**” şeklinde, üçüncü ve dokuzuncu fıkraları değiştirilmiştir. Aynı şekilde 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı **Jandarma Teşkilat,**

Görev ve Yetkileri Kanununun ek 5 inci maddesinde benzer değişiklikler yapılmıştır.

“İstihbari amaçlı iletişimin tespiti ve dinlenmesine” ilişkin söz konusu maddelerde yapılan değişiklikle, bu konudaki yazılı emrin yetkili hâkimin onayına sunulma süresi **24 saatten 48 saate** çıkarılmaktadır.

İstihbari dinlemenin, yılda bir kez Başbakanlık Teftiş Kurulu denetlenebilmesi ve bunun sonuçlarının yeni oluşturulacak **Türkiye Büyük Millet Meclisi Güvenlik ve İstihbarat Komisyonuna** sunulması öngörülmektedir.

Böylece hâkim onayı olmaksızın 48 saat dinleme mümkün olacaktır. CMK m.135’de bu süre 24 saat iken, burada 48 saate çıkarılması, Anayasaya aykırıdır. Çünkü An. m.22/2’de, gecikmesinde sakınca olan hallerde, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile haberleşmenin gizliliğine müdahale edebileceği, ancak bu kararın 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı öngörülmüştür.⁹⁰

Değişiklikten önce yürürlükte bulunan düzenlemedeki 24 saat içinde hâkim tarafından karar vermek zorunluluğu 48 saate çıkarılmanın yanı sıra ayrıca karar verecek hâkim de Ankara Ağır Ceza Mahkemesi üyesi olarak belirlenmiştir. PVSK Ek 7 aslında önleme amaçlı telekomünikasyonun denetlenmesini düzenlemektedir. Önleme amaçlı tedbir sınırlı olarak bazı suçlarda, adli soruşturmada kullanılmamak üzere yapılan telekomünikasyonun denetlenmesini, dinlenmesini ve kayda alınmasını kapsamına almaktadır. Önleme amacıyla yapılan denetlemenin maddi koşulları, adli amaçla yapılan denetleme kadar katı değildir. Zira ortada somut bir suç şüphesi bulunmamakta, suç işlenmesinin önlenmesi hedeflenmektedir. Maddi koşullardaki bu yumuşaklık karşısında şekli koşullar daha katıdır. Örneğin bu tedbir CMK’nun 135. maddesinde sayılan suçlara nazaran çok daha sınırlı bir suç grubu için uygulanabilir. Hal böyle iken CMK’nun 135. maddesine göre karar vermek için ağır ceza mahkemesinin oy birliğini arayan CMK’nun 135. maddesinin karşısında, önleme dinlemesi için bir Ağır Ceza Mahkemesi üyesini yeterli gören hükmün yerinde ve tutarlı olmadığı açıktır.

Diğer yandan hâkim onayı için sürenin 24 saatten 48 saate çıkarılması ise anayasadaki azami sınırların kullanılması anlamına gelmektedir. Kanunun gerekçesinde özellikle hafta sonlarına verilen kararların onaylanmasının yetişmediği ifade edilmektedir. Bu hususun kişi özgürlükleri bakımından bir mazeret teşkil

⁹⁰ Prof.Dr. Timur Demirbaş

etmemesi gerektiği açıktır. Her durumda yapılan düzenleme ile kişilerin haberleşme özgürlüklerinin, 3 gün süre ile hâkim kararı olmaksızın ihlal edilmesi mümkün kılınmaktadır⁹¹.

II- 2911 SAYILI TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİ KANUNU

6638 sayılı Kanun 2911 sayılı Toplantı ve gösteri yürüyüşleri Kanunun 23., 33., maddelerini değiştirmiş ve “rücu” başlıklı Ek Madde 1 Kanuna eklenmiştir.

2.1. 6638 SAYILI KANUN MADDE 7 İLE

2911 SAYILI KANUNUNUN 23. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

6638 sayılı Kanun MADDE 7- 6/10/1983 tarihli ve **2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine** “Ateşli silahlar veya” ibaresinden sonra gelmek üzere “havai fişek, molotof ve benzeri el yapımı olanlar dâhil” ibaresi ve “zincir” ibaresinden sonra gelmek üzere “, demir bilye ve sapan” ibaresi eklenmiştir.

Bu düzenleme ile bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün kanuna aykırı nitelikte olduğunun kabul edileceği hallerin kapsamı genişletilmek istenmektedir. Bunun polisin müdahale ettiği gösteri ve yürüyüşlerde kullanıldığı belirtilen bazı malzemelerin kanun kapsamına sokulması ile yapılmıştır. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun, kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyen mevcut 23. maddesine göre ateşli silahlar veya patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli veya zincir gibi bereleyici ve boğucu araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler ile yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşınarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyilerek veya kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma ve kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşınarak veya bu nitelikte sloganlar söylenerek veya ses cihazları ile yayınlanarak katılmak yasak olup, bu nitelikteki toplantı kanuna aykırıdır. Kanunda yapılan değişiklikle maddede sayılan cisimlere “havai fişek, molotof ve benzeri el yapımı olanlar dahil” patlayıcı maddeler ile “demir bilye ve sapan” eklenmiştir.

Maddede kanuna aykırı sayılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin koşullarını belirleme konusunda benimsenen kazuistik yöntemin son derece yanlış olduğu

⁹¹ İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü.

belirtilmelidir. Eklenen değişiklik düzenlemesi ile bu konuda daha da ileriye gidilmesi yersizdir. Bunun yerine maddede genel olarak “silah” ile gösteriye katılmanın yeterli sayılması daha yerinde olurdu. Çünkü silah, TCK madde 6 ile çok genel ve geniş bir kapsam içinde tanımlanmaktadır. Bu kapsama dayanılarak maddede sayılanlar ve hatta daha fazlası “silah” kavramına dâhil edilebilecek ve yargı kararları bu içeriği doldurmak için yeterli olacaktır. Özellikle “molotof ve benzeri el yapımı olanlar dâhil” şeklindeki ekleme bu bakımdan son derece gereksizdir. Çünkü zaten molotof kokteylinin silah kavramı içinde değerlendirilmesi konusunda son birkaç yıldır Yargıtay içtihadı oluşmuş durumdadır.

2.2. 6638 SAYILI KANUN MADDE 8 İLE **2911 SAYILI KANUNUNUN 33. MADDESİNDE YAPILAN** **DEĞİŞİKLİK**

6638 sayılı Kanun MADDE 8- 2911 sayılı Kanunun 33 üncü maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Toplantı ve gösteri yürüyüşlerine;

a) Ateşli silahlar veya havai fişek, molotof ve benzeri el yapımı olanlar dâhil patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli veya zincir, demir bilye ve sapan gibi bereleyici ve boğucu araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler taşıyarak veya kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek katılanlar iki yıl altı aydan dört yıla kadar,

b) Yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşıyarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyerek katılanlar ile kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşıyarak veya bu nitelikte sloganlar söyleyerek veya ses cihazları ile yayınlayarak katılanlar altı aydan üç yıla kadar,

hapis cezası ile cezalandırılırlar.”

33. maddeye eklenen (a) bendi ile; maddenin mevcut haline göre hem cezanın artırıldığı hem de suç sayılan yeni bir davranış biçiminin eklendiği görölmektedir.

Mevcut hükme göre toplantı ve gösteri yürüyüşlerine 23. maddenin (b) bendinde sayılan silah veya araçları taşıyarak katılanlar, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Silah veya aracın ateşli silah ya da patlayıcı veya yakıcı madde olması durumunda, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. Silah veya aracın bulundurulmasının suç oluşturması halinde, ayrıca bu suçtan dolayı da ilgili hakkında kanun hükümlerine göre cezaya hükmolunur. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün kanuna aykırı olması halinde ve dağılmamak için direnildiği takdirde, ayrıca 32. madde hükümlerine göre cezaya hükmolunur, şeklindedir.

Yasayla getirilen değişiklik sonucu artık hangi maddelerin “silah” olarak kabul edileceği tek tek sayılmaktadır. Ayrıca bunun yanında, kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak hali de aynı suçun seçimlik hareketi olarak düzenlenmektedir. Toplantı ve gösteri yürüyüşünü kanuna aykırı hale getiren temel ölçüt “şiddet içermesi” veya “şiddete başvurulması” iken, böyle bir özellik aranmaksızın, yalnızca kimliğin gizlenmesi halinin bir suç olarak düzenlenmesi ve cezasının da 2 yıl 6 aydan 4 yıla kadar hapis olarak öngörölmesi, bu hakkın kullanımı açısından açıkça ölçsüz bir sınırlamayı ifade etmektedir.

Ayrıca, tek başına kimliğini gizleme saikinin bu davranışı suç haline getirmesindeki tuhaflık bir yana, gösteriye müdahale halinde gazdan korunmak için takılan bez maske, yüze sarılan atkı ya da eşarpların tam da bu maddeye göre cezalandırılma ihtimali, mevcut uygulama düşünöldüğünde oldukça yüksektir. Ayrıca dikkat etmek gerekir ki; bu davranış patlayıcı madde, havai fişek ya da yakıcı, yanıcı ecza taşınması gibi davranışlardan ayrı olarak bir seçimlik hareket olarak öngörölmüşür. Yani bunların hiçbirisi olmadan sadece yüzü örtmek 2,5 yıldan 4 yıla kadar cezayı gerektiren bir fiil olacaktır. Ancak bu ölçsüz cezaların, bambaşka bir sonucunun olacağını da düşünmek gerekmektedir. Öncelikle alt sınırın bu şekilde belirlenmesi, bu suçtan dolayı verilen hükümlerde hükmün açıklanmasının yahut cezanın infazının geri bırakılması gibi olasılıkları da devreden çıkaracaktır.

2911 sayılı yasanın 33.maddesinde yapılan değişiklikle, suçun cezasının alt sınırı 2 yıl 6 ay hapis cezası olmuştur. Böyle bir artırıma gidilmesinin amacı cezanın sonuçları bakımından düşündürücüdür. Daha önceki ceza düzenlemelerinde yer almayan söz konusu buçuklu ceza düzenlemesinin amacı, ceza alt sınırdan verilip takdiri indirim uygulansa bile en az 2 yıl bir ay cezaya hükmedilmesinin kaçınılmaz olması ve böylece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının veya ertelemenin söz konusu olamamasıdır.⁹²

Maddeye eklenen (b) bendi ile ise; **“yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşıyarak veya bu işaret ve amblemleri taşıyan üniforma tarzı kıyafetler giyerek toplantılara katılanlarla kanunların suç saydığı afiş ve pankartları taşıyanlar veya slogan atanların altı aydan üç yıla kadar hapis cezası**

⁹² Yrd.Doç.Dr. Güçlü Akyürek görüşü.

ile cezalandırılması” öngörülmektedir. Bu hüküm ile neredeyse her türlü propaganda yasaklanmakta ve suç haline getirilmektedir.

Her şeyden önce yasadışı “topluluğun” ne anlama geldiği belirli değildir. Buradaki “yasadışı” nitelemesini kim ve neye göre yapacaktır? İlgili topluluk hakkında herhangi bir yargı kararı olmaksızın, başka açılardan yapılacak genel değerlendirmelerle böyle bir nitelemenin yapılabilmesi halinde bu madde ciddi sorunlara neden olacaktır. “Yasadışı örgüt ve topluluklar” ile “kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz....” konusundaki bugüne kadarki uygulamalar düşünüldüğünde, bu hüküm ile adeta özelde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı yasaklanmış olmakta, genelde ise ifade ve örgütlenme özgürlüğüne çok ağır, ölçsüz ve hukuka aykırı bir biçimde müdahale edilmiş olmaktadır.

Son olarak şu hususun altı çizilmelidir: Bu hüküm TMK madde 7/2 ile büyük paralellik göstermektedir. TMK madde 7’de terör örgütünün propagandası suç sayılarak bu propagandayı oluşturacak hareketler hüküm altına alınmıştır. TMK Madde7 ‘deki “terör örgütü”nün yerini; 2011 s. Kanun madde 33/b’de “yasadışı örgüt” almıştır. Yani artık “terör örgütü” ile “yasadışı örgüt” arasında fark görülmediği ve belirsiz ölçütler dâhilinde istenilen kişiye “terörist (!)” muamelesi yapılacağı ilk kez bu kadar açıkça belirtilmiş olmaktadır. Zaten mevzuatta yer alan mevcut terör tanımı düşünüldüğünde, uygulamanın hali hazırda bu şekilde işleyebildiği örneklerin sayısının az olmadığı bilinmektedir. Pratikte bu duruma yeni bir ekleme söz konusu olmasa da, kanun hükmünde bunu doğrulayan bir düzenlemeye gidilmesi son derece korkutucudur.

TMK’nun tamamen yürürlükten kaldırılması gerektiği yönündeki talep ve tartışmalar dikkate alındığında, içeriğindeki düzenlemelerin 2011 sayılı Kanuna da alınarak bu biçimde genele yaygınlaştırılmasının yerindeliği tartışılmalıdır⁹³.

III- 2011 KANUN VE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİNİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRKİYE’NİN BAKANLAR KOMİTESİ TARAFINDAN “İZLENMESİ” HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

2011 Sayılı Kanunda ve PYSK’da yapılan değişikliklerin bir başka yönüyle değerlendirilmesinde ve bu iki Kanunun içeriği ve bu iki kanunda yapılan değişikliklerin temel insan hak ve özgürlükleri açısından Türkiye’nin içinde bulunduğu “duruma” değinmekte yarar görüyoruz.

⁹³ İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü.

Anayasası'nın 34. maddesine göre; "Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, ancak millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir."

Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının, ancak "demokratik bir toplumda gerekli olma" kriteri gözetilmek şartıyla, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ya da ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte soyut bir kamu düzeni ve kamu güvenliği tehlikesine dayanarak toplantı ve gösteri yürüyüşü yasaklanmamalı, katılanlar cezalandırılmamalı veya ceza davası ile tehdit altında tutulmamalıdır.

6638 sayılı Kanunla 2911 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ise temel bir hakkın genişletilmesi ve korunması yerine sınırlandırma ve cezaların artırımını doğuran olumsuz değişiklikler olarak gündemdedir.

Toplanma özgürlüğünün kullanılmasında, görüşlerin korunması ve bunların dile getirilmesi toplanma özgürlüğünün amaçlarından biri olduğu için, AİHM'si 11. madde çerçevesinde güvence altına alınan toplanma özgürlüğünün 10. maddede yer alan ifade özgürlüğü bağlamında ve bu madde ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Toplantının biçiminin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Sınırlama nedeni toplantının 'barışçıl' olması gerekliliğidir. Örneğin barışçıl bir şekilde bir binanın işgali, açık bir şekilde iç hukukun ihlali oluşturursa bile, 'barışçıl' bir toplanma olarak kabul edilmektedir. Hatta düzenlenen bir toplantının arızı olarak kargaşalığa yol açması, o toplantıyı 'barışçıl olmayan' bir hale getirmez.

Ancak bilinmektedir ki; düzenleme amacı kargaşa çıkarmak olan bir toplantı 11. maddenin koruması altında değildir. Bazen bu iki durum arasında net bir çizgi çekilmesi mümkün olmayabilir. Komisyon, Almanya'da Amerikan tesislerinin girişini kapatan, barışçıl bir oturma eyleminin 'barışçıl toplanma' olarak görülebileceğine ve dolayısıyla bu gösteriye yapılacak müdahalenin 11(2) maddesi çerçevesinde haklı bir gerekçeye dayanması gerektiğine karar vermiştir.⁹⁴

Bir devletin barışçıl toplanma özgürlüğünü kullanan kişileri, karşıt göstericilerin şiddet içerebilecek tacizlerinden koruma şeklinde bir pozitif

⁹⁴ Christians against Racism and Fascism ve Birleşik Krallık 1980 / No: 8440/78, Stankov ve The United Macedonian Organization İlinden ve Bulgaristan 2001-x para 77. AİHM kararları

yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük 11. madde kapsamında yer alan toplanma özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanılmasının güvence altına alınması için getirilmiştir. *United Macedonian Organization Ilinden ve Ivanov v Bulgaristan*" davası bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için neler yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

AIHM'sine göre; **"Hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yollarla gerçekleşmesi savunulan siyasi görüşlere, toplanma ve diğer hukuka uygun araçların kullanılması yoluyla uygun ifade fırsatı sağlanmalıdır"**

AIHM, bir derneğin başvurusu üzerine dernek toplantısının bir şiddet platformuna dönüşme ihtimaline dair herhangi bir delil bulamadığı gibi, şiddete çağrı olarak yorumlanabilecek açıklamalar münferit olarak görülmüş olmasına rağmen toplantının yasaklanması yerine sorumlu olan kişilerin soruşturulmasının daha uygun olacağı kanaatine varmıştır. Gerçekten "öngörülebilir bir şiddet eylemi veya şiddete tahrik ya da herhangi bir biçimde demokratik ilkelerin reddi riskinin mevcut olmadığı" durumlarda, toplantıların yasaklanması Sözleşmenin 11(2) maddesi ile haklı kılınmaz" Yasaklama ile yetkili makamların takdir hakkını aştığını karara bağlamıştır. AIHM'sin bu yaklaşımının gerekçesini demokrasinin *"bir ülkenin sorunlarını, bu sorunlar sıkıntı verici olsa bile, şiddete başvurmadan diyalog yoluyla çözülmesi" olanağını sunmasıdır," Aksi yönde davranılması, 'demokrasiye zarar verilmesi ve demokrasinin çoğunlukla tehlikeye atılması' anlamına gelecektir"* biçiminde açıklamıştır.

Siyasi görüşlerin barışçıl ve toplu biçimde, halka açık olarak dile getirilmesine hoşgörü gösterilmesi gerekir. AIHM'si bu görüşünü **"Oya Ataman v Türkiye"** ve **"Bukta v Macaristan"** kararlarında açıklamıştır. Oya Ataman davasında, yaklaşık elli kişiden oluşan bir grup gösterici, yasaya göre yetmiş iki saat önceden bildirimde bulunmaksızın, bir parkta, parkın kalabalık olduğu bir saatte yürüyüş gerçekleştirmiştir. Göstericiler polis tarafından birkaç kez yapılan, yürüyüşün hukuka aykırı olduğu ve günün yoğun bir saatinde kamu düzenini bozacağı uyarısının ardından yürümeye devam ettikleri için polis göstericileri gözaltına almıştır.

Bukta davası, Başbakan'ın bir resepsiyona katıldığı otelin önünde kendiliğinden, bir anda gerçekleştirilen bir gösteri ile ilgilidir. Hükümet gösterinin, yalnızca yasanın gerektirdiği biçimde, öncesinde bildirimde bulunulmadığı için değil,

'küçük bir patlamanın' güvenlik riski doğurması olasılığı gerekçesiyle dağıtıldığını iddia etmiştir.

Her iki davada da AİHM'si kamuya açık bir mekânda yapılan bir gösteride beklenebilecek düşük düzeyde bir rahatsızlığın ötesinde, kamu düzenine yönelik herhangi bir tehlikeyi gösteren bir kanıt bulamamıştır. Mahkeme göstericilerin dağıtılmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaşırken düşüncesini şu şekilde dile getirmiştir:

“[G]östericiler şiddet içeren faaliyetlerde bulunmadığında, toplanma özgürlüğünün özünden bütünüyle yoksun bırakılmaması için, kamu makamlarının barışçıl toplanmalara belirli düzeyde hoşgörüsüyle yaklaşması önemlidir,”

AİHM siyasi görüşlerin yayılması ile ilgili toplantılar hakkındaki kararlarında, demokratik bir toplumda, kamu makamlarının rolünün '**çoğulcu, hoşgörülü ve açık fikirli**' olmak olduğunu belirtmiştir.⁹⁵

IV- TÜRKİYE'NİN AİHS'NİN 11. MADDESİ İLE İLGİLİ “İZLENME” SORUNU

“Ataman Grubu Davaları” olarak adlandırılan kesinleşmiş davalar Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin gündemindedir. Bir başka deyişle; AİHM, Ataman Grubu davalarında ortaya çıkan ihlallerin münferit ihlaller olmadığını belirlemek için ve kesinleşmiş bu davaların sistematik özelliklere sahip olduğunun altını çizmek için 16 Temmuz 2013 ve 23 Temmuz 2013 tarihlerinde, AİHM *Abdullah Yaşa-Türkiye ve İzci-Türkiye* davalarında, iki defa **“46. madde kararı”**⁹⁶ vermiştir.

⁹⁵ Bu bölümde yer alan bilgiler için bakınız AİHS Hukuku. D.j. Harris, M.O'Boyle. E.P.Bates, C.M Buckley. 2013. Avrupa Konseyi Yayınları. Birinci Bası 2013. Sayfa 531-540 arası

⁹⁶ **AİHS MADDE 46 - Kararların bağlayıcılığı ve infazı**

1. Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir. 3. Bakanlar Komitesi, kesinleşen bir kararın infazının denetlenmesinin, söz konusu kararın yorumundan kaynaklanan bir zorluk nedeniyle engellendiği kanaatinde ise, bu yorum konusunda karar vermesi için Mahkeme'ye başvurabilir. Mahkeme'ye başvurma kararı, Komite toplantılarına katılma hakkına sahip temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınır.

4. Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın, taraf olduğu bir davada verilen kesin karara uygun davranmayı reddettiği görüşünde ise, ilgili Taraf'a ihtarda bulunduktan sonra, Komite toplantılarına katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğu ile alınacak bir kararla, ilgili Taraf'ın 1. fıkrafta öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.

5. Mahkeme 1. fıkranın ihlal edildiğini tespit ederse, alı- nacak önlemleri değerlendirmesi için davayı Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Mahkeme, eğer 1. fıkranın ihlal edilmediğini saptarsa, davayı, incelemesine son verecek kararı alması için Bakanlar Komitesi'ne iletir.

Yani 46. madde kararları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin taraf devletlere ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine hak ihlallerinin sistematik olduğunu ve bireysel davada ihlali ortaya çıkaran sistematik unsurların giderilmesi için mutlaka genel tedbirler alınmasını söylediği karar tiplerine verilen addır.

İzci-Türkiye kararının hüküm kısmında AİHM, önüne gelen Ataman Grubu davalarına benzer davaların sayısındaki artışa dikkat çekerken şöyle demiştir:

“Mahkeme, Türkiye hakkındaki 40’tan fazla kararda, kolluk görevlilerinin gösterilerdeki sert müdahalelerinin veya barışçıl nitelikte gösterilere katıldıkları gerekçesiyle başvurular hakkında başlatılan cezai işlemlerin, Sözleşme’nin 3 ve/veya 11. maddesinin/maddelerinin ihlaline sebep olduğu sonucuna vardığını gözlemlemektedir (bkz. diğerleri arasında, yukarıda anılan Ali Güneş / Türkiye § 46; yukarıda anılan DİSK ve KESK / Türkiye, §§ 36-37). Mahkeme tarafından belirtildiği üzere, söz konusu kararların verildiği davaların ortak özelliği, yetkililerin barışçıl toplantılara belirli derecede hoşgörü göstermemiş olmaları ve bazı hallerde de göz yaşartıcı gaz da dâhil olmak üzere, kolluk görevlileri tarafından sert fiziksel güç kullanılmış olmasıdır.

Ayrıca Mahkeme, söz konusu kararların 20’den fazlasında, gösteriler esnasında kolluk görevlilerinin kötü muamelede bulundukları iddialarına ilişkin olarak, Türkiye’deki soruşturma makamları tarafından etkin bir soruşturma yürütülmediğini belirtmiştir (bkz. yakın geçmişte, Tasarsu / Türkiye, no. 14958/07, § 55, 18 Aralık 2012).

Mahkeme, toplantı özgürlüğü ve / veya gösteriler sırasında kolluk görevlileri tarafından güç kullanımına ilişkin olarak, Türkiye hakkında 130 başvurunun Mahkeme önünde derdest olduğunu gözlemlemektedir.”

Bu gruptaki bazı davalar, ayrıca, başvuruçuların, toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarının ihlallerinin ve tabi tutuldukları kötü muamelenin etkin soruşturulmadığını ve barışçıl göstericiler hakkında gereksiz yargılamalar yapıldığını tespit etmektedir. Ataman Grubu Davaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11., 3. ve 13. maddelerinin ihlalleridir. Davalar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde (AİHM) Türkiye’nin pek çok ilinde gerçekleşen toplantı ve gösterilere ilişkin olarak karara bağlanmıştır. **Ataman Grubunda Kasım 2014 itibarı ile kırk beş kesinleşmiş dava bulunmaktadır.** Bu gruba ismini veren ilk dava olan Oya Ataman-Türkiye kararı, 5 Aralık 2006’da hükme bağlanmıştır.

İnsan Hakları Ortak Platforumu (İHOP) ve Doç.Dr. Başak Çalı tarafından hazırlanan “*Ataman Grubu / Türkiye Kararlarının Uygulanması (Başvuru No: 74552 /01, 5 Aralık 2006) İzleme Raporu*”nda yapılan⁹⁷ tespitlere göre;

1. Barışçıl gösterilere müdahale Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 11. maddesine aykırıdır.
2. Barışçıl olmayan gösterilerde barışçıl şekilde eylem yapanların hedef alınması AİHS’in 11. ve 3. maddelerine aykırıdır.
3. Barışçıl ve barışçıl olmayan gösterileri dağıtmak için orantısız güç kullanımı (göz yaşartıcı gaz veya fiziksel kuvvet yoluyla) AİHS’in 11. ve 3. maddelerine aykırıdır.
4. Barışçıl eylemcilerin iç hukukta yargılanmaları AİHS’in 11. maddesine aykırıdır.
5. Polis memurlarının ve amirlerinin toplantı ve gösterilerde 3. madde ihlali niteliğine bürünen tasarruflarının etkin olarak soruşturulmaması 3. maddenin usul bakımından yüklediği pozitif yükümlülöklere aykırıdır.

Tespit edilen bu beş bulguya göre;

Bulgu 1: Barışçıl gösterilere müdahale Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 11. maddesine aykırıdır.

Ataman Grubundaki hemen her davada idari merciler toplantı ya da gösterinin kanunsuz olduğunu ilan etmişler ve sonrasında kanunsuz ilan edilmiş gösteriye katılanlara karşı güç kullanmışlardır. Gösterilerin kanunsuz ilan edilmesi ile sonrasında kullanılan gücün gerekçeleri ise “şiddete teşvik”, trafiğe engel olacak şekilde yolların kapatılması veya uygunsuz yerlerde toplanılması olarak gösterilmektedir. Buna rağmen AİHM, Ataman Grubundaki önemli sayıda kararında⁹⁸, gösterileri barışçıl saymış veya mülki idare amirlerinin gösterilerin kamu

⁹⁷ İnsan Hakları Ortak Platforumu’nun Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu ile ortaklaşa yürüttüğü AİHM Kararlarının İzlenmesi ile ilgili olarak “Toplantı ve Barışçıl Gösteri Özgürlüğü” “Ataman Grubu / Türkiye Kararlarının Uygulanması (Başvuru No: 74552 /01, 5 Aralık 2006) İzleme Raporu, Doç.Dr. Başak Çalı tarafından hazırlandı. <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/aihm-kararlarinin-uygulanmasinin-izlenmesi-izleme-raporu-20142> . Erişim 26 Nisan 2015.

⁹⁸ Açık vd./Türkiye no. 31451/03 13 Ocak 2009, Akgöl ve Göl/Türkiye no. 28495/06 ve 28516/06 17 Mayıs 2011, Arpat/Türkiye no. 26730/05 15 Haziran 2011, Aşıcı vd./Türkiye no. 17561/04 15 Haziran 2010, Aytaş vd./Türkiye no.6758/05 8 Aralık 2009, Balçık vd./Türkiye no.25/02 29 Kasım 2007, Biçici/Türkiye no. 30357/05 27 Mayıs 2010, Ergün/Türkiye no. 238/06 24 Temmuz 2012, Gülizar Tuncer/Türkiye no. 23708/05 21 Eylül 2010, İşeri vd./Türkiye no. 29283/07 9 Ekim 2012, Oya

düzenine tehdit oluşturduğuna veya eylemcilerin şiddet içeren olaylara karıştığına dair yeterli somut delilleri olmaksızın toplantı ve gösterileri yasadışı ilan ettiğine hükmetmiştir.⁹⁹ AİHM, Ataman Grubu davalarında 2911 sayılı yasanın yürütme organları tarafından uygulandığının demokratik toplumda gereklilik testini karşılamadığını tespit etmiştir.¹⁰⁰

Bulgu 2: Barışçıl olmayan gösterilerde barışçıl şekilde eylem yapanların hedef alınması AİHS'in 11. ve 3. maddelerine aykırıdır.

Ataman Grubu içindeki bir grup davada Mahkeme, bazı gösterilerin şiddet içermesine rağmen, gösteride yer alan başvuruçuların şahsen şiddete başvurduklarına dair yeterli delil olmadığına ve dolayısıyla başvuruçuların polis memurları tarafından hedef alınmalarının şiddete başvurmayan başvuruçular açısından 11. madde haklarının ihlali olduğuna hükmetmiştir.¹⁰¹

Bulgu 3: Barışçıl ve barışçıl olmayan gösterileri dağıtmak için orantısız güç kullanımı (göz yaşartıcı gaz veya fiziksel kuvvet yoluyla) AİHS'in 11. ve 3. maddelerine aykırıdır.

Ataman Grubu davalarının önemli bir kısmında Mahkeme, eylemcilerin maruz kaldığı muameleyi AİHS'nin 3. maddesi ile korunan işkence, insanlık dışı ve alçaltıcı muamele yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir.¹⁰² Yakalanmış bir eylemciye göz yaşartıcı gaz sıkılması¹⁰³, göstericilerin kafasına cop ile vurulması eylemcinin saçının çekilmesi¹⁰⁴, ve eylemcilerin yaralanmasına sebebiyet verilmesi¹⁰⁵ 3. madde ihlali kapsamına giren kolluk kuvveti tasarrufları arasındadır.

Ataman/Türkiye no. 74552/01 5 Aralık 2006, Pekaslan/Türkiye no. 4572/06 ve 5684/06 20 Mart 2012, Uzunget/Türkiye no. 21831/03 13 Ekim 2009.

⁹⁹ Gazioglu vd./Türkiye no. 29835/05 17 Mayıs 2011, Nurettin Aldemir vd./Türkiye no.32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02 ve 32138/02 18 Aralık 2007.

¹⁰⁰ Biçici/Türkiye, Balçık vd./Türkiye, Emine Yaşar/Türkiye no. 863/04 9 Şubat 2010, Gazioglu vd./Türkiye, Gülizar Tuncer/Türkiye, Güler Şahin vd. Türkiye no: 68263/0121 Aralık 2006, Karatepe vd./Türkiye no.33112/04, 36110/04, 40190/04, 41469/04 ve 41471/04, Nurettin Aldemir/Türkiye, Oya Ataman/Türkiye, Serkan Yılmaz vd./Türkiye no: 25499/04 13 Ekim 2009, Uzunget/Türkiye no. 21831/03 13 Ekim 2009.

¹⁰¹ Güler ve Öngel/Türkiye no. 29612/05 ve 30668/05 4 Ekim 2011, Nisbet Özdemir/Türkiye no. 23143/04 19 Ocak 2010.

¹⁰² Aytaş vd./Türkiye, Biçici/Türkiye, Ergün/Türkiye, Güler ve Öngel/Türkiye, Gülizar Tuncer/Türkiye no. 12903/02 8 Şubat 2011, İşeri vd./Türkiye, Karatepe/Türkiye, Kop/Türkiye no. 12728/05 20 Ekim 2009, Serkan Yılmaz vd./Türkiye, Timtik/Türkiye no. 12503/06 9 Kasım 2010.

¹⁰³ Ali Güneş-Türkiye para 41.

¹⁰⁴ Dur-Türkiye para 40.

¹⁰⁵ Gazioglu-Türkiye, Sami Karabulut-Türkiye, Gülizar Tuncer-Türkiye.

Bulgu 4: Barışçıl eylemcilerin iç hukukta dava edilmeleri AİHS'in 11. maddesine aykırıdır.

Mahkeme ayrıca iç hukukta barışçıl gösterilere katılan ya da şiddet içeren gösterilerde şiddet içeren fiillerde bulunduklarına ilişkin yeterince somut delil bulunmayan göstericilere yönelik iç hukukta başlatılan yargılamaların, 11. madde kapsamında demokratik toplumda gereksiz ve orantısız bir tedbir olduğuna karar vermiştir. Buna ek olarak, 2911 sayılı yasaya muhalefet sebebi ile aleyhine ceza davası açılan ve başvurucunun beraat ettiği Arpat-Türkiye davasında, başvuruçuların haklarında açılan ceza davasından beraat etmiş olmasının 11. madde hak ihlali açısından dikkate alınmayacağını ortaya koymuştur.¹⁰⁶ AİHM, barışçıl bir gösterici aleyhine hukuki yargılama sürecinin başlamış olmasını AİHM 11. madde ihlali kapsamında değerlendirmektedir.

Bulgu 5: Polis memurlarının ve amirlerinin AİHS 3. madde ihlali niteliğindeki tasarruflarının etkin olarak soruşturulmaması 3. maddenin usul bakımından yüklediği pozitif yükümlülöklere aykırıdır.

Mahkeme, polis memurlarının toplantı ve gösterilerde hak ihlali yaratan tasarrufları ile ilgili yapılan soruşturmaların etkili olmamasının 3. maddedeki pozitif yükümlölüklerinin ihlali olduğuna hükmetmiştir. Savcıların güç kullanımının gerekliliğine yönelik etkin soruşturmadaki eksiklikleri¹⁰⁷; polis memurlarının göz yaşartıcı gaz kullanmalarına yönelik etkin soruşturma eksikliği¹⁰⁸, yaralanan eylemcilerin gösterdikleri sağlık raporlarının soruşturma aşamasında gerekli dikkati görmemesi¹⁰⁹; savcıların polis ifadelerine fazlaca güvenmeleri; işkence, insanlıkdışı ve alçaltıcı muameleye iştirak etmiş polis memurlarının süratle tespit edilememesi ve soruşturmaya görgü tanıklarının dâhil edilmemesi¹¹⁰ Ataman Grubu kararlarında 3. madde ihlaline yol açan adli eksiklikler olarak tespit edilmiştir.

Mahkeme buna ek olarak İçişleri Bakanlığının yürüttüğü idari ön soruşturmaların, bağımsız soruşturma ölçütlerini sağlamadığına ve özellikle idari

¹⁰⁶ Arpat/Türkiye, Aşıcı vd./Türkiye, Aytaş vd./Türkiye, Turan Biçer/Türkiye no. 3224/03 30 Kasım 2010, Gün vd./Türkiye no: 8029/07 18 Haziran 2013.

¹⁰⁷ Cemalettin Canlı-Türkiye.

¹⁰⁸ Ali Güneş-Türkiye para 46.

¹⁰⁹ Arpat-Türkiye.

¹¹⁰ Biçici-Türkiye.

bağımsız soruşturmanın temel unsuru olan soruşturan ve soruşturulan arasında hiyerarşik bir ilişki olmaması koşulunun İçişleri Bakanlığı bünyesindeki idari soruşturmalarda karşılanmadığına karar vermiştir.

Sonuç olarak ATAMAN Grubu kararlarının, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nce izlenmesi sürmektedir.

Bakanlar Komitesinin izlemesi sonucunda Türkiye, aleyhine verilen AİHM kararlarını da dikkate alarak Bakanlar Komitesine 31.07.2014 günlü bir **“eylem planı”** verdi. Bu plana göre 6529 sayılı yasayla 2911 sayılı yasanın çeşitli maddelerinin değiştirildiğini bildirdi. Hatta toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde kuvvet kullanılması hakkında yasal değişiklikler yapılacağını eylem planı olarak gösterdi. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ise 23-25 Eylül 2014 günlü 1208. toplantısında, Türkiye tarafından sunulan bu eylem planını yeterli görmedi ve tatmin edici bulmadı. Ardından Türkiye’den yeniden somut bilgi istenmesine ve konu hakkındaki bir sonraki toplantının 11-12 Mart 2015 tarihinde yapılmasına ve Ataman Grubu kararlarının yeniden gözden geçirilmesine karar verdi.¹¹¹

Bakanlar Komitesinin 12 Mart 2015 tarihinde yapılan “Genişletilmiş İzleme Toplantısında” alınan kararlar içinde bulunduğumuz “olumsuz” durumu özetlemektedir.

2015 yılı Mart ayında yapılan izleme toplantısında Bakanlar Komitesi Eylül 2014 kararlarına karşı Türkiye’nin bildirimlerini incelemiş ve gözyaşartıcı gaz kullanımı dahil toplantıların dağıtılmasındaki zor kullanımı, meydana gelen şiddet ve onur kırıcı davranışların ortadan kaldırılabilmesi için yapılması gerekenleri kararlarına yansıtmıştır.

Hatta kararlar içinde Türkiye’nin bildirimleri içinde yer alan “boyalı su” kullanımı “Genel Önlemler” başlığı altında şöyle yer almaktadır:

“ Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununda değişiklik öngören bir taslak Meclis’te görüşülmeyi beklemektedir. Taslak, yasalara aykırı gösterileri dağıtmada bir ek önlem olarak boyalı su kullanılmasına, böylece suç işleyenlerin diğerlerinden kolayca ayırt edilmesine olanak vermektedir”

6638 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler arasında yer alan PVSK 16/3-B maddesi ile ilgili “boyalı su” kullanımı hakkındaki Raporda yer alan görüşleri tekrar

¹¹¹ İstanbul 33. Asliye Ceza Mahkemesinin 2014/88 Esas sayılı Ceza Davasında yapılan savunmalar sırasında Av. Turgut Kazan tarafından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 23/25 Eylül 2014 günlü 1208 ve 11/12 Mart 2015 günlü 1222.toplantılarında alınan Türkiye hakkındaki “genişletilmiş İzleme” kararlarının örnekleri dosyaya sunulmuştur.

hatırlatmakta yarar görüyoruz. Aslında PVSİ yapılan değişikliklerin doğrudan doğruya 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri ile ilgili olan Kanun açısından da ne kadar önemli olduğu ortadadır.

6638 sayılı Kanun değişikliklerinin “tasarı” olarak Mecliste bulunduğu sırada, Bakanlar Komitesinin kararları arasında bu Kanun Tasarısı içeriği hakkında “*Genel önlemlerle ilgili olarak*” bölümünde yer alan tespit şöyledir:

“Halen parlamentoda tartışılmakta olan yasal değişiklikler: Halen Türk parlamentosunda, diğer konuların yanı sıra, gösteriler sırasında polis memurlarının ateşli silahlar kullanması yetkisine ilişkin düzenlemeleri de içeren bir yasa değişikliğinin tartışılmakta olduğu belirtilmektedir. Avrupa Mahkemesinin hâlihazır yargılamalarda verdiği kararlar ve güç kullanmada orantılılık ilkesi ışığında Türk yetkililerden, ilgili mevzuatta gösteriler sırasında kolluk güçleri tarafından herhangi bir şekilde güç kullanılması halinde bunun orantılı olması koşulu getirilmesinin güvence altına almaları istenmelidir.”

Bu tespitın ve tartışılan kanun tasarının niteliği bakımından ise İnsan Hakları Komisyonunun açıklaması kararda şöyle yer almıştır:

“İnsan Hakları Komisyonunun Açıklaması: Türkiye’de polis ve insan hakları konusundaki 2013 raporunun ışığında, İnsan Hakları Komisyonu 6 Şubat 2015’de, yukarıda sözü edilen yasa değişikliklerinin olası insan hakları ihlallerinde artışa neden olması riskine ilişkin kaygılarını ifade etmiştir.”

Bakanlar Komitesi kararlarında dikkat çekilen ve “Tasarı” olarak değerlendirilen 6638 sayılı Kanunla 2911 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler olumlu değerlendirmeler değildir.

Komite kararının “Genel Önlemlerle ilgili olarak” başlığı altında verdiği Ataman Grubu **“Genişletilmiş İzleme”** kararında ise Bakanlar Komitesinin beklentileri şöyledir:

“ 3. Türk mevzuatında, özellikle gösterilerin barışçıl olarak ve kamu düzeni için bir tehlike oluşturmayacak şekilde yapıldığı durumlarda toplantı özgürlüğü hakkına müdahalede gerekliliğinin değerlendirilmesi koşulunun getirilmesi için ilgili mevzuatın, özellikle (2911 sayılı) "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu"nun değiştirilmesi çabalarını yoğunlaştırmalarını Türk yetkililerden ısrarla talep eder;

4. Kolluk güçlerinin uygulamada uyacakları kuralları düzenleyen ve gösteriler sırasında güç kullanmalarına ilişkin standartları belirleyen muhtelif mevzuatı birleştirerek teke indirmelerini Türk yetkililerinden talep eder;

5. İlgili mevzuatta kolluk güçleri tarafından herhangi bir şekilde güç kullanılması

durumunda bunun orantılı olmasının öngörülmesini ve olayın vukuundan sonra bu tür güç kullanılmasının gerekliliği, orantılılığı ve makullüğü konusunun yeterli bir biçimde gözden geçirilmesine ilişkin hükümler bulunmasını teminat altına almalarını Türk yetkililerden ister;

6. Türk yetkililerden, yetkililerin ve mahkemelerin kötü muamele iddialarının soruşturulmasında ve Sözleşme standartlarına uyularak kolluk güçleri aleyhine açılmış cezai kovuştırmaların yürütülmesinde ivedilikle ve özenle ve kolluk güçlerindeki üst düzey görevliler de dâhil olmak üzere bütün görevlilerin sorumluluklarını açığa çıkaracak şekilde hareket etmelerine ilişkin talebini tekrarlar.”

Açıklanan Bakanlar Komitesi izleme kararlarında yer alan tespitlere bakıldığı zaman 2911 sayılı Toplantı ve gösteri Yürüyüşleri Kanunu ile ilgili herhangi bir kanun değişikliği yapılmadan önce AİHS, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi hükümleri ve AİHM kararları dikkate alınmalıdır. Toplantı gösteri Yürüyüşleri hakkının korunmasında titiz davranılması ve hakkın ihlali değil, hakkın korunmasında kanuni düzenlemelerin daha titiz yapılması hukuk devleti olmasının doğal sonucudur. Ancak 6638 sayılı Kanun değişiklikleri bu yöndeki uyarı ve eleştirileri dikkate almadan ve Türkiye'nin Bakanlar Komitesi karşısındaki konumunu değerlendirmeden yapılmış olan değişikliklerdir.

V- 6638 SAYILI KANUN MADDE 10 İLE

TERÖRLE MÜCADELE KANUNU MADDE 7 DEĞİŞİKLİKLERİ

6638 sayılı Kanun MADDE 10- 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi yürürlükten kaldırılmış ve aynı maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu suçu işleyenlerin cebir ve şiddete başvurmaları ya da her türlü silah, molotof ve benzeri patlayıcı, yakıcı ya da yaralayıcı maddeler bulundurmaları veya kullanmaları hâlinde verilecek cezanın alt sınırı dört yıldan az olamaz.”

Bu Kanunla “çözümlemeyen sorunları” cezalandırma yoluyla çözmek yada bastırmak için Terörle Mücadele Kanunu da değiştirilmiştir. Tıpkı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu gibi en çok değişikliğe uğratılan “baskı” kanunlarından birisi de Terörle Mücadele Kanunudur.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 12 Nisan 1991 tarihinde kabul edilmiştir. Aynı günlü Resmi Gazetenin mükerrer 20843 sayılı nüshasında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 24 yıldan beri yürürlüktedir. 25 maddeden ibarettir. Ek iki maddesi ve Geçici 14 maddesi vardır. Terör sorununu “çözümlemek” amacıyla çıkarılan bu Kanunun gerekçesine göre; *“Bir yandan Anayasanın tanıdığı temel hak ve hürriyetlere saygısı olmayan, şiddeti vasıta edinmiş terörizmle mücadele ederken, diğer taraftan çağdaş demokratik toplum düzenine ulaşmak için şiddeti vasıta kılmayan düşünceleri ifade etme hürriyeti ile şiddeti benimsemeyen düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı hükümlerde de iyileştirici düzenlemeler yapmak gerekmektedir”*.

Gerekçesine göre hem terör sorununu çözmek hatta temel hak ve özgürlükleri korumak ve *“iyileştirici düzenlemeler yapmak”* amacıyla çıkarılmıştır. Ama yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bu Kanun sürekli temel insan hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmak için uygulandı.

Terörle Mücadele Kanunu, sıkıyönetimi, olağanüstü yargı sistemini olağan yargıya dönüştürmekte kullanılan turnusol kâğıdıdır. Yönetimlerin “kamu düzenini korumak”, “terörle mücadele etmek” adına sürekli başvurdukları tüm zamanların vazgeçilmez kanunudur. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere karşı sürekli sorun üreten bir kanundur.

Terörle Mücadele Kanununda en esaslı değişiklikler 1995 ve 2006 yılında yapıldı. Önemli değişikliklerden birisi 2003 yılında gerçekleştirildi. 4928 sayılı Kanunla TMK 1. maddesi başlığıyla birlikte değişti ve “*Terör tanımı*” yapıldı. Kanunun 2. maddesindeki “*Terör suçlusu*” tanımı tehlikeli bir düzenleme içeriyor. Kanunun 1. maddesinde sayılan amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile birlikte beraber veya “*tek başına*” suç işleyen veya amaçlanan “*suçu işlemese dahi*” örgütlerin mensubu olan kişi “*terör suçlusu*” sayılmaktadır. 2. Maddenin son fıkrasına göre “Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır”. Önceki düzenlemede yer alan (ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar) cümlesi 2012’deki kanun değişikliğiyle madde metninden çıkarıldı.

Kanunun “Terör örgütleri” başlıklı 7 inci maddesi; 2006 yılında 5532 sayılı ve 11.04.2013 kabul tarihli 6459 sayılı Kanunla iki kez değiştirildi. 6638 sayılı Kanunla Terörle Mücadele Kanunun 7. maddesinde yeniden değişiklik yapıldı.

7. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “*Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatılması,*” yürürlükten kaldırılıyor. Yerine 7 maddeye eklenen fıkraya göre; “*Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu suçu işleyenlerin cebir ve şiddete başvurmaları ya da her türlü silah, molotof ve benzeri patlayıcı, yakıcı ya da yaralayıcı maddeler bulundurmaları veya kullanmaları halinde verilecek cezanın alt sınırı dört yıldan az olamaz.*”

Böylece; 2013’den itibaren kolaylıkla adına “*terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşü*” denebilecek bir “tanım” kanunla yeniden içselleştirmek suretiyle; barışçıl her toplantı ve gösteri yürüyüşü artık çok daha kolay “*terör örgütü propagandasına dönüştü*” diye yaftalanabilecektir. Ardından kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatanlar en az üç yıl

ile beş yıl arasında hapis cezası istemi ile yargılanacaklar ve kimin attığı belli olmayan silah, molotof ve benzeri patlayıcılar kalabalık içinden seçilip yakalanan ve gözaltına alınanlara yıkılmak suretiyle dört yıldan az olmayan hapis cezaları verilecek...

VI- 4.12.2004 KABUL TARİHLİ VE 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

6638 sayılı Kanunun 13. ve 14. maddeleri ile Ceza Muhakemesi Kanunun 92., inci ve 100.

maddelerinde değişiklikler yapılmıştır.

6.1. 6638 SAYILI KANUN MADDE 13 İLE

CMK'DA YAPILAN MADDE 91/3 DEĞİŞİKLİĞİ

6638 sayılı Kanun MADDE 13- 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanununun 91 inci** maddesine üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(4) Suçüstü hâlleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve her hâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır.

- a) Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar.
- b) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Kasten öldürme (madde 81, 82), taksirle öldürme (madde 85),
 2. Kasten yaralama (madde 86, 87),
 3. Cinsel saldırı (madde 102),
 4. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
 5. Hırsızlık (madde 141, 142),
 6. Yağma (madde 148, 149),
 7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
 8. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (madde 195),
 9. Fuhuş (madde 227),
 10. Kötü muamele (madde 232),

c) 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan suçlar.

d) 6.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlar.

e) 10.6.1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme.

f) 21.3.2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen suçlar.”

CMK’nın 91. Maddesine eklene 4. fıkra ile gözaltı tedbirinin uygulanma alanı genişletilmektedir. Kolluğa belirli durumlarda 48 saate kadar gözaltı kararı verme yetkisi tanınmaktadır. Eklenen 4. fıkra ile *“Suçüstü halleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmidört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırksekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması halinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhal ve her halde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırksekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır.”* dendiikten sonra bu işlemin tatbik edilebileceği suçlar sayılmaktadır.

Bu suçların listesi fazlasıyla geniş bir biçimde belirlenmiştir:

- a) Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar
- b) TCK’da yer alan; Kasten öldürme, taksirle öldürme, kasten yaralama, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, hırsızlık, yağma, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma, fuhuş, kötü muamele, 3713 sayılı TMK’da yer alan suçlar, 2911 sayılı Kanunun 33/1-a maddesinde yer alan suçlar ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme.

Bu son derece vahim bir düzenlemedir, çünkü hem CMK’daki genel sisteme hem de “yakalama ve gözaltı” tedbirinin niteliğine aykırıdır.

Eklenen hüküm, bu haliyle adeta “gözetim” tedbirinin “adli” niteliğini ortadan kaldıracak bir hükümdür.

Bu durum, esasında bir adli tedbir olarak öngörülen yakalama-gözetim işlemine tamamen önleme amaçlı bir idari boyut kazandırılmasını ifade etmektedir. Bu ise hali hazırda uygulamada ciddi sorunlara neden olan “adli kolluk-idari kolluk” ayırımının daha da bulanıklaştırılması sonucunu doğuracaktır.

Bu özellikleriyle burada tanımlanan tedbir, aslında CMK 91’deki yakalama ve gözetimden başka bir şeydir. Hukuki dayanaktan yoksun böyle bir tedbirin adı ancak hukuki olmayan bir ifade ile “**kısıtlı alma**” olabilir.

Gözetim, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına bir müdahale teşkil eder. Bu nedenle ancak bir **suç şüphesi bulunduğu, kısıtlı süreyle, savcının kararı ile uygulanabilir**. Savcının kararı; aslında kolluk tarafından bir suçun soruşturulması için gerekli olan durumlarla sınırlı olmak üzere yapılan yakalama ve tutma işleminin denetlenmesine ve böylece kişi özgürlüğünü ve güvenliğinin ihlaline neden olunmaması amacını taşır. Polisin yakalama yetkisi vardır ancak “**gözetim**” yetkisinin verilmesi kabul edilemez. Mevcut 91/4. fıkraya (eklenen fıkra gereği oluşacak teselsül gereği 5. fıkraya) göre “gözetimine alma ve gözetim süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı” sulh ceza hâkimine başvurulabilir. Önerilen değişiklikte C. Savcısı tarafından verilmiş bir gözetim talimatı bulunmadığından, **kolluk amirinin bu kararlarına karşı sulh ceza hâkimine başvurup başvurulamayacağı sorusu tereddüt doğurmaktadır**. Her ne kadar Kanun tasarısında madde gerekçelendirilirken “*Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözetimine alınan kişiler hakkında da gözetimine ilişkin hükümler uygulanır.*” şeklinde gözetimin denetimini de içine alabilecek genel bir atıf yapılmış olmasına rağmen bu konuda daha açık bir ifadenin kullanılmasının yerinde olacağı ifade edilmiş ise de ¹¹² bu konuda yapılan eleştiri dikkate alınmamış ve madde kanunlaşmıştır.

Bu tedbirin “**şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda**” uygulanması öngörülmesi ise, bu durumda Olağanüstü Hal Kanunu’na bir hüküm olarak eklenmesi ve bu koşulların bulunduğu hallerde olağanüstü hal ilan edilerek bu yetkinin kullanılmasının öngörülmesi daha yerinde

¹¹² İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü.

olurdu. Bu düzenlemeye göre kolluk amirinin gözaltı kararı verebilmesinin ancak suçüstü halleriyle sınırlı olabileceği belirtilmiştir. Ancak hem suç işlendiğine hem de kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması tehlikesi bulunduğuna karar verecek olan merci yine kolluk olacaktır ve bu karar 48 saat boyunca Cumhuriyet Savcısına bilgi verilmeden uygulanabilecektir.

Bu durum esasen C. Savcısının, adli görevleri bakımından emri altında bulunan kolluk görevlileri üzerinde yetkisinin sınırlanması ve adli soruşturmanın mülki amir, yani yürütme organı temsilcisi tarafından belirlenmiş kolluk görevlisi tarafından yapılması anlamına gelmektedir. Diğer yandan C. Savcısının bu zaman dilimi içerisinde gözaltı işlemine müdahale edip edemeyeceği de belli değildir, mevcut düzenleme C. Savcısı ve kolluk amiri veya mülki amir arasında yetki çatışmasını doğuracak mahiyettedir. Oysa CMK'nun 161. maddesi başta olmak üzere C. Savcısının yetkilerini düzenleyen bütün hükümleri, adli kolluk amir ve görevlilerini C. Savcısının emri altında çalışan kişiler olarak tanımlamıştır¹¹³.

Böyle bir düzenleme polisin keyfi hareket alanını fazlasıyla genişletecektir. Cumhuriyet Savcısına haber verildikten sonraki işlemler de dikkate alındığında sürelerin katmerlenerek uzamasının önüne geçilemeyecektir. Bu durum ise kişilerin uzun süre keyfi şekilde tutulması uygulamasına imkan yaratır. Bu haliyle düzenleme, hem süreler hem de tedbire karar veren merci bakımından Anayasaya aykırıdır.

Kaldı ki; “toplumsal olaylar sırasında cebir ve şiddet içeren suçlar”ın ne anlama geldiği de belirsizdir? Böyle bir suç kategorisi bulunmamaktadır. Bu nedenle Kanunda bu kadar soyut ve genel bir belirleme yapılması son derece yanlıştır. Ayrıca “toplumsal olaylar sırasında işlenen suçlar”, polis ve jandarma açısından çok geniş ve neredeyse münhasır bir yetki alanını işaret etmektedir. Bu durumda olayların kolluk alanından çıkıp da adliyeye sirayet etmesi iyice yavaşlatılacak ve kolluk şiddetine, işkence ve kötü muameleyle zemin hazırlayan bir keyfilik alanı yaratılmış olacaktır.

Bu düzenleme ile mülki amirlerce belirlenecek **kolluk amirleri tarafından yirmidört saate kadar**, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek **toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırksekiz saate kadar gözaltına alınma** kararı verilebilmesini kabul etmesi savcılık makamının bir nevi ortadan kaldırılmasına yol açacak uygulamalarla karşılaşacağımızı göstermektedir.

¹¹³ İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü.

Belirtilen sürelerin sonunda savcıya bilgi verilerek onun talimatı doğrultusunda hareket edileceği belirtilmiştir. “Ancak kişi en geç kırksekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır” denilmek suretiyle, bireysel suçlarda hâkim önüne çıkarılma süresi, “24 saatten, 48 saate” çıkarılmaktadır. Kolluk amirine savcı yetkisinin verilmesi anlamına gelen böyle bir hüküm, “kişi güvenliği” ve “kuvvetler ayrılığı” ilkelerine aykırı olup, “işkence” iddialarına karşı güvence olarak getirilmiş olan CMK’nın “gözaltına alma kararının” savcı tarafından verilebileceği kuralından geriye gidişi ifade etmektedir.

Böyle bir durumda iki önemli CMK kuralının dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır: Bunlardan ilki, CMK m.90/4’deki, “Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir” hükmü gereğince, CMK m.147’de ki, hakların bildirilmesidir¹¹⁴. İkincisi ise, CMK m.91/3 gereğince, “Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir” hükmüdür.

6.2. 6638 SAYILI KANUN MADDE 14 İLE CMK 100. MADDEDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK VE EK BENTLER

6638 sayılı Kanun MADDE 14- 5271 sayılı Kanunun 100 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına aşağıdaki bentler eklenmiştir.

“g) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinde sayılan suçlar.

h) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen suçlar.”

CMK m.100/3’de sayılan katalog suçların varlığı uygulamada haklı olarak eleştirilmektedir¹¹⁵. Çünkü, CMK m.100/3’de, katalogda sayılan suçların “işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var

¹¹⁴ **Demirbaş** Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3.baskı, Ankara 2013, s.116. CMK m.147/1’e göre, şüpheliye yüklenen suç anlatıldıktan sonra, ona aşağıdaki hakları öğretilecektir: 1) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirileceği; 2) 95’inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirileceği; 3) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu; 4) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınacağı, söylenir.

¹¹⁵ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, n.63.3-II, 934; Centel-Zafer, 348; Öztürk, 474; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, 291; **Şahin** Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, I, 4.baskı, Ankara 2013, s.241; **Hakeri** Hakan-**Ünver** Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, Temel Bilgiler, 3.baskı, Ankara 2009, s..170.

sayılabilir” hükmüne dayanılarak, tutuklama kararı verilmesinin gerekçesi olması nedeniyle haklı olarak eleştirilirken, buna yeni suçlar eklenmesi ve özellikle Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinde sayılan suçların m.100/3 kapsamına alınması düşündürücüdür¹¹⁶.

2911 sayılı Kanunun 33. Maddesine inceleme konusu Yasayla eklenen ve yukarıda belirttiğimiz üzere alt sınırı 2 yıl 6 ay olan bir suçun, katalog suçlar listesine eklenmiş olması, zaten çok ölçüsüzce uygulanan tutuklama tedbirinin kapsamının genişletilmesi bakımından son derece sorunludur. Diğer yandan mahkûmiyet halinde dahi, sanığın cezaevinde geçireceği süresinin son derece kısa olduğu bir suçtan tutuklamaya imkan verilmesi ölçülü değildir. Bu nedenle gerek yapılan ekleme gerekse CMK’nun 100/3. fıkrasındaki hali hazırdaki liste yerinde değildir¹¹⁷.

VII- 10.6.1949 KABUL TARİHLİ 5442 SAYILI İL İDARESİ KANUNU’NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

6638 sayılı Kanunun 15., ve 16., maddeleri ile 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11. ve 66 ncı

maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

7.1. 6638 SAYILI KANUN MADDE 15 İLE

İL İDARESİ KANUNU MADDE 11 DEĞİŞİKLİĞİ

6638 sayılı Kanun MADDE 15- 10/6/1949 tarihli ve **5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11 inci maddesine** aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“G) Vali, lüzumu hâlinde, kolluk amir ve memurlarına suç faillerinin bulunması için gereken emirleri verebilir. Kolluk bu emirleri, mevzuatta belirlenen usule uygun olarak yerine getirir.

H) Vali, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini sağlamak amacıyla aldığı tedbir ve kararların uygulanması için adli kuruluşlar ile (D) fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla askerî kuruluşlar dışında, mahallî idareler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının itfaiye, ambulans, çekici, iş makinesi ve tedbirlerin zorunlu kıldığı diğer araç ve gereçlerinden yararlanabilir, personeline görev verebilir. Kamu kurum ve kuruluşları, valinin bu konudaki emir ve talimatlarını yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde vali, emir ve talimatlarını kolluk aracılığıyla uygular. Bu fıkradaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya

¹¹⁶ **Madde 33** - a) Toplantı ve yürüyüşlere, 23 üncü maddenin (b) bendinde sayılan silah veya araçları (bunlar ruhsatlı taşınsa bile) taşıyarak katılanlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. b) (a) bendinde yazılı olanlardan 24 üncü maddedeki emir ve ihtarı müteakip kendiliğinden dağılmayanların, dağıtılmaları için zor kullanıldığı takdirde, bunlar üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

c) Dağılma sırasında 23 üncü maddenin (b) bendinde yazılı silah veya araçlarla mukavemet edenler beş yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹¹⁷ İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü.

geciktirilmesi sebebiyle oluşan kamu zararı ile gerçek ve tüzel kişilerin Devlet tarafından karşılanan zararları ilgili idarece genel hükümlere göre sorumlu kamu görevlilerinden tazmin edilir.

I) (H) fıkrası ile valiye verilmiş olan yetkiler, ilçede kaymakam tarafından da kullanılabilir.”

İl idaresi Kanunu’nun 11. maddesinde yer alan Valinin yetkilerine üç fıkra eklenmekte, bu yetkilerin ilçelerde kaymakamlar tarafından kullanılabileceği düzenlemesine yer verilmektedir. Yapılan değişiklikle mülki amire yargısal yetkiler tanınmaktadır.

Düzenleme ile getirilen yetkilerden ilki, “...*lüzumu halinde, kolluk amir ve memurlarına suçun aydınlatılması ve suç faillerinin bulunması için gereken acil tedbirlerin alınması hususunda doğrudan emirler verebilir. Kolluk bu emirleri mevzuatta belirlenen usule uygun olarak yerine getirir.*” İkincisi ise kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ve kişilerin can ve mal emniyetini sağlamak amacıyla aldığı tedbirlerin icrası için adli kuruluşlar ve askeri kuruluşlar hariç mahalli idareler ve tüm kamu kuruluşlarının imkan, araç ve personeline görev vermek ve araç ve gereçlerini kullanmak yetkisinin verilmesidir. Düzenlemeye göre bu hükme uyulmaması durumunda, talimatlar kolluk marifetiyle icra edilir. Talimatların uygulanmasında gecikmeden kaynaklanan zararlar, ilgili kamu görevlilerinden tazmin edilir.

Bu düzenleme ile getirilmek istenen düzene dair iki çarpıcı husus vardır:

1- Değişiklikle mülki amire yargısal yetkiler tanınmak isteniyor.

2- Cumhuriyet Savcısının adli kolluğa dair yetkileri tırpanlanarak, kolluk adli yönden de mülki amire bağlanmak isteniyor ve adli- idari kolluk arasındaki ayırım iyiden iyiye ortadan kaldırılmak isteniyor.

Düzenleme ile adli iş ve işlemlerde valiye görev ve yetki verilmektedir. Özellikle faillerin yakalanması ve suçun aydınlatılması noktasında Valiye tanınan yetki, Valinin C. Savcısının yetkilerini üzerine almasını, suç soruşturması tekeli olan Savcının devre dışı bırakılmasını sonuçlayacaktır. Adli iş ve işlemlerin yürütme tarafından icra edilmesi ise uygulamadaki sorunları daha da arttıracak ve suç soruşturmasında karmaşa doğuracaktır. Valiye bu yetkilerin verilmesi ile sanki bir toplum polisi yaratma projesi hayata geçiriliyor demektir.

Burada Valiye, “*adli konularda kolluk amir ve memurlarına suçun aydınlatılması ve suç faillerinin bulunması için gereken acele tedbirlerin alınması*

hususunda doğrudan emirler verebilme yetkisi” verilmek suretiyle, soruşturma evresinde savcı yanında ikinci bir yetkili makam yaratılmaktadır. Bu, Anayasanın *“kuvvetler ayrılığı”* ilkesine ve CMK m.160 vd. maddelerinde öngörülen *“soruşturma evresinin yetkilisinin C.savcısı olması”* esasına aykırıdır.

Önleyici kolluk faaliyeti suç öncesine ilişkin olup, suçu önlemeye yöneliktir ve idarenin görevine girer. Buna karşılık, suç sonrası adli faaliyetler ceza muhakemesine ve dolayısıyla savcının görev alanına girer. Adli bir görevin idare tarafından ele geçirilmesini amaçlayan düzenleme, 21 Aralık 2013 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmak suretiyle¹¹⁸ Adli Kolluk Yönetmeliğinde yapılan ve daha sonra Türkiye Barolar Birliği’nin yaptığı başvuru üzerine Danıştay 10’uncu Dairesinin 27.12.2013 tarihli kararıyla *“telafisi mümkün olmayan sonuçlara neden olacağı”* gerekçesiyle yürütülmesi durdurulan değişikliği yasalaştırmayı amaçlamıştır.

Diğer yandan söz konusu düzenleme soruşturma işlemlerini yapmak yetkisine

¹¹⁸ **MADDE 1** – 1/6/2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Adli Kolluk Yönetmeliğinin 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan adli kolluk sorumlusu deyimini aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve bu deyimden sonra gelmek üzere aşağıdaki deyim eklenmiş ve mevcut deyimler buna göre teselsül ettirilmiştir.

“Adli kolluk sorumlusu: Mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından görevlendirilen adli kolluğun komutanını, amirini veya sorumlusunu,”

“En üst dereceli kolluk amiri: Emniyet Genel Müdürlüğünde; il emniyet müdürünü, ilçe emniyet müdürünü veya amirini, Jandarma Genel Komutanlığında il jandarma komutanını, ilçe ve merkez ilçe jandarma komutanını, Sahil Güvenlik Komutanlığında; birlik komutanını, Gümrük ve Ticaret Bakanlığında; gümrük muhafaza kaçakçılık ve istihbarat müdürünü,”

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin birinci cümlesinde yer alan “savcılar” ibaresi “başsavcılığı” ibaresi olarak değiştirilmiş ve aynı fıkra aşağıdaki (c) bendi eklenmiştir.

“c) En üst dereceli kolluk amiri adli olayları, suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenliğini korumakla ve bu konuda gerekli tedbirleri almakla görevli ve yetkili olan mülki idare amirine derhal bildirir.”

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiş, mevcut fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

“Adli kolluk görevlileri, kendilerine yapılan bir suça ilişkin ihbar veya şikâyetleri; el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhâl Cumhuriyet başsavcılığına ve en üst dereceli kolluk amirine bildirir ve ilgili Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerine başlar.”

“Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasında sayılan suçlar nedeniyle yapılan soruşturmaların aşamaları hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan veya varsa ilgili Cumhuriyet başsavcı vekili aracılığıyla Cumhuriyet başsavcısına yazılı olarak bilgi verilmesi zorunludur. Bu bildirim yazıları görüldü şerhinden sonra soruşturma dosyasında muhafaza edilir.

En üst dereceli kolluk amiri, adli kolluk hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi amacıyla adli kolluk görevlileri üzerinde gözetim, denetim, planlama ve gerektiğinde diğer idari tedbirleri almaya ve iş bölümünü yapmaya yetkilidir.”

MADDE 4 – Aynı Yönetmeliğin 11 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Cumhuriyet başsavcılar her yılın sonunda, bu Yönetmeliğin 3 üncü maddesine göre belirlenmiş adli kolluk sorumluları hakkında değerlendirme raporu düzenleyerek, mülki idare amirlerine gönderir.”

sahip C.Savcısı ile Vali arasında (ilçelerde kaymakam) yetki çatışmasının ortaya çıkmasına da neden olacak mahiyettedir.

Düzenleme İl İdaresi Kanunu'nun genel sistematığına ve 11. madde düzenlemesinin içeriğine de uygun değildir. Zira anılan madde, önleyici kolluk faaliyetlerine ilişkindir.

7.2. 6638 SAYILI KANUN MADDE 15 İLE

İL İDARESİ KANUNU MADDE 66 DEĞİŞİKLİĞİ

6638 sayılı Kanun MADDE 16- 5442 sayılı Kanunun 66 ncı maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davrananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

İl İdaresi Kanunun 66'ncı maddesinin birinci fıkrasına yukarıdaki hükmü eklenmek suretiyle, mülki amirlere “*suç yaratma*” yetkisi verilmek istenmektedir. Bunun “*suçta ve cezada kanunilik*” ilkesine ve dolayısıyla An.m.38'e aykırı olacağı açıktır. Aslında bu husus, 765 sayılı TCK m.526'nın karşılığı olan Kabahatler Kanunu m.32'de “*emre aykırı davranış*” başlığı altında, idari ceza hukuku kapsamında düzenlenmektedir.

Bu düzenlemeyle, yürürlükte olan düzenlemede kabahat olarak öngörülen “idari emirlere aykırılık”, bir suç haline getirilmektedir.

Yürürlükteki mevzuatta, yetkili makamlarca çeşitli sebeplerle verilen hukuka uygun emirlere aykırı davranma Kabahatler Kanunu m.32 uyarınca idari para cezasıyla yaptırım altına alınmış bir kabahattir. Bu madde, ilgili kanunlarda açık hüküm bulunan hallerde uygulanmakta olup, İl İdaresi Kanunu'nun değiştirilen 66. maddesi de bu yönde bir hüküm içermektedir. Emre aykırı davranma, mülga TCK m.526'da da cürüm-kabahat ayrımı bağlamında kabahat türünden suç olarak düzenlenmekteydi ve bu madde kanunilik ilkesi açısından tartışılmaktaydı. Türk Ceza Hukuku reformu sonrasında bu fiil, TCK'dan ve suç olmaktan çıkarılarak, idari para cezasıyla karşılanan kabahat olarak düzenlenmiştir.

Emre aykırı davranışın suç olarak düzenlenmesi ve suçun unsurlarının idarenin karar ve tedbirleriyle belirleniyor olması, suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 38. maddesine aykırıdır. Nitekim benzer bir içeriğe sahip olan TCK'nun 297. maddesinin ikinci fıkrasındaki “*yetkili makamlar*

tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi,” cezalandırılır hükmü Anayasa Mahkemesi’nin 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı RG’de yayımlanan, 7.7.2011 T., 2010/69 E. ve 2011/116 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Karar gerekçesinde Anayasa Mahkemesi haklı olarak “*sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir*” tespitine yer vermiştir.

Öngörülen düzenleme ile iptal edilen hükme nazaran çok daha geniş bir alanda Valilik karar ve tedbirlerine aykırılık suç olarak düzenlenmektedir ve Anayasaya aykırıdır¹¹⁹.

VIII- CEZA HUKUKUN AMACI VE ASIL SORUN NEDİR?

O halde asıl sorun nedir? Hukuk, hak ve özgürlükleri nasıl bağdaştırabiliriz?

- Demokratik çoğulculuğun vazgeçilemez bir gereği olarak; temel hak ve özgürlükler, bu bağlamda, düşünce ve onu açıklama özgürlüğü; olanca genişliğiyle ilan edilmeli ve güvence altına alınmalıdır. Bu, demokratik bir siyasal düzenin condito sine Qua non – olmazsa olmaz- koşuludur.
- Ne var ki, toplum yaşamının; tüm özgürlükleri düzenleyici bazı sınırlamaları da beraberinde getirdiğini görüyoruz.
- Öyle ise asıl sorun; hak ve özgürlüklerin ilan edilip edilmeyeceği, tanınıp tanınmayacağı sorunu olmayıp; zorunlu sınırlamaların bireysel hak ve özgürlüklere hizmet edecek, onları güvence altına alacak biçim ve kapsamda kurumsallaştırabilmesi sorunudur. Bunun için de çağımızın önde gelen ceza hukukçusu Mantovani’nin belirttiği gibi, özgürlükçü hukuk aşamasının yaşandığı çağımızda;

✓ Özgürlük düşüncesinden vazgeçmeyen,

¹¹⁹İ.Ü. Hukuk Fakültesi Görüşü.

- ✓ Ancak, özgürlüğü azınlığın özgürlüğü olmaktan çıkartan, bunu sağlayabilmek için de, yasa önünde eşitlik sağlamakla yetinmeyen; yapısal, maddi, içeriksel eşitliği amaçlayan,
- ✓ Başka bir deyişle; doğadan gelen özgürlükleri sağlam güvenceye bağlayan,
- ✓ Bireysel öge ile toplumsal öge arasında uzlaşmayı hedefleyen,¹²⁰

bir özgürlük anlayışı egemen olmalıdır (Alacakaptan, Uğur)

Asıl sorun böylece saptanmış oldu. Bu ne demektir?

Sayın Prof. Dr. Uğur Alacakaptan bu soruya yıllar önce şöyle yanıt vermişti.

“Bu da şu demektir: Ceza Hukuku; liberalleşerek, temel hak ve özgürlükleri baskı altında tutmanın değil, bunlara; kamusal ya da özel odaklardan ve güçlerden gelebilecek saldırı ve müdahalelere karşı eşit biçimde ve ayırım gözetmeyen etkin bir koruma sağlayacak bir araç haline dönüşmelidir.

Ceza Hukuku’nun; böyle bir araç kimliğine kavuşabilmesi ya da dönüşebilmesi için, öncelikle; düşünce farklılıklarını bastıran ve demokratik çoğulculuk ile bağdaşmayan her çeşit siyasal nitelikteki suçlardan arındırılması, gerçek anlamda antisosyal karakter taşımayan eylemlerin suç olmaktan çıkarılması ve demokratik-toplumsal-hukuk devleti hedefini gerçekleştirmenin, toplumsal tecanüs, yani bağdaşıklık sürecinin harekete geçirilmesinin, çeşitli toplumsal çıkarların aracı olması gerekecektir.”¹²¹

Anlaşılamama olasılığına karşı çok sevdiği **Sayın Prof.Dr. Çetin Özek’e** atıf yaparak yeniden açıkladı.

Prof.Dr. Uğur Alacakaptan ceza hukukunun özgürlükçü karakterini açıklarken şunları söyledi:

“Başka bir deyişle: günümüzün Ceza Hukuku; yasalara ya da en geniş anlamda yukarıdan indirilen kurallara uymayı ya da uymamayı suç sayıp, cezalandırmanın hukuku olmamalıdır. Sayın Prof.Dr. Çetin Özek’in büyük bir isabetle belirttiği gibi; *“geleneksel ceza hukuku anlayışına göre; failin ceza görmesinin nedeni, norma aykırı davranmış olmasıdır. Böyle olunca da , normu koyan siyasal erkin menfaati; korunan hukuksal menfaat olmaktadır.”*

“Menfaat siyasal erkin olunca, bu erk; suç tanımı yapmak, yaptırımı göstermek, seçeceği cezayı çektirmek ve ondan önce de yargılamakta, sübjektif hak sahibi olmaktadır.”

Bu yaklaşım, insan hakları temeline dayanan çağdaş ceza hukuku ile bağdaşmaz, uzlaşamaz.”¹²²

O halde bir ülkenin ceza yasasının “**demokratik**” olup olmadığı ceza normunun “**suç**” olarak tanımladığı “**yasak kuralı**” ile koruduğu hukuksal yarara göre belirlenir.

Bu aynı zamanda o ülkenin “demokratiklik” göstergesidir.

Türk Ceza Kanunumuzun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir (*Madde 1*).

¹²⁰ İlkiz, Fikret. Prof.Dr. Uğur Alacakaptan’a Göre Asıl Sorun Nedir? Uğur Alacakaptan’a Armağan. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları. 1. Bası. İstanbul Haziran 2008. Cilt 1. Sayfa 23. Alacakaptan Age.

¹²¹ Alacakaptan Age

¹²² Alacakaptan Age

TCK'nin 1. inci maddesinde yazılı olan bu amacın nasıl gerçekleştirileceği konusunda ise temel soru **“ceza sorumluluğu”** sisteminin nasıl kurulduğuna yanıt vermekten geçer.

Herkes bilir, hukuk düzeni kendiliğinden oluşmaz, insan ürünüdür. Bireyler, hukuk düzeninin normlarına uygun davranırsa, sorumlu olmazlar. Bireyin sorumlu olması için ön koşul; norma karşı hukuka aykırı eyleminin olmasıdır ve **“hukuka aykırılık”**, eylemle **“hukuk düzeni”** arasındaki çelişkidir. Buna karşın her hukuka aykırı eylem **“suç”** değildir.

Biçimsel açıdan **suç**; ceza normu tarafından toplumsal yapı açısından açıkça hukuka aykırılığı öngörülen ve ceza yaptırımı uygulanarak önlenmesi amaçlanan, belirlenştirilmiş, sınırlandırılmış insan eylemidir.

Ceza hukuku **“cezalandırma”** hukuku olmaktan çıkmıştır, çıkarılmalıdır. Bireyin haklarını koruyan ve **bireylere güvence sağlayan** hukuk olmalıdır.

Suç kavramı değişmiştir. Biçimsel olarak suç, **“ceza normunun”** tanımladığı eylemdir. Bu şekildeki geleneksel tanım terk edilmiştir.

Öz bakımından suç; normun koruduğu **“yararı”** ihlal eden **somut** eylemdir.

Gerçekten, ceza normunun bir eylemi suç olarak tanımlaması, ne **“siyasal gücün otoritesini”**, ne **“toplumsal savunmayı, etik değerleri”** korumak ve de **“failin tehlikeliliğini”** önlemek amacına yönelik değildir.

Amaç, demokratik düzende, bireyin sahip olduğu hakların ihlalinin önlemektir. Bu nedenle artık ceza sorumluluğunun konusunu **“fail”** değil, **“hukuksal yararın ihlali”** oluşturmaktadır.

Sonuç çıkarmak gerekirse; **“ceza sorumluluğunun kişiselliği”** kuralı çağdaş ceza hukukunun temel taşıdır. Kişinin kendi iradi hareketiyle nedensellik bağı kurulabilen hukuka aykırı bir neticeden sorumlu tutulmasıdır. Failin cezai sorumluluğu, ancak bu hallerde **“ceza normu”**nun koruduğu **“hukuksal yararı”** ihlal etmesine bağlıdır.

Bu nedenle, gelmiş, geçmiş ve gelecek bütün siyasal güçlerin görevi; **“insancıl ceza hukuku”**nu kurmaktır.

Hukuk devleti, ceza hukukunun alanını sınırlar. Bu sonuç aslında ceza hukukunun amaç ve niteliği ile açıklanmaktadır.

Eğer devlet ortaya çıkan bir soruna el koyarak kendini bu sorunu çözmek zorunda hissediyorsa; el koymak istediği bu soruna öncelikle hukukun öteki dallarında var olan çare ve olanakları kullanarak yaklaşmalı ve buna göre çözmelidir. Zor kullanmak ve ceza hukuku son çaredir. Eğer devlet, hukukun diğer dalları yetersiz kalırsa ve tüm yolları denemesine karşın çareleri tüketirse, ancak o zaman zorlayıcı, cezalandırıcı müeyyidelere başvurabilir...

Anayasa Mahkemesi bir kararında şu ifadelere yer vermektedir:

“...yasa koyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemelere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlayamaz. Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur. Cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukukunun temel ilkelerindendir.”¹²³

Devletin ceza hukuku konusunda bir politikası ve felsefesi olmalıdır.

¹²³ AYMK. E. 1991/35, K. 1991/13, KT. 06.06.1991, nakleden: İlker Hasan DUMAN, Hukuk Devleti, İstanbul 2003, s. 253–254.

Çetin Özek’in devletinin soyut bir otorite olmadığı hakkındaki sözlerini anımsayalım:

“ ...Devlet çağdaş toplum yaşamının yönetim sistemidir. Bu nedenle de insan haklarına geçerlilik sağlayan devlet değil, insanın kendisidir. İnsan, doğa ve yaşam koşulları zorunlu kıldığından devleti yaratmıştır. Devletin nedeni insanın mutlu ve korkusuz yaşamını sağlamaktır”.

Bu bölümde özellikle vurguladığımız düzenlemeyi tekrarlırsak eğer; TCK’nin 1 inci maddesinin başlığı “Ceza Kanununun Amacı” ...1.inci maddede Türk Ceza Kanununun amacı ile aslında bu kanunun temel ilkelerinin ne olduğu açıklanmak isteniyor. 1.maddeye göre Türk Ceza Kanunumuzun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir (*Madde 1*).

Bu madde birçok doğruyu kendi içinde barındırıyor.

Ama her zamanki söylem biçimi bakımından “polis hukukuyla” korunmak istenen “kamu barışı” veya “kamu düzeni” gibi geniş kavramlar tartışma konusu olabilmektedir. Aslında bazen belirsiz kavramlarla örtüşmesi de mümkün olan kavramlardır.

Hemen bu tartışmanın ardından ileri sürülen görüşe göre Türk Ceza kanunu ile “suç işlenmesini önlemek” amacı nasıl mümkün olacaktır?

Suç, kişi hak ve özgürlükleri ile daha önceden belirlenmiş olan diğer değerlerin ihlali anlamına da gelir. Bu nedenle belki de eğer bir amaç belirlemesi yapılması zorunluluk ise, şöyle bir amaç belirlemesinin ceza kanunu veya cezalar için daha uygun olacağı görüşündeyiz:

“ Ceza hukukunun amacı, vatandaşların barış içinde ve güvenli olarak beraber yaşamaları için kaçınılmaz olan kişinin ve toplumun hukuki değerlerini, bunları daha hafif başka hukuki ve sosyal-politik tedbirlerle korumanın mümkün olmadığı durumlarda, korumaktır”¹²⁴

Çünkü ceza hukuku diğer hukuksal düzenlemelerin ve hukuk dallarının yetersiz olduğu durumlarda kendisine başvurulması gereken son sıradaki hukuktur.

Toplumsal düzendeki her bozulmayı ceza yaptırımıyla gidermek hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz¹²⁵

Bu yüzden, ceza hukuku, cezalandırma hukuku değildir.

Ceza hukuku, bireyin temel haklarını hakkını korur.

Yasama organı, insan haklarını ihlal eden suçlar yaratamaz.

Ceza hukuku ve cezalandırma **son çare** (*ultima ratio*) olmalıdır.

Ceza hukuku ve cezalandırma **ilk çare** (*solo ratio*) değildir.¹²⁶

6638 sayılı Kanun değişikliklerine genel olarak ve ceza hukuku açısından bakış açımız içinde

yaptığımız değerlendirmeler karşısında hukuka uygun olmadığı ve insan haklarının korunması

ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır.

¹²⁴ Suç Politikası. Güncel Ceza Hukuku Serisi 5. Proje Yöneticisi Prof. Dr. Kayıhan İçel. Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Yener Ünver. Seçkin Yayınları.2006 Ankara. “Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri” Prof. Dr. H.cmuH. Claus ROXİN. Ass. Osman İSFER Sayfa 280

¹²⁵ Suç Politikasının Ana İlkeleri Bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi Prof. Dr. Kayıhan İçel.

¹²⁶ İlkiz, Fikret Ceza Adaleti. (1) Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 11 Ocak -15 Ocak 2010 Ankara.

IX- SONUÇ YERİNE;

Ceza hukukunun cezalandırma hukuku olmadığı ve son çare olması gereken özelliğinden dolayı 6638 sayılı Kanun değişiklikleri ile çıkaracağımız sonuçları şöyle özetleyebiliriz:

1) PVSK m.4A/6'ya eklenen cümle ile kolluk amirine *“kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması”* yetkisinin verilmesi ve *“Kolluk amirinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması”*nın düzenlenmesi kişi özgürlüğüne müdahaledir, keyfi uygulamalara konu olacak niteliktedir.

2) Polisin *“yakalama”* yetkisinin düzenlendiği PVSK m.13'de yapılan değişiklikle, kolluğa verilen *“yakalama yetkisi”*, *“kişi güvenliğine”* keyfi olarak müdahale edebilmeyi mümkün hale getirmiştir.

3) PVSK m.15'e eklenen fıkra ile *“Polisin, müşteki, mağdur veya tanık ifadelerini, ikamet ettikleri yerlerde veya işyerlerinde de alabilmesi”* hakkındaki böyle değişiklik CMK'nın *“soruşturma evresinin sorumlusunun C. Savcısı”* olduğu esasına aykırıdır.

4) CMK m.135'de 24 saat olarak düzenlenmiş olmasına karşın; *“İstihbarı amaçlı iletişimin tespiti ve dinlenmesinin”* düzenlendiği PVSK Ek m.7 ve ayrıca Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun Ek m.5'de yapılan değişikliklerle bu konudaki yazılı emrin yetkili hâkimin onayına sunulma süresinin **24 saatten 48 saate** çıkarılması temel kanun olan CMK'daki düzenlemeye uygun değildir.

5) CMK m.91'e eklenen dördüncü fıkra ile mülki amirlerce belirlenecek **kolluk amirleri tarafından yirmidört saate kadar**, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek **toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırksekiz saate kadar gözaltına alınma** kararı verilebilmesi kabul edilmiş ve bireysel suçlarda hâkim önüne çıkarılma süresi, **“24 saatten, 48 saate”** çıkarılmıştır. Kolluk amirine adeta savcı yetkisinin tanınması anlamına gelen böyle bir yetki, *“kişi güvenliği”* ve *“kuvvetler ayrılığı”* ilkelerine

aykırı olup, “işkence” iddialarına karşı güvence olarak getirilmiş olan CMK’nın “gözüaltına alma kararının” savcı tarafından verilebileceği kuralından geriye gidişi ifade etmektedir.

6) CMK m.100/3’de sayılan katalog suçların varlığı uygulamada haklı olarak eleştirilmesine rağmen, bu maddeye yeni suçlar eklenmesi düşündürücüdür ve özellikle Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinde sayılan suçların m.100/3 kapsamına alınması ölçülülük ilkelerine aykırıdır.

7) İl İdaresi Kanununun 11 inci maddesine eklenen (G) fıkrası ile Valiye, “adli konularda kolluk amir ve memurlarına suçun aydınlatılması ve suç faillerinin bulunması için gereken acele tedbirlerin alınması hususunda doğrudan emirler verebilme yetkisi” getirilmesi, Anayasanın “kuvvetler ayrılığı” ilkesine ve CMK m.160 vd. maddelerinde öngörülen “soruşturma evresinin yetkilisinin C.savcısı olması” esasına aykırıdır.

8) Sonuç olarak, 27.3.2015 tarih ve 6638 sayılı Kanunla polise ve mülki amirlere (vali, kaymakam) tanınan gözüaltı, arama ve adli soruşturma başlatma yetkilerinin verilmesi Anayasaya, CMK’na aykırıdır ve C.savcının yetkileri kolluk ve mülki amirlere geçmiştir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi’ni kuran 1961 Anayasası’nın özgürlükleri tehdit “yargısal koruma” eksenine dayanan hak ve özgürlükler rejimi, 1971 değişiklikleriyle yargısal güvenceler zayıflatılırken yürütmeye gözüaltı edilemeyecek “müdahale alanları” tanındı. 1982 Anayasası ile, bir yandan, yürütme organına tanınan yetkiler yasama alanını daraltırken, öte yandan, yargısal yetki alanı da, idare makamlarına 1971 değişikliklerine oranla daha geniş yetkiler tanınmak suretiyle daraltıldı. Buna karşılık, 2001 Anayasa değişiklikleri, bu kez 1971’in tersi anlamında, hak ve özgürlükler rejimi bakımından kayda değer ilerlemeler sağlamış bulunuyor: farklılaştırılmış sınırlama rejimine geçilerek sınırlama ilkelerinin belirginleştirilmesi ve güvence ölçütlerinin çoğaltılması ve pekiştirilmesi(md.13), bunların başında

gelmektedir. Kişi güvenliği ve özgürlüklerini düzenleyen 19 ila 22. Maddelerde yapılan iyileştirmeler, kişi özgürlükleri üzerinde idari makamların yetkilerini azaltarak yargısal güvenceleri pekiştirmeyi amaçladı. Madde 33 ve 34’te yapılan değişiklikler ise, örgütlü ve geçici toplu özgürlükler statüsünde kayda değer iyileştirmeler yaptı.

Anayasa değişikliklerinin bir kısmı, uyum paketleri adı verilen düzenlemelerle, gerek üçlü koalisyon Hükümeti tarafından gerekse AK Parti Hükümetleri tarafından belli ölçüde yasalara yansıtıldı. Bu arada, ceza kanunları da yenilendi.

2010 Anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru hakkının tanınması, “hak ve özgürlükler rejimi” bakımından yeni bir döneme geçiş anlamına geliyor: bir yandan, Anayasa’nın doğrudan uygulanması, öte yandan, İHAM kararlarına uygun karar yazma tekniği, insan hakları hukukunu maddi ve usul bakımından niteliksel bir değişime uğratmaya başladı.

6638 sayılı Kanun, böyle bir süreçte yürürlüğe kondu. Hazırlanmasında konjonktürel kaygılar baskın geldi. Ne var ki, adı geçen yasanın belli başlı hükümleri, sadece yürürlükteki Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmesi (İHAS) ve bunları uygulanmasını gözeten merciler olarak Anayasa Mahkemesi ve İHAM içtihatlarına aykırı olmakla kalmayıp, uyum yasa paketleri ile yenilenen temel kanunların dahi gerisine düşmektedir. Dahası, bazı yönleriyle 12 Eylül dönemi yasal düzenlemelerinin bile gerisine düşmektedir.

Bu durum, üç ana bölümden oluşan Rapor’un her bölümünde ve hatta alt başlıklarında gözlenmektedir. 6638 sayılı Kanun, şekil bakımından Anayasa’ya aykırı olup, Anayasa Mahkemesi’nin önceki kararları ile çelişmektedir. Toplam 68 maddeden oluşan bir yasa metninin temel kanun olarak nitelenmesi, TBMM İçtüzüğündeki “temel kanun” tanımına açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

6638 sayılı Kanun, Anayasa’nın amir hükümlerine ve değişmez maddelerine çok yönlü olarak aykırılıklarla bezeli bir bohça görünümündedir. Bir kez, erkler ayrılığı kuramının özüne ve Anayasa’da düzenlenme biçimine açıkça aykırıdır. Bu ana ilke, yasama-yargı ve yürütme ilişkileri bakımından zedeleniği gibi, “savcı-mülki idare amiri ve kolluk” şeklindeki yapılanmanın görevler paylaşımı ilkesi de zedelenmektedir. İadre (mülki amir) karşısında güçlendirilmesi gereken yargı (savcı) olduğu halde, bunun tersi yapılıyor. Yine kolluk içinde, adli kolluğu güçlendirme

gereği bir yana bırakılarak idari kolluk öne çıkarılmaktadır. Kısacası, yargı ve adli kolluğu güçlendirme yerine, mülki idare ve idari kolluk güçlendirilmiş bulunuyor.

Sonra, Anayasa'nın gerek hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama ilkelerine gerekse güvence ölçütlerine aykırı olduğu gibi, ilgili maddelerine de aykırılıklar çok yönlüdür. Aykırılıklar zinciri, Anayasa'nın belli hükümleri ile sınırlı kalmamakta, insan hakları Avrupa hukuku karşısında da ciddi sorunlara işaret etmektedir. Dahası, İHAM'ın ihlal saptadığı kararların gerekleri doğrultusunda yükümlülükleri yerine getirmek bir yana, bunlarla açıkça çelişen yasal düzenlemeler karşısında bulunmaktayız. Dolayısıyla, hukukun genel ilkelerine uygunluk arayışı, lüks bir çaba olarak kalmaktadır.

Nihayet, 6638 sayılı Kanun, sadece ulusal ve uluslararası ölçekteki üst normlara ve hukukun genel ilkelerine aykırılıkla malul kalmayıp, aynı değer sırasında yer alan normlara da aykırı bulunmaktadır. Ceza Muhakemeleri Kanunu, bunların başında gelmektedir. Söz konusu aykırılıklar, yalnızca 2000'li yıllarda yürürlüğe konan reform niteliğindeki düzenlemelere değil, 1980'li yıllar mevzuatı karşısında da geçerli bulunmaktadır. Yasa adı altında yapılan düzenlemeler, “yasanın nitelikleri” ve “yasallık ilkesi” açısından ciddi sorunlar içermektedir.

Kamu düzeni, 6638 sayılı Kanun için gerekçe eksenini oluştursa da, bu kavramın tanımı bile hukuki açıdan yapılmış değildir. Kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu dinginliği öğelerinden oluşan kamu düzeni, maddi bir içeriğe tekabül etmesi bakımından sınırlı bir kavramdır. Başka bir anlatımla, kamu düzeni, üç öğeden oluşan ve maddi düzeni ifade eden sınırlı bir kavramdır.

Gerekçede yer alan kavramlar ise, hukuki tanım öğelerine yabancıdır. Bu nedenledir ki, yasa maddelerine aktarılan öğeler, çoğunlukla kamu düzeni kavramının dışında yer almaktadır. Özgürlükleri kullanım öncesi alınan önlemler, kullanım sırasındaki müdahaleler, denetim adı altında sonradan devreye sokulan mekanizmalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, “özgürlükler ve özellikle toplu hak ve özgürlükler nasıl kullandırılmaz” sorusuna yanıt arama kaygısının hakim olduğu bir kanun özelliği öne çıkmaktadır.

Bütün bunlara karşın, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği ve Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından hazırlanan bu Rapor, teknik hukuk yaklaşımı ile sınırlı tutulmuştur.

Bu nedenle, AYM'nin 6638 sayılı yasanın Anayasaya'ya uygunluğu konusunda vereceği karar, “teknik denetim”in hayli ötesine geçecek etki ve sonuçları

da beraberinde getirecektir. Şöyle ki; kararın etkileri, yasal, anayasal ve Avrupalı düzlem olmak üzere mekan yönünden, bugün ve geleceğe etkisi bakımından zaman yönünden çok yönlü olacaktır.

-Yasal bakımdan; güvenlik ve özgürlük ilişkisi çerçevesinde yaratılan kavram karmaşası ve bilgi kirliliği, özgürlükler hukuku deyimleriyle aşılabilecek. Güvenlik adına, neden olunan “korku toplumu”ndan kendine güvenen “haklar toplumu”na geçişe elverişli bir zemin yaratabilir.

-Anayasal düzlemde; 1982 Anayasası, askeri dönem mirası tortularına ve iç çelişkilerine, denge ve denetim düzenekleri yönünden zaaflarına rağmen, özellikle hak ve özgürlükler alanında yapılan değişiklikler, olumlu yönde bir başkalaşıma da neden olmuştur. Madde 13’ün tek başına gereklerinin yerine getirilmesi, Anayasa’nın metamorfozundan söz etmek için yeterli olabilir. Bunda, AYM belirleyici bir işleve sahiptir: Özgürlükler güvencesi yönünden yürürlükteki Anayasa’nın etkililiğini sağlamak ve eğer birgün yeni anayasal düzene geçilir ise, mevcudun gerisine düşmemek.

-Avrupa düzleminde; AYM kararı, yasanın uygulamasının yol açacağı hak ihlalleri sonucu bireysel başvuru yoluyla oluşacak dosya sayısının kabarmasını önlemeyecek sadece, insan hakları hukuku bakımından ulusal ve Avrupa düzlemi arasındaki açının nitelik olarak en aza indirilmesine katkıda bulunacak.

Sonuç olarak, 6638 sayılı yasanın Anayasa’ya uygunluk denetimi, “insan haklarına dayanan Devlet” tanımını test etme özelliğinin ötesinde, Türkiye toplumunun uluslararası toplumun onurlu bir üyesi olma özelliğinin de testi niteliğinde olacak.

İbrahim Ö. Kaboğlu

Fikret İlkiz

İstanbul, 25 Mayıs 2015