

İDARİ KOLLUK - ADLİ KOLLUK*

Prof. Emeritus Dr. İl Han ÖZAY

Hoca¹'nın en büyük tutkusu çeşitli dillerde karşılaştırmalı olarak yapılmış ve yayınlanmış araştırmaları özendirmek ve bu tür araştırmalar yapanları da hep desteklemektir. Füsun Sokullu Akıncı da böyle bir yöntemi uygulamış ve bunu çalışmalarının odağına yerleştirmiştir. Bu bakımdan İdare Hukuku ile Ceza Hukukunu birlikte incelemek ve bundan bir sonuç çıkarmak amacıyla hazırladığım ve bir yargı yerine sunduğum bir bilimsel incelemeyi² Mecmua'nın ona özgülünen Armağan sayısına vermenin çekiciliğine dayanamadım.

İstanbul Barosu üyesi **bir avukat müvekkilesi bir eczacının başına gelen ve süregelmekte bulunan bir olayla ilgili hukuksal bilgime başvurdu**

Bana sağlanan belgelerden anlayabildiğim kadarıyla meslek kıdemi 30 yılın üzerinde olan bir eczacı hanımın sahibi olduğu ve adını taşıyan Adana'daki eczanesinde, 24.08.1983 günü polis tarafından yapılan aramada 1 adet faturasız "**gözlük çerçevesi**" bulunmuş ve olay adliyeye intikal etmiştir.

1. **2)** Adana 1inci Asliye Ceza Mahkemesi'nde -o tarihte yürürlükte olan- **1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un** 25/2nci maddesini ihlalden yargılanan bu hanım anılan mahkemenin 1983/883 E., 1986/1064 K. sayılı kararı ile "**gümrük kaçağı (bir adet) gözlük çerçevesi**"nin gümrüklenmiş değeri üzerinden hesaplanan ağır para (!) cezasına çarptırılmış; ayrıca, gözlük çerçevesinin de "**zoralmı**" yönünde hüküm tesis edilmiştir.

3) Her ne kadar Adana 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin söz konusu kararının dayanağını oluşturan yasal düzenlemenin başlığı "**kaçakçılık**" sözcüğünü de içeren "**ürkütücü**" bir ada sahipse de; anılan mahkeme kararının 2nci sayfasının 3üncü paragrafında belirtildiği üzere, "**(...) gözlük çerçevesinin gümrüklenmiş değeri pek hafif olduğundan (...)**" para cezası miktarında "**2/3**" oranında indirimle gidilmiştir.

4) Bir önceki paragrafta altı tarafımdan çizilmiş olan "**(suçun) pek hafif olduğu**" tespiti kanımca çok önemlidir. Eczacı hanımın gerek 24.08.1983 tarihi öncesinde gerek sonrasında, 1918 sayılı Kanun ve bunun yerini almış sonraki yasal düzenlemeler kapsamında hiçbir takip, soruşturma veya yargılama geçirmemiş olduğu tespiti de bir öncekinin yanına konulmalıdır. Bugün itibarıyla, 1986 yılındaki mahkumiyetinin de -ayrıntısına biraz sonra değineceğim- yasal gerekçeyle "**arşive kaldırılmış**" olması sonucunda, 1983 yılındaki "**bir adet gözlük olayı**" eczacı hanımın hem özel, hem meslek hayatı bakımından açılıp kapanmış bir "**parantez**", bir "**münferit hadise**"dir.

5) Nitekim, yine Adana 1inci Asliye Ceza Mahkemesi, 05.04.1996 günü; "**(s)abıkanın taalluk ettiği kaçakçılık suçunun Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin E.1990/1961, K.1990/2851 T:15.11.1990 tarihli kararına göre yüz kızar-**

* Bu makale hakem incelemesinden geçmemiştir.

1 Başka bir açıklama yapmadan sadece "Hoca" olarak anıldığında sözkonusu olan Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR'dır.

2 İnceleme değerli meslektaşım Kemal Berkarda ile birlikte hazırlanmıştır.

tıcı suçlar dışında kaldığı, cezanın 2.12.1987 tarihinde terkin edildiği, bu tarihten itibaren 5 yıl geçtiği ve bu süre içinde başka bir mahkumiyetine rastlanmadığı anlaşıldığından (...) hakkında tesis edilmiş bulunan 1 C:206 358-86 haber numaralı adli sicilindeki kaydın 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 8. md.si gereğince SİLİNMESİNE (...) karar vermiştir. (996/71 Müt. sayılı karar.)

6) Görüldüğü üzere, Sayın... savcılığa **“sabıka kaydı”** almak için bugün başvurduğunda, **“sabıka kaydına rastlanmamıştır”** belgesi kendisine yasal düzenlemeler kapsamında ve hiçbir hukuksal sorun çıkmadan verilebilmektedir.

7) Avukat Sayın..., 03.05.2011 günlü dilekçe ile idareye başvurup Müvekkilesi Sayın...’ın söz konusu **“sabıka kaydı”**nın kamuoyunun **“GBT kaydı”** diye bildiği **“Genel Bilgi Toplama”** sisteminden de silinmesini talep etmiştir. Adana 2nci İdare Mahkemesi’nde derdest davanın konusunu oluşturan 25.05.2011 gün ve 1395 sayılı cevabi işlemde, davalılarından Adana Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü, kısaca **“KİHBİ Yönergesi”** (= **“Kaçakçılık, İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Daire Başkanlığı Bilgi Toplama Yönergesi”**) diye adlandırılan yasal düzenlemeyi gerekçe göstererek sabıka kaydının silinemeyeceğini bildirmiştir.

8) Söz konusu 25.05.2011 günlü **“red işlemi”** üzerine, Adana Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü ve İçişleri Bakanlığı hasım gösterilerek Adana 2nci İdare Mahkemesi’nde 2011/1283 E. sayılı iptal davası açılmıştır.

9) Özellikle davalılardan İçişleri Bakanlığı’nın yargı yerine sunduğu 24.08.2011 günlü savunma dilekçesi; Emniyet ve Jandarma teşkilatlarının – yasal düzenlemeleri aşağıda ayrıntılı olarak incelenen- **“bilgi ve istihbarat”** toplama etkinlikleri çerçevesinde GBT kayıtlarını tutarken, **“adli sicil”**de izlenen yasal ilke ve kurallardan farklı bir **“hukuk mantığı”** ile hareket ettiklerini açıkça göstermektedir. İçişleri Bakanlığı’nın sunduğu savunma, KİHBİ Yönergesi’nin 9uncu ve 16ncı maddelerinden hareketle –yine ayrıntılı olarak aşağıda ele alınan- birkaç **“GBT kaydı silme gerekçesi”**nden söz etmekte ve Sayın...’ın hukuksal durumunun bu silme gerekçeleri kapsamında değerlendirilemeyeceğini açıklamaktadır. Buna göre; 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’un yerini dava konusu işlem tarihi itibarıyla **5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu** almış olduğundan ve GBT kaydından düşülmesi istenen söz konusu fiil 5607 sayılı Kanun’un 13üncü maddesinde suç olarak düzenlenmeye devam ettiğinden talebin reddine ilişkin dava konusu idari işlemin hukuka aykırılık içermediği ileri sürülmüştür.

10) Her ne kadar davalıların hukuksal uyumsuzluğu tamamen KİHBİ Yönergesi ve ilgili yasal düzenlemeler kapsamında yorumlamayı tercih ettikleri görülüyorsa da; dava dosyasında davacı vekili tarafından sunulmuş olan Yargıtay içtihadı, tartışmanın **5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu** yönünden de yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Özellikle **“zoralım”** yönüyle birlikte, işlendiği tarih itibarıyla **“suç”** olarak nitelendirilen **“faturasız gözlük çerçevesi bulundurma”** fiilinin, 31.03.2005 gün ve 25772 (mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu bakımından **“suç olma niteliği”**nin ortadan kalkıp kalkmadığı demin sözünü ettiğim Yargıtay içtihadının ışığı altında mutlaka tartışılmalıdır, kanısındayım.

II. HUKUKSAL UYUŞMAZLIĞIN ESASI:

Ortakdaki “**hukuksal uyumsuzlu** (ğ)”ın yukarıda dava dosyasından hareketle aktardığım “**öykü**”sünden sonra, sıra, işbu “**hukuksal uyumsuzluğun esası**”nı belirlemeye gelmiştir:

1987 yılında “terkin” edilmiş ve bugün itibarıyla “adli sicil kaydı”nda “görünmeyen” bir cezanın, “GBT” adı altında “idare” tarafından tutulan bir “kayıt sistemi”nde halen “görünür” olması “yasal (bir) zorunluluk” mudur?

Aynı soru, içeriğinde hiçbir hukuksal değişikliğe yol açmaksızın şöyle de sorulabilir: **Adli sicil kaydına bağlı bir GBT kaydı hangi koşullarda “silinebilir”?**

Yukarıdaki “**soru formülasyonu**”, esasen “**Olaylar**” bölümünde yer verdiğim “**maddi ve hukuksal olgular**”ın içinden “**kendiliğinden**” çıkmaktadır. Bu şekilde kendisini ortaya koyan “**soru**”nun “**üç katmanlı (bir) soru**”a karşılık geldiği de böylece görülmektedir: (i) “**Adli sicil kaydı yasal düzenlemeleri**”; (ii) “**KİHBİ yasal düzenlemeleri**”; (iii) diğer yandan davacı vekili Sayın Avukat...’ın Yargıtay içtihadına dayanarak dilekçelerinde dikkat çektiği “**5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu**” boyutu.

Öte yandan, ilgili yasal düzenlemeler bir tarafa bırakıldığında, işbu “**Bilimsel İnceleme**”mde ele alınan uyumsuzluğun “**ağırlık noktası**”nı “**kavramsal**” yönden “**İdari Kolluk**” ve “**Adli Kollu (ğ)**”un oluşturduğu kuşkusuzdur. Teori ve yasal düzenlemeleri birlikte incelemek “**yöntem seçimi**” açısından sakıncalı olmamakla birlikte; bu çalışmada benden beklenen katkıyı en iyi şekilde yapabilmem bakımından önce “**teorik durum**”u ele almayı, ondan sonra ilgili yasal düzenlemeler ve içtihadı yer vermeyi daha elverişli görüyorum.

Adli sicil kaydına ilişkin yasal düzenlemeleri, KİHBİ ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’na oranla daha “**genel kapsamlı**” gördüğümden; öncelikle “**Adli sicil katmanı**”nı, arkasından da “**KİHBİ**” ve “**Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu**” katmanlarını ele almayı uygun buluyorum.

II. A. İdari Kolluk - Adli Kolluk Kavramları ³

İdare Hukukunun “**Kamu Hizmeti**” ile birlikte iki “**ana başlığı**”ndan birini oluşturan “**İdari Kolluk**”, malumları olduğu üzere, genelde gerçek ve tüzel kişilerin yürüttükleri çeşitli (=ticari ve gayri ticari) etkinliklerin “**maddi kamu düzeni**”nin korunması amacıyla ve “**kanun**” düzeyindeki yasal dayanaklarının da bulunması koşuluyla idare tarafından “**düzenlenmesi**”dir. Bir önceki cümlede sözü edilen “**tüzel kişiler**” arasında ilgili yasal düzenlemelere göre “**kamu tüzel kişileri**” de bulunabilir. Örneğin, imar alanındaki gibi İdari Kolluk yetkilerinin muhatabının bir kamu kurumu veya idaresi olması da mümkündür. İdarenin “**birel**” düzeyde gerçek ve tüzel kişilere yönelik Kolluk uygulamalarında genellikle “**izin**” (=“**ruhsat**”) ve daha nadir olarak da “**bildirim**” sistemlerinin uygulandığı ve ister izin ister bildirim olsun, idarenin muhatabları üzerinde kullanabildiği yetkileri arasında “**idari yaptırımlar**”ın da bulunduğu unutulmamalıdır.

İdari Kolluğun hatırlattığım bu “**karakter**”i, hele “**Hukuk Devleti**” olmak iddiasını taşıyan bir anayasal düzene sahip ülkelerde, hangi yetkilerin İdari Kolluk kapsamında idareye tanınacağıının belirlenmesinde ve bunlara “**egemen**” olacak “**ilkeler**”in kararlaştırılmasında olağanüstü dikkatli ve titiz hareket etmeyi gerektirir. Hele, ne tür uygulamaların “**idari yaptırım**” olarak ve ne

³ İl Han ÖZAY, *Günüşğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.721 vd.

tür “yöntemler” ile günlük toplum hayatına yansıtılacağına karar verilirken, yapılan işin, o ülkenin “**kamu düzeni**” üzerindeki olası etkilerinin tamamının öngörülmesi büyük önem taşımaktadır. Bu ihtiyaç –ve aynı zamanda kaygı-sebebiyle, İdari Kolluk alanında “**kanunilik**” ve “**ölçülülük**” ilkelerini hemen “**baş köşe**”ye oturtmak gerekir.

Esasen, İdare Hukuku alanında idarenin kullanacağı yetkiler hangi etkinlik alanına (=Kamu Hizmeti, İdari Kolluk, Planlama, Destekleme ve Özendirme, İç Düzen-Özyönetim) özgü olursa olsun; “**kanun**” düzeminde “**yetkilen-dirme**” yoluna gidilmedikçe, deyim yerindeyse idarenin “**parmağını bile kıpır-datması**” mümkün olmamak gerekir. Böyle bakıldığında, “**kanunilik**” ilkesine İdari Kolluk bağlamında niçin özel bir vurgunun yapıldığı sorulabilir. İdari Kolluk yetkileri doğrudan “**temel hak ve özgürlükler**” üzerinde “**düzenleme**”, “**sınırlama**” ve “**yasaklama**” boyutlarıyla öylesine etkilidirler ki, “**kanunilik**” ilkesinin tekrar vurgulanması “**elzem**”dir. Teorik kurgu zorunluluğu bir yana, 1982 Anayasası’nın 13üncü maddesinin gereği de budur. İdari Kolluğun diğer bir “**vazgeçilmez ilke**”si “**ölçülülü (ğ)**”e gelince; Kolluk düzenlemeleri yapılırken salt “**kurgu**” aşamasında değil, izleyen “**uygulama**” aşamasında da “**halin icapları**”na göre yetki kullanma gereği vardır. 1982 Anayasası’nın 13üncü maddesine 4709 sayılı Kanun ile 2001 yılında adlı adınca yazılmadan önce de öğretti ve yargısal kararlarda “**denetleme normu**” olarak varlığı kabul edilmiş olan “**ölçülülük**” ilkesi, benim de çok sevdiğim ve kitabımda yer verdiğim halk deyişle “**vur deyince öldürmek**” sözünün işaret ettiği durumun tam aksini gösterir: “**Vur deyince, yalnızca vurmak.**”

İdari Kolluğun yukarıda hatırlattığım iki ilkesi bile yine de “**Hukuk Devleti**”ni koruma endişe ve kaygılarına cevap vermede yetersiz bulunmuş olacaklar ki, “**liste**”ye bir de “**önleyicilik**” ve “**bastırıcılık**” kavramları eklenmiştir. Aslında “**önleyicilik**” ve “**bastırıcılık**” da “**ilke**”dir; fakat bu “**kavram**”lar, daha çok “**hukuk siyasası**” da diyebileceğimiz bir “**yaklaşım**”ı anlatmak için kullanılır: Kolluk yetkileri “**önleyici**” mi olacak yani henüz “**olmuş**” bir şey yokken mi idare devreye girecektir; yoksa, “**olan olduktan**” sonra mı? İdari Kolluk yetkilerinin “**kamu yararı**” anlamında amacı “**maddi kamu düzeni**”ni korumak olduğundan, “**risk**” taşıyan etkinliklerin baştan itibaren düzenlenip idarece izlenmesi ve gerektiğinde yaptırımlarla “**kamu düzeni ihlali**”nin ortadan kaldırılması daha “**doğru (bir) yaklaşım**” diye kabul edilmektedir. Örneğin, inşaata başlamadan önce “**ruhsat**” almayı ve belediyeye inşaat projesi sunup onaylatmayı öngören imar düzenlemeleri, inşaatın nasıl yapılacağına ve kamu düzeni içinde o maddi ve fiziki haliyle bu yapıya yer olup olmadığına karar vermekten başka bir “**saik**” ile yürürlüğe konulmazlar. Denetimsiz bir yapının insan sağlığı ve güvenliği başta gelmek üzere, yol açacağı düzen ihlallerinin baştan “**önlenmeye çalışılması**”nda teorik açıdan da herhangi bir “**kurgu**” yanlışı yoktur. O bakımdan, İdari Kolluğun esas itibarıyla “**önleyici**” olduğu, hizmet etmesi beklenen “**kamu yararı**”nın da bu olduğu söylenir.

İmar örneğinden devam edersek; elbette, ister denetlenmiş ister denetlenmemiş olsun, korkulan başa gelir de yapı örneğin yıkılır ve can-mal güvenliği ihlal edilirse, İdari Kolluğun “**bastırıcı**” yüzü “**yaptırımlar**” yolu ile ortaya çıkacaktır. **Fakat dikkat edilmelidir ki, İdari Kolluk ESAS OLARAK “önlemek için vardır, “bastırmak” için değil.** Bu örnekten de görüleceği üzere “**bastırmak**” ihtiyacı, “**önleme işlevinin devamı**” olarak ortaya çıkmıştır. **Do-layısıyla, İdari Kolluk alanındaki “bastırıcılık” olgusuna kendi başına bir “amaç” olarak değil, “önleyicili (ğ)”in “tamamlayıcı unsur”u diye bakmak gerekir.**

İşte tam bu noktada “**Adli Kollu (ğ)**”un varlık sebebi ve hangi “**kamu yararı**”ni korumaya yönelik olduğu sorusuna sıra gelmektedir. Sözü fazla uzat-

madan, **Adli Kolluğun “karakter” bakımından İdari Kolluğun tam karşısında durduğunu ve “bastırıcılık” yaklaşımının esas alındığı bir hukuk alanına işaret ettiğini söylemek gerekir.** Böyledir çünkü “suç ve suçlu takibi” diye de tanımlanabilecek Adli Kolluk alanında “yetki”nin muhatabı, doğrudan “hürriyet”i ve ona bağlı olarak çeşitli temel hakları kısmen veya tamamen, süreli ve bazen de süresiz şekilde elinden alınabilecek bir “kişi”dir.

İdari Kollukta “kamu düzenini koruma” yaklaşımıyla dolaylı olarak Kolluk uygulamalarının “yararlanan”ı konumundaki kişiler, Adli Kolluk alanında doğrudan –başta özgürlükleri sahip oldukları temel haklar üzerinde uygulanacak “tedbir ve müeyyide”ler ile “kendi üzerlerinden kamu düzeninin korunacağı özneler” haline dönüşürler. İdari Kollukta amaç, bütün bir etkinlik alanının her aşamasının baştan “düzenlenmesi”dir. Adli Kollukta ise “alan düzenlemesi” değil, “münferit hareket ve davranışlar”ın, ortaya çıktıkları ölçüde, çeşitli kamusal önlem ve yaptırımlarla “bastırılmaları” birincil amaçtır.

Adli Kolluğun “egemen” karakterinin “bastırıcılık” olması gerektiği kuşkusuzdur. Aksi takdirde, henüz “suç” işlememiş bir kişinin, suç işleyeceğine dair hiçbir “makul” belirti ortada yokken gözaltına alınması ve hatta aynı kurgu içinde daha sonra tutuklanması sistemin “egemen” karakterini “önleyicilik” yapar ki, bu olgu “Hukuk Devleti”ne değil, çeşit çeşit örnekleri dünyada ne yazık ki mevcut olan “Otoriter Devlet” yapılanmasına özgüdür.⁴

Görüldüğü üzere, İdari Kolluk ve Adli Kolluk yetkileri gayet sıkı koşullar ve ilkelere bağlı kalmaları yürütülmeleri gereken “duyarlı” etkinliklerdir. Her iki alanın doğasına uygun olarak “önleme” ve “bastırma” işlevlerinin öncelikle yasal düzenlemeler hazırlanırken, sonra da “birel” ölçekte kişilere uygulanırken dikkat ve özenle gözönünde tutulmaları, “Hukuk Devleti” niteliğini kazanmanın ve öyle kalmanın “olmazsa olmaz”ıdır.

II. B. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu Yönünden Değerlendirme

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu 01.06.2005 günlü ve 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup; 1, 9 ve 12nci maddeleri şöyledir:

“AMAÇ VE KAPSAM Madde 1 - (1) Bu Kanun, kesinleşmiş ceza ve güvenlik tedbirlerine mahkûmiyete ilişkin bilgilerin otomatik işleme tâbi bir sistem kullanılarak toplanmasına, sınıflandırılmasına, değerlendirilmesine, muhafaza edilmesine ve gerektiğinde en seri ve Kaçakçılıkla Mücadele sağlıklı biçimde ilgililere bildirilmesine dair usul ve esasları belirler.

ADLİ SİCİL KAYITLARININ TUTULMASI Madde 2 - (1) Hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve

⁴ Yaklaşık yarım yüzyıl önce Roma La Sapienza Hukuk Fakültesi’nde öğrenim görürken, Ceza Hukuku dersinde Mussolini döneminden verilen bir örnek, yalnızca Adli Kollukla sınırlı kalmayacak şekilde Ceza Hukuku alanında “önleyicilik” ile “bastırıcılık” arasındaki “yaklaşım tercihi”nin ne kadar yaşamsal bir önem taşıdığını bana düşündürmüştü ve hiç aklımdan çıkmamıştır: Milano’dan Roma’ya trenle seyahat etmek üzere gara gelen bir şahıs, taşıma ruhsatı olduğu halde, silah bulundurmaktan ve Roma’da belirli bir kişiyi öldürmek niyetiyle yola çıkmaktan önce gözaltına alınmış, sonra da tutuklanmıştır. Mussolini dönemi İtalyan Ceza Kanunu, doğru-dürüst bir “belirti” olmadan da sırf taşıma ruhsatlı silahıyla tren yolculuğuna çıkmak isteyen bir kişinin gi-deceği yerde “cinayet” işleyeceği “tespit”ini yapmaya yetecek “esneklik”te kaleme alınmış, “önleyici Ceza Hukuku” yaklaşımının kolay kolay “aşılamayacak” bir örneğidir. Milano Garı’nda yaşanmış bu gerçek olayın “mağdur”unun tanınmış bir “rejim muhalifi” olduğunu ve silah taşıma sebebinin de salt kendisini korumak ihtiyacından kaynaklandığını da eklemeliyim.

Türk Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dahil tüm adli sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasını takiben, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezî Adli Sicilde tutulur.

(...)

ADLİ SİCİL BİLGİLERİNİN SİLİNMESİ Madde 9 - (1) Adli sicildeki bilgiler;

- a) Cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması,
- b) Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık,
- c) Ceza zamanasının dolması,
- d) Genel af,

Halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek, arşiv kaydına alınır.

(2) Adli sicil bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine tamamen silinir.

(3) Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup 4 üncü Maddenin birinci fıkrasının (f) bendine göre adli sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkûmiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce adli sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. Adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri ile cezanın erelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir.

(...)

ADLİ SİCİL VE ARŞİV BİLGİLERİNİN SİLİNMESİ Madde 12 - (1) (İptal fıkra: Anayasa Mah. 2008/44, 2011/21 K. ve 20/01/2011 tarihli iptal kararı ile)

(2) Fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkûmiyete ilişkin adli sicil ve arşiv kayıtları, talep aranmaksızın tamamen silinir.

(3) Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararına ilişkin adli sicil ve arşiv kaydı tamamen silinir.”

Yukarıda alıntı yaptığım yasal düzenlemelerden “**kademeli**” bir geçişin öngörüldüğü; önce adli sicil kaydının “**silinerek arşive kaldırılması**” yoluna gidildiği, daha sonra yasal koşullarının oluşması sonucunda “**arşiv kaydının da tamamen silinmesi**”nin yasakoyucu tarafından istendiği anlaşılmaktadır.

Aktardığım yasal düzenlemelere de gerek “**ölçülülük**” ilkesi, gerek “**önleyicilik**” ve “**bastırcılık**” nitelikleri açısından baktığımızda önemli hukuksal tespitler karşımıza çıkmaktadır: Adli sicil kaydının tutulması bir taraftan “**yargı**” erkinin yetki ve sorumluluğundaki “**yargı etkinliği**”nin kamu yararına uygun yürütülmesi için gereklidir. Özellikle “**tekerrür**” olgusunun ceza yargılamasında takibinin yapılabilmesi ve hem maddi hem hukuksal “**hata**”lar ile sakatlanmış yargı kararlarının ortaya çıkmasının engellenmesindeki kamu yararı gibi yargı sisteminin “**içine dönük**” bir sebep hemen akla gelmektedir. Ayrıca, ceza mahkûmiyeti sonucunda kalıcı veya süreli bir “**yasaklılık**” halinin ortaya çıkmasının en başta “**işe alım**”larda olası işverenler tarafından da bilinmesi gibi “**dışarıya dönük**” bir işlev ve sebep de akla gelmektedir. Yine “**dışa-**

riya dönük” olma açısından, Emniyet ve Jandarma teşkilatlarının **“adliye”** bağlantılı işlev ve görevlerini yasal öngörülere uygun şekilde yerine getirmeleri için adli kayıt bilgilerine ihtiyaç duydukları kaydedilmelidir.

Bu son noktada, hukuksal önemi KİHBİ yasal düzenlemeleri görüldükten sonra daha iyi anlaşılacak olan **“nüans”** şuradadır: Adli sicil kayıtları **“kurumsal”** anlamda Emniyet ve Jandarma teşkilatlarının **“dışında”** oluşturulan; dolayısıyla söz konusu teşkilatların kendi **“istihbarat toplama”** etkinlikleri ile **“üretmedikleri”** bilgileri içermektedir. Yukarıdaki 2nci madde alıntısının da gösterdiği üzere adli sicil kaydı **“üretim yetkisi”** Adayet Bakanlığı’ndadır. **Emniyet ve Jandarma teşkilatlarının SALT kendi “istihbarat ve bilgi toplama” yetkilerine dayanarak oluşturdukları kayıtları tutma ve kullanmadaki yasal ölçütler ile kendilerine “sağlanan” adli sicil kayıtlarını kullanma konusundaki yasal ölçütlerin “aynı” ve “ortak” olması hukuken olanaksızdır. Söz konusu olanaksızlık hem bir önceki başlık altında ele aldığımız “önleyicilik” ve “bastırıcılık” bağlamında “teorik” olarak böyledir; hem de şimdi geçmek üzere olduğumuz “KİHBİ katmanı”ndaki yasal düzenlemeler görülüp Adli Sicil Kanunu ile karşılaştırıldığında “yasal olgu”nun da aynı yönde “tesis edildiği” kolayca anlaşılacaktır.**

II. C. KİHBİ Yasal Düzenlemeleri Yönünden Değerlendirme

Davali idareler tarafından Adana 2nci İdare Mahkemesi’ne sunulmuş olan **“KİHBİ Yönergesi”**nin **“kanuni dayanak”** kenarbaşlıklı 3üncü maddesi; **3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 13/c ve 33üncü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nun Ek 7nci ve Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği’nin 42/e-f maddelerine göndermede bulunmuştur.**

3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, 23.02.1985 gün ve 18675 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, 13 ve 33üncü maddeleri güncel haliyle şöyledir: (13üncü maddenin c bendinin altı tarafımdan çizilmiştir.)

“KAÇAKÇILIK İSTİHBARAT, HAREKAT VE BİLGİ TOPLAMA DAİRESİ BAŞKANLIĞI Madde 13 - Kaçakçılık İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Her türlü kaçakçılık faaliyetlerine ait istihbaratı Devlet çapında toplayıp değerlendirmek, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle görevli kuruluşlara bilgi vermek, bağlı kuruluşların önleme ve yakalama faaliyetlerini yönlendirmek ve ilgili kuruluşlar arasında koordinasyon ve işbirliği yapılması için gerekli tedbirleri almak,

b) Kaçakçılıkla mücadele, hedef, taktik ve usullerini tespit etmek ve eğitici nitelikte yayımlar yapmak,

c) Suç işleyip ele geçmeyen kişilerin, çalınan veya kaybedilen motorlu taşıtların, ateşli silahların, kimliği ispata yarayan her türlü belgelerin kayıtlarını tutarak güvenlik kuvvetlerine bildirmek, görevli kuruluşlarla ilgili kuvvetleri arasında koordinasyon sağlamak.

BAKANLIĞIN DÜZENLEME GÖREV VE YETKİSİ

Madde 33 - Bakanlık, kanunla yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri; tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir.”

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu 14.07.1934 gün ve 2751 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, Ek 7nci maddesinin güncel hali şöyledir:

“Ek Madde 7 - (Ek madde: 16/06/1985 - 3233/7 md.) Polis Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair öleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamaya üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.”

Ek 7nci maddenin yukarıda aktardığım metnine, 2005 yılında 5397 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 11 adet “ek fıkra” eklenmiş olup, bunların tamamı -benim anlatımım- “yargı kararı ile dinleme - teknip takip” başlığı altında toparlanabilecek düzenlemelerdir. Bunların, II. Numaralı başlığın hemen altında “hukuksal uyumsuzluğun esası” çerçevesinde sorduğum soru ile “içerik” yönünden hiçbir ilgileri yoktur. Ek fıkraların ilgili idarelerin “çalışma yöntemleri”ne ilişkin olan hayli uzun metinlerini o bakımdan aktarmaya gerek görmüyorum.

Nihayet, Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği 17.12.1983 gün ve 18254 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, 42nci maddesinin e ve f bentlerinin güncel hali şöyledir: (42nci maddenin altı tarafımdan çizilmiştir.)

“Madde 42 - Jandarma; emniyet ve asayiş sağlamaya, kamu düzenini korumaya yükümlü olup, bu görevlerini iki şekilde yürütür.

(...)

e. Eski hükümlülerin, sabıkalı ya da şüpheli ve serserilerin, iş ve ilişkilerini araştırır. Belirli zaman aralıklarıyla çevrelerinde gizlice soruşturur ve elde ettiği bilgileri kayıtlara geçirerek; toplumun emniyet ve asayiş yönünden, gerekli önlemleri alır. Bu gibilerin suç işlemesini önler. Jandarmanın bu konuya ilişkin görevleri bir yönergede gösterilir.

f. Suç faili olarak aranan kişilerin, izlenmesi ve ele geçirilmesi amacıyla gerekli teşkilatı kurar, kayıtlarını tutar, diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği sağlar. Bu konuyla ilgili ayrıntılar, bir yönergeyle düzenlenir.”

KİHBİ Yönergesi’nde “dayanak” olarak göndermede bulunulan bu üç yasal düzenlemede hemen göze çarpan “yasal olgular” şöyle sıralanabilir:

Yönerge’de gösterilen “dayanaklar”da 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’na “istisna” getiren hiçbir düzenleme mevcut değildir. Bu tespitin devemi olarak, GBT kaydına “adli sicil kaydı”ndan aktarılmış bilgilerin özellikle “silinme zaman ve koşulları”na ilişkin hiçbir düzenleme “dayanak” kanunlarda mevcut değildir. **Dolayısıyla, KİHBİ Yönergesi’ne adli sicil kayıtlarının “silinme zaman ve koşulları”nu düzenleyen bir düzenleme konulacaksa; buradaki “dayanak” Yönerge’nin kendisinin “tanıdığı” söz konusu iki kanun ve bir adet yönetmelik değil, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu olmak gerekecektir.**

Gelinen noktada, artık, Adana 2nci İdare Mahkemesi’nde derdest 2011/1283 E. sayılı iptal davasına konu 25.05.2011 gün ve 1395 sayılı “GBT kaydının silinmesi talebinin reddi” işleminin “hukuka uygunluk” savunmasında davalı idarelerin dayandıkları KİHBİ Yönergesi’nin 9 ve 16nci maddelerini değerlendirebiliriz.

KİHBİ Yönergesi’nin tam metni, şimdiye kadar madde metinlerini aktardığım diğer yasal düzenlemelerden farklı olarak dava dosyasında mevcuttur ve hayli uzun olan 9 ve 16nci maddelerin tam metinlerini buraya koymakta bir yarar görmüyorum. Andığım maddelerin derdest iptal davası bakımından önem taşıyan hukuksal noktalar şöyle göze çarpmaktadır:

(a). KİHBİ Yönergesi'nin, "**Sanıkların yakalanması halinde dahi bilgi formu düzenlenecek suç türleri ve bunlar hakkında yapılacak işlemler**" kenarbaşlıklı 9uncu maddesinin (b) bendinde, "**Sanığı yakalanmış olsa dahi hakkında bilgi formu açılacak suç türleri**" anlatımının altında, "**Yürürlükten kaldırılan kanunların karşısına yerine konan kanunlar yazılmış olup işlemlerde yeni kanun dikkate alınacaktır**" ibareli bir çerçeveye yer verilerek bunun içinde, yürürlükten kaldırılmış 1918 sayılı Kanun'un maddelerinin **tamamına karşılık gelecek şekilde** "5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu" kaydı düşülmüştür.

(b). KİHBİ Yönergesi'nin, "**Şahıslar hakkında açılmış olan bilgi formlarının iptal edilmesi**" kenarbaşlıklı 16ncı maddesinin (b/1) fıkrasında, "**Bu Yönerge'nin 9/b maddesinin bentlerinde yazılı suç sayılan fiilleri işleyenler hakkında adli makamlarca, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın düşmesi veya dava zaman aşımı nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmiş ve kararın kesinleşmiş olması halinde bilgi formları iptal edilir**" kuralı getirilmiştir.

(c). Yine 16ncı maddenin (c/1) fıkrasında, "**9/b maddesi kapsamına giren suçların iptalinde; af, şartlı tahliye, adli sicil kaydının silinmesi, cezanın paraya çevrilmesi, tecil edilmesi ve ceza zaman aşımı dikkate alınmaz**" denildikten sonra; izleyen (c/2) fıkrasında da, "**Geçmiş dönemlerde kanunlarda suç sayılan fiillerden haklarında bilgi formu düzenlenen kişilerin kayıtları, kanunda yapılan değişiklik ile suç olmaktan çıkarılmış ise iptal edilir**" düzenlemesine gidilmiştir.

Yukarıdaki yasal düzenlemelerin en çarpıcı yönü, Yönerge'nin 16 (c/1) maddesinin 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 9uncu maddesindeki "**adli sicil bilgilerinin silinmesi**" konulu düzenlemeyi "**yok**" saymasıdır. Yönerge içeriğini, 5352 sayılı Kanun'dan "**muaf**" tutan hiçbir kurala "**üç dayanak**"da da yer verilmediğini daha önce açıklamıştım. Böylece, Yönerge'nin 16 (c/1) maddesi, hiçbir "**güncelli (ğ)**"i kalmadığı bizzat o kaydı oluşturan yetkili makamlarca belirlenip "**silinmiş**" adli sicil kaydını "**silinmemiş**" sayıp sistemde kullanıma açık tutmaktadır.

KİHBİ Yönergesi'nin 9 ve 16ncı maddeleri ile sınırlı kalmayacak şekilde söz konusu yasal düzenlemenin tamamına ilişkin bir gözlemimi tam burada belirterek devam etmeliyim: KİHBİ Yönergesi'nin genelinde, "**istihbarat ve bilgi toplama**" işlev ve göreviyle, "**adliye yardımcı olmak**" diye açıklayabileceğim işlev ve görev ayrıştırılmaksızın ve iç içe geçmiş bir halde düzenlenmiştir. Böyle olunca da, 5352 sayılı Kanun'un 9uncu maddesi karşısında KİHBİ Yönergesi'nin özellikle 16 (c/1) maddesinin "**açıkça hukuka aykırı olduğu**" gerçekliği bir taraf bırakılsa bile; 16 (c/1) maddesinin genel Kolluk ilkeleri yönünden savunulması yine de olanaksızdır.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 9uncu maddesine göre adli sicil kaydı silinmiş bir kişinin sabıka durumunun "**adliye**" için hiçbir "**güncelli (ğ)**"i kalmamış demektir. **Dolayısıyla bu kaydı GBT sisteminde tutulmasının "bastırıcı" işlevinden ve bundan umulan herhangi bir kamu yararının söz edilemez. Öyleyse, geriye "önleyicilik" kalmaktadır.** 16 (c/1) maddesinin mevcut haliyle "**önleyicilik**" işlevine nasıl hizmet ettiğini anlamak olanaksızdır; daha doğrusu, "**hukuka uygunluk**" sınırları içinde nasıl hizmet ettiğini anlamak olanaksızdır, demeliyim. **Örneğin, cezası "terkin" edilmiş kişi hakkında yeni bir "istihbari bilgi" vardır da o yüzden mi GBT kaydı adli sicil kaydının silinmesine rağmen "güncel" tutulmaktadır? 16 (c/1) metninden bunun "gerekmediği", yani "bir defa hüküm giymiş" olmanın "suç, suç olmaktan çıkarılmadıkça" ve "ilanihaye" GBT kaydında kal-**

maya yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır. O takdirde, Adli Kolluk söz konusu olduğunda “**bastırıcılık**”takinden bile daha sıkı koşul ve ölçütlerin aranmasını gerektiren “**önleyicilik**” alanında tamamen kuralsız ve keyfi uygulamalara kapı açılabilecektir.

KİHBİ Yönergesi'nin dayanak gösterdiği –yukarıda metinleri mevcut- ne 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13/c, ne Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 42/ (e) ve 42 / (f) maddeleri anılan 16 (c/1) maddesi gibi bir düzenlemeye “**cevaz**” vermektedir.⁵

KİHBİ Yönergesi ile 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu arasında bir “**norm hiyerarşisi**” olduğu bu yasal düzenlemelerin metinlerinden tereddütsüz çıktığı gibi, bu konuya ilişkin iki adet Danıştay kararına da göndermede bulunmak istiyorum. Her ikisi de **Danıştay 10uncu Dairesi** tarafından verilmiş olan bu kararlardan birincisinde; hakkında kesinleşen ve infaz edilmiş hükme rağmen GBT kaydının silinmemesi yüzünden farklı zamanlarda gözaltına alma uygulamasına maruz kalmış kişiye “**manevi tazminat**” ödenmesi gerektiğine hükme dılmıştır.⁶ Diğer kararda ise avukat bir meslektaşımız, duruşma için bulunduğu İzmir’de “**şikayetçi**” olarak gittiği kararkolda, mahkemeye kaldırılmış olan hakkındaki “**gıyabi tutuklama**” kararının GBT kaydından silinmemesi sebebiyle gözaltına alınmış ve “**sabahtan akşama**” süren bir hukuk mücadelesi vererek serbest kalabilmiştir. Yargı yeri, duraksamasız, “**maddi ve manevi tazminat**”a hükmetmiştir.⁷

Danıştay 10uncu Dairesi'nin andığım iki kararına konu tam yargı davalarında, idarenin; “**Biz idare olarak ‘istihbarat toplama’ görevimiz kapsamında adli sicil bilgilerini, adli sicil kaydından silinse bile GBT’de ‘güncel’ halde tutuyoruz**” diye bir savunma yapıp yapmadığını bilemiyorum. Ama yapılmış olsa bile işe yaramadığı anlaşılıyor.

II. D 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Yönünden Değerlendirme

İnceleme konumuz olan “**GBT kayıtlarının tutulma esasları**”, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu yönünden ele alınmayı gerektirmektedir.

Değerli Meslektaşım Avukat Sayın... tarafından davalı idarelerin savunmalarına karşı Adana 2nci İdare Mahkemesi’ne sunulmuş olan 06.12.2011 tarihli dilekçede, Yargıtay kararlarıyla da desteklenmiş bir halde; Müvekkilesi Sayını...in 1986 yılındaki yargı kararına konu fiilinin **5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu**’nun 3üncü maddesinin 17nci fıkrası ile “**suç**” olmaktan çıkarıldığı ve “**kabahat**”e dönüştüğü ortaya konulmuştur. **Bu şekilde “suç” olmaktan çıkarılarak “kabahat”e dönüştürülen ve “idari para cezası”na konu edilen fiillerin 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 5/1 (c) maddesi uyarınca adli sicile kaydedilmesi mümkün değildir.**

⁵ Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 42/ (e) maddesindeki “**eski sabıkalılar**”a ilişkin düzenlemenin de doğrudan “**istihbarat toplama**”ya yönelik olduğunu ve adli sicil kaydının her hal ve durumda “**güncel**” tutulması diye bir yetki vermediğini eklemek isterim. Üstelik söz konusu yetkinin Jandarma teşkilatını aşar ve “**Emniyet teşkilatı**”nı da içerecek şekilde “**genişletilmesi**” Kolluk alanında hukuken olanaksızdır.

⁶ Danıştay 10uncu Dairesi, 2007/1376 E., 2007/4756 K., K.T.:17.10.2007. (Karar, Danıştay’ın resmi internet sitesi ‘www.danistay.gov.tr’de yayımlanmıştır.)

⁷ Danıştay 10uncu Dairesi, 2006/6131 E., 2008/4559 K., K.T.:18.06.2008. (Karar, Danıştay’ın resmi internet sitesi ‘www.danistay.gov.tr’de yayımlanmıştır.)

Yukarıda 11nci sayfada “ (a).” maddesinde alıntı yaptığım KİHBİ Yönergesi'nin 9uncu maddesi ile bu başlık altında bir paralellik de kurmak istiyorum. Andığım Yönerge maddesi, **hiçbir hukuksal “nüans”ı dikkate almaksızın, “mülga” 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’un “karşısına” 5607 sayılı Kanun’u koymuştur.** Oysa, demin de söylendiği üzere 5607 sayılı Kanun’un 3üncü maddesi uyarınca, “**eski**” 1918 sayılı Kanun’un –tabir yerindeyse- “**Ceza Hukuku suçu**” saydığı fiillerin bir kısmının artık “**kabahat**”e dönüştüğü ve bunlar hakkında salt “**idari**” para cezası uygulanacağı açıktır. **KİHBİ Yönergesi ise eski yasal düzenlemenin “suç” saydıklarından hangilerinin artık “kabahat”e dönüştüğünü dikkate almaksızın, 1918 sayılı Kanun’un tüm maddelerini 5607 sayılı Kanun üzerinden “güncel” saymaktadır.** Belirttiğim bu noktayı da KİHBİ Yönergesi'nin 9 ve 16ncı maddelerinin aynı zamanda 5607 sayılı Kanun’un 3üncü maddesine de aykırılık içerdiği düşüncemin kanıtı olarak takdirlerine getiriyorum.

III. İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU’NUN 7NCİ MADDESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME:

Şimdiye kadar yaptığım değerlendirme ve açıklamalardan sonra, sıranın önemli bir “**yargılama usulü**” konusuna geldiğini düşünüyorum. Adli sicil ve GBT düzenlemeleri ile 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu açısından yukarıda yaptığım değerlendirmelerin **öncelikle KİHBİ Yönergesi'nin 9uncu ve 16ncı maddelerinin “normlar hiyerarsisi” ilkesi bakımından “üst norm” konumundaki “kanun”lara aykırılığını ortaya koyduğu kanısındayım.**

Davalıların doğrudan ve sadece KİHBİ Yönergesi'nin 9uncu ve 16ncı maddelerine dayanarak Sayın... hakkında dava konusu idari işlemi yapmış oldukları dikkate alındığında; Adana 2nci İdare Mahkemesi'nde görülmekte olan iptal davasının “**hukuksal uyumsuzluk**” bakımından “**merkez**”inde söz konusu KİHBİ Yönerge maddelerinin yer aldığı sonucuna varılmaktadır. Derdest dava ise 25.05.2011 gün ve 1395 sayılı “**GBT kaydının silinmesi talebinin reddi**” işleminin iptali amacıyla açılmıştır. Eğer KİHBİ Yönergesi'nin anılan maddeleri, 25.05.2011 günlü idari işlem 60 günlük dava açma süresi içinde yargıya götürülmek istenseydi, iptal davasının, **2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24üncü ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (=İYUK) 38inci maddeleri** uyarınca doğrudan Danıştay'da açılması gerekecekti. Danıştay, bu iptal davası bakımından “**ilk derece mahkemesi**” konumunu kazanacaktı. Doğrudan ve tek başına iptal davasına konu edilen uyumsuzluğın 25.05.2011 günlü idari işlem olması sebebiyle 2577 sayılı İYUK'un **32nci maddesi** uyarınca İdare Mahkemesi'nin yetki kazanması doğaldır.

Öte yandan, bir “**birel-koşul**” işlemdeki açık hukuka aykırılığın onun dayanağı olan “**genel düzenleyici işlem**”den “**aynen kopyalanmış**” olması halinde “**ideal**” hukuksal çözüm her iki idari işlemin birlikte yargı yerine götürülmesi ise de; böyle yapılmamış hallerde bile gerek 2577 sayılı İYUK'un 7nci maddesi, gerek biraz sonra değineceğim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurul (=DİDDK) Kararı bu noktada ortaya çıkabilecek “**usul tıkanıklığı**”nı kolayca aşmaya yeterlidir.

Öncelikle 2577 sayılı İYUK'un 7nci maddesinin 4üncü fıkrasını hatırlamakta yarar vardır: “**İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak, bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilme-**

miş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz. (Madde-nin son cümlesinin altını niçin çizdiğimi bir sonraki sayfada anlatacağım.)

Demek ki -yasal düzenlemedeki anlatımla- **“uygulanan işlem”**in muhatabı, iptal davası yoluna başvurmadan önce şu değerlendirmeyi yapacaktır: *Hakkımda yapılmış bu işlem, dayanak durumundaki **“genel düzenleyici işlem”**e mi aykırıdır, yani o düzenleyici işlem bana **“bire bir”** uygulansaydı lehime bir hukuksal sonuç doğmuş olacakken hakkımda **“kusurlu”** bir işlem mi yapılmıştır; yoksa, düzenleyici işlem **“normlar hiyerarsisi”**nde kendisinden önce gelen kanun, yönetmelik ve benzeri işlemlere zaten aykırılık taşıdığı için mi **“uygulama işlemi”** de hukuka aykırılıkla **“malul”** bir halde hukuk alemine çıkmıştır? Aynı olguyu daha **“kestirme”** ve **“teknik”** olmayan bir anlatımla söylersem, **“potansiyel davacı”**nın şu kararı vermesi gerekecektir: *Hakkımdaki uygulama işleminden **“kurtulmak”** için, öncelikle onun dayanağı durumundaki genel düzenleyici işlemde mi kurtulmam gerekmektedir?**

Her ne kadar yukarıda anlatıldığında **“kolay”** bir kararım gibi görünen bu **“seçim meselesi”**, bazen konunun uzmanlarının, hatta yargı yerlerinin bile içinden çıkmakta hayli zorlanabilecekleri karmaşıklıkta teknik hukuk tartışmalarına girmeyi gerektirebilir. Dolayısıyla, uzmanlık derecesinde bilgi ve birimi sahibi olan uzmanların bile **“mütereddit”** kalabilecekleri böyle durumlarda en **“ehven”** görünen yol, genel düzenleyici işlemi de uygulama işleminin iptal dava açma süresi içinde yargıya taşımaktır.

Diğer yandan, bazen ancak hukuksal uyumsuzluğun içine girildikçe, benim bu **“Bilimsel İnceleme”**de yapmaya çalıştığım gibi **“katmanlar”** birer birer **“kazıldıkça”**, önceden dikkat çekmemiş, **“kendisini ele vermemiş”** bazı maddi ve hukuksal olgular, yargı yerinin önündeki davaya hukuksal bakış açısını değiştirebilir. Konu derinlemesine incelendikçe, hukuksal sorunun, ilgilisi hakkında yapılmış uygulama işleminin genel düzenleyici işleme aykırılığı çerçevesinin dışına taşıdığı; esas **“sorunlu”** işlemin genel düzenleyici işlemin kendisi olduğu tespitiyle, **yargısal denetimin, genel düzenleyici işlem bir kenara bırakılarak, uygulama işleminin doğrudan “kanun” düzeyindeki “ana dayanağı”na gidilerek yapılması gerektiği kanısına varılabilir.**

Bu şekilde genel düzenleyici işlem **“ihmal”** edilip, ilgilisi hakkında yapılmış idari işlemin doğrudan **“kanun”**a gidilerek yargısal denetime tabi tutulması yalnızca demin hatırlattığım İYUK’un 7/4’üncü maddesinin –yukarıda altı tarafımdan çizilmiş- son cümlesinin sağladığı bir **“teorik açılım”**dan ibaret değildir. Danıştay da, hem de **“İdari Dava Daireleri Kurul Kararı”** düzeyinde, **“ihmal”** teorisini kabul edip somut uyumsuzluğa uygulamıştır⁸:

“EMEKLİ AYLIĞI ALMAKTA OLAN KİŞİNİN RESMİ KURUMUNDAKİ CİHAZIN ARIZALI OLMASI NEDENİYLE ÖZEL BİR SAĞLIK KURULUŞUNDA ÇEKTİRDİĞİ TOMOGRAFİ ÜCRETİNİN TAMAMININ ÖDENMEMESİ İŞLEMİNİN BU HUSUSDAKİ TÜZÜK KURALININ İHMAL EDİLMEK SURETİYLE İPTALİ GEREKTİĞİ HK.

Emekli Sandığından emekli aylığı almakta olan davacının özel sağlık kurumunda çektiği tomografi ücretinin tamamının ödenmemesi işleminin ve bu işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemlerin iptali ile... liranın tazminine karar verilmesi istemiyle açtığı dava sonunda Danıştay Onuncu Dairesince verilen ve davanın reddine ilişkin bulunan 9.10.1995 günlü, 1995/4260 sayılı kararı, davacı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

.....

⁸ DİDDK, 1996/148 E., 1998/557 K., K.T.: 13.11.1998. (Karar, Danıştay’ın resmi internet sitesi ‘www.danistay.gov.tr’de yayımlanmıştır.)

Emekli Adi Mallullük ve Vazife Malüllüğü Aylığı Bağlanmış Olanlarla, Bunların Kanunen Bakmakla Yükümlü buldukları Aile Fertleri, Dul ve Yetim Aylığı Alanların Muayene ve Tedavileri Hakkında Tüzüğün Ek 6. maddesinde ise Resmi sağlık kurumlarında yapılamayan enjeksiyonlarla bu kurumlarda bulunmadığı veya yapılamadığı için özel sağlık kuruluşlarında çektilen röntgen filmleri ve yaptırılan tahlil giderlerinin, belgelen-dirmekle koşuluyla, üniversiteler tıp fakülteleri hastanelerinde uygulanan fiyatlar üzerinden sandıkça karşılanacağına öngörüldüğü, aktarılan yasa hükmüyle yasada sayılan ilgililerin yine yasada belirtilen resmi sağlık kurumlarıyla, kamuya yararlı dernek ve vergiden muaf vakıflara ait sağlık kuruluşlarında tüzükle belirlenecek usul ve esaslara göre muayene ve tedavi ettirilecekleri öngörülerek, ilgililerin hangi kurumlarda tedavi ve muayene ettirilecekleri ve bu konudaki usul ve esasların tüzükle belirleneceğinin kurala bağlandığı, bu duruma göre yasa hükmünde belirtilen kurumlar dışında yaptırılan muayene ve tedavi giderlerinin tamamının sandıkça ödeneceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği, davacının Ankara İbni Sina Hastanesinde tedavisi sırasında cihazın arızalı olması nedeniyle incelemenin başka bir merkezde yapılmasının uygun olduğunun belirtilmesi üzerine özel sağlık kuruluşunda beyin tomografisini çektiği, davalı idarece de Tüzükte belirtilen ve Bütçe Uygulama Talimatına eklenen Fiyat Tarifesinde yer alan miktarda ödemede bulunduğu anlaşıldığından uygulama işleminde de hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddedildiği anlaşılmaktadır.

.....

(Y)asaların uygulanmasını göstermek için çıkartılan tüzük, yönet-melik ve talimatların dayalı oldukları yasalara aykırı düzenlemeler ta-şımamayaçaklarının idare hukuku ilkelerinden olması ve 2577 sayılı Yasa'nın 7/4. maddesi gereği düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olma-sının bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel oluşturmaması nede-niyle, TÜZÜĞÜN İLGİLİ MADDESİNİN İPTALİ İSTENMEMEKLE BİRLİKTE; 1993 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatının 5. maddesinin röntgen film bedellerine ilişkin kısmıyla, eksik ödeme işleminin iptal edilerek, istem doğrultusunda eksik ödenen miktarın yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmesi gerekirken, davanın reddedilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz istemi-nin kabulüne, Danıştay Onuncu Dairesinin 1995/4260 sayılı kararının BOZULMASINA, karar verildi.”

Bu başlık altında yaptığım açıklamaları bitirirken, diğer bir DİDDK Kara-rına da değinmek istiyorum: İki “uygulama işlemi” arasında da aynen “genel düzenleyici işlem - uygulama işlemi” arasındaki gibi bir bağıntı kurularak; daha eski tarihli ve ilgisince iptal davasına konu edilmemiş bir “uygulama işlemi”nin daha sonra yapılmış ve idari yargıya götürülmüş uygulama işleminin “sebeP” unsurunu oluşturması halinde, sonraki işlemin yargısal denetimi kapsamında ve hakkında bir iptal kararı verilmeksizin bir önceki “uygulama işlemi”nin denetlenebileceği kabul edilmiştir⁹. Andığım DİDDK Kararında da 2577 sayılı İYUK’un 7nci maddesinin “anahtar” rolünü üstlendiğini vurgula-makta yarar görüyor ve “karar özeti”ni aktarmakla yetiniyorum:

“Bir işlemin SEBEP UNSURUNU oluşturan BAŞKA bir işleme karşı DAVA AÇILMADIĞI veya bu işleme karşı açılan davanın sure aşımı nede-

⁹ DİDDK, 1998/96 E., 1999/844 K., K.T.: 01.10.1999.

niyle inceleme olanağının bulunmadığı durumlarda, **SEBEP UNSURUNU OLUŞTURAN İŞLEM HAKKINDA HÜKÜM TESİS EDİLMEKSİZİN hukuka uygun olup olmadığının incelenerek SONRAKİ İŞLEMİN HUKUKİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNE** karar vermiştir.

SONUÇ OLARAK VE ÖZETLE

Buraya kadar yaptığım hukuksal değerlendirme ve irdelemenin ışığı altında; Avukat Sayın... ın 03.05.2011 günlü dilekçesi ile Müvekkilesi Sayın...ın "**adli sicil**"den çıkarılmış olan "**sabıka kaydı**"nın "**Genel Bilgi Toplama**" sisteminden de silinmesini talep etmesi üzerine, 25.05.2011 gün ve 1395 sayılı cevabi işlemle, "**KİHBİ Yönergesi**" (= "**Kaçakçılık, İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Daire Başkanlığı Bilgi Toplama Yönergesi**") gerekçe gösterilerek talebin reddedilmesi üzerine **Adana 2nci İdare Mahkemesi**'nde açılmış bulunan ve halen derdest **2011/1283 E.** sayılı iptal davasının içerdiği "**hukuksal uyumsuzluk**" hakkında ulaştığım sonuç ve kanaatim şöyledir:

(i) Söz konusu "**Genel Bilgi Toplama**" sistemi, bir yönüyle "**önleyici**", diğer yönüyle "**bastırıcı**" Adli Kolluk etkinliklerine ilişkindir. Emniyet ve Jandarma teşkilatlarının kendi etkinliklerini yürütürken ihtiyaç duydukları "**bilgi ve istihbarat**"ın toplanması "**önleyicik**" boyutunu, "**adli makamlar**" tarafından alınmış kararların uygulanması amaçlı kayıt tutma ise "**bastırıcılık**" boyutunu meydana getirmektedir.

(ii) Kişiler hakkında "**yakalama kararı**" veya "**yokluğunda tutuklama kararı**" verme gibi yetkiler "**adli makamlar**" tarafından kullanılmakta, daha sonraki aşamada ortaya çıkabilecek "**ceza mahkumiyeti**"ne ilişkin "**adli sicil**" ise "**kurumsal**" anlamda "**Adalet Bakanlığı**" tarafından oluşturulmaktadır. Emniyet ve Jandarma teşkilatları, yani kurumsal anlamda "**İçişleri Bakanlığı**", söz konusu "**adli sicil**"in "**oluşturucusu**" değil "**uygulayıcısı**"dır.

(iii) KİHBİ Yönergesi'nin "**yapılması**" yönünden, yani "**yetki**" unsuru açısından yukarıda metin içinde tartışılan "**üç yasal dayanak**" yeterlidir. Öte yandan, söz konusu Yönerge'nin "**içerik ve kapsam**" yönünden yasal çerçevesinin çizilmesinde, "**istihbarat ve bilgi toplama**"ya ilişkin "**önleyici**" Kolluk konularında yine aynı "**üç dayanak**" yeterli sayılabilirse de; doğrudan "**adli sicil**"e dayalı "**bastırıcı**" Kolluk konularına ilişkin kayıtların tutulmasından silinmesine kadarki aşamaların tamamında 5352 sayılı **Adli Sicil Kanunu**'nun esas alınacağı açıktır. Dolayısıyla, KİHBİ Yönergesi'nin "**sebebi**", "**konu**" ve "**maksat**" unsurlarının hukuka uygunluğu, "**bastırıcı**" Kolluk yönünden "**üst norm**" olan 5352 sayılı **Adli Sicil Kanunu**'na tâbidir.

(iv) Bizzat "**adli sicil**" kaydını tutan kurum tarafından 5352 sayılı Kanun uyarınca yasal koşulları oluşturduğunda "**silinen**" bir bilginin, artık "**hukuksal uygulanma yeteneği**" de kalmamış demektir. Zaten başından itibaren salt bu "**uygulama**" ihtiyacına cevap vermesi için "**GBT**" sisteminde tutuluyor olması gereken aynı bilginin, "**ana kaynak**" olan adli sicilde "**güncelli (ğ)**"i kalmamışken, yine de korunmaya devam edilmesi 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun İçişleri Bakanlığı'na tanıdığı bir yetki değildir.

(v) Eğer amacı ve kapsamı yukarıda açıklanan "**adli sicil**" kaydının GBT sisteminden çıkarılmasında 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun ölçütlerine uyulmazsa, o takdirde "**genel istihbarat ve bilgi toplama**" etkinliği, "**adli sicil**" kayıtlarını da kapsayacak şekilde alanını "**genişletmiş**" olacaktır. Davalılardan İçişleri Bakanlığı'nın yukarıda değindiğim savunmasından da anlaşıldığı üzere, KİHBİ Yönergesi'ne yasal düzenleme değişiklikleri yansıtılırken, bir kanunun yerine yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi halinde, teker teker ve madde karşılaştırması yapılmaksızın "**bütün maddeleriyle ikame etme**" gibi bir yaklaşımla

hareket edilmektedir. Kolluk alanında “sınırlama” ve “yasaklama” yetkilerinin mutlaka “kanun” düzeyinde dayanağı olmalıdır ve kanunun öngördüğünden daha “geniş” sınırlama ve yasaklar “yönetmelik ve benzeri” idari işlemlerle getirilemez. Böylesi bir uygulama, 1982 Anayasası’nın 13üncü maddesinin de güvencesi altında olan “kanunilik” ve “ölçülülük” ilkelerinin açık ihlalidir.

(vi) KİHBİ Yönergesi’nin 9 ve 16ncı maddeleri gerek “kanunilik” ve “ölçülülük” ilkeleri, gerekse “önleyicilik-bastırcılık” dengesi dikkate alınmaksızın kaleme alınmış düzenlemelerdir. Bu yönüyle anılan maddelerin “sebep”, “konu” ve “maksat” unsurları yönünden açıkça hukuka aykırı oldukları kanısındayım.

(vii) Adana 2nci İdare Mahkemesi’nde derdest 2011/1283 E. sayılı iptal davasının konusunu oluşturan 25.05.2011 gün ve 1395 sayılı “red işlemi” KİHBİ Yönergesi’nden, bir önceki maddede saydığım unsur sakatlıklarını aynen “tevarüs” etmiştir.

(viii) Yukarıda “III” numaralı başlık altında yargılama usulü yönünden takdirlerine sunduğum gerekçelerle 25.05.2011 günlü “red işlemi”nin –başta 5352 sayılı Kanun- ilgili “üst norm”lara göre yargısal denetiminin yapılabileceği ve KİHBİ Yönergesi’nin, Danıştay’ın deyişyle “ihmal” edilmesi suretiyle nihai kararın verilebileceğini düşünüyorum.

(ix) Sayın Özgüner’in 1986 yılındaki yargı kararına konu fiilinin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 3üncü maddesinin 17nci fıkrası ile “suç” olmaktan çıkarıldığı ve “kabahat”e dönüştüğü dava dosyasında inandırıcı delillerle ortaya konulmuştur. Özellikle konuya ilişkin Yargıtay içtihadından bu tespitin çıkarılabildiği kanısındayım. **Bu şekilde “suç” olmaktan çıkarılarak “kabahat”e dönüştürülen ve “idari para cezası”na konu edilen fiillerin 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 5/1 (c) maddesi uyarınca adli sicile kaydedilmesi mümkün olmadığı gibi, aynı Kanun çerçevesinde mevcut kayıtların silinmesinin de gerekeceği açıktır.** Gerek KİHBİ Yönergesi’nin demin değindiğim maddeleri, gerekse Sayın Özgüner hakkında yapılmış olan 25.05.2011 tarihli “red işlemi”nin bu gerekçeyle de “sebep”, “konu” ve “maksat” unsurları yönünden açıkça hukuka aykırı olduğu kanısındayım.