

İNSAN HAKLARI ÇALIŞMA METİNLERİ: V



POLİS VAZİFE VE SALAHİYET KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK: DURDURMA-KİMLİK SORMA- ARAMA PARMAK İZİ ALINMASI SİLAH KULLANMA

Kerem ALTIPARMAK
Ahmet Murat AYTAÇ
Onur KARAHANOĞULLARI
Türkan HANÇER
Devrim AYDIN

Ankara – 2007

I. GİRİŞ	1
II. DURDURMA, KİMLİK SORMA VE ARAMA: 5681 SAYILI KANUNUN 1. MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	5
A. MADDE METNİ.....	5
B. DURDURMA VE KİMLİK SORMA:	6
1. <i>Durdurma</i>	6
2. <i>Kimlik sorma-Yakalama- Tutuklama</i>	13
3. <i>Özel Hayatın Gizliliği: PVSK 4/a ve Arama</i>	16
III. PARMAK İZİ ALINMASI: 5681 SAYILI KANUNUN 2. MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	18
A. MADDE METNİ.....	18
B. DEĞERLENDİRME.....	19
1. <i>Kişisel veri, toplanma sebebi ortadan kalkınca muhafaza edilmeye devam edilmekte midir?</i>	21
2. <i>Kişisel verinin toplanması, ceza kovuşturması veya belirli bir suç türüyle mücadele nedeniyle mi, yoksa genel bir önlem olarak mı uygulanmaktadır?</i>	22
3. <i>Gönüllü parmak izi</i>	23
IV. SİLAH KULLANMA: 5681 SAYILI KANUNUN 4. MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	24
A. MADDE METNİ	24
B. DEĞERLENDİRME.....	24
V. SONUÇ	29

I. GİRİŞ

Güvenlik, günümüz Türkiye’inde siyasetin temel belirleyici güdüsü haline gelmiştir. Toplumsal hayatın her alanında güvenlik talebi tüm diğer insani güdülerin üstüne çıkmakta ve diğer talepleri kendine tabi kılmaktadır. Üst sınıfların, kent hayatına hâkim olan güvensizlik yüzünden “güvenli sitelere” toplandığını müşahade ediyoruz. Yine birçok insanın “güvenli seyahat”ten yana tercih kullandığını, şehirlerarası (veya şehir içi?) yolculuklarda güvenlik talebinin ön plana çıktığını görüyoruz. Güvenlik istemini kışkırtan bir tehlike algısı yaşamın her yanına sirayet etmiş durumda ve siyaseten en çok ciddiye alınan talebi de bu teşkil ediyor. Her alanda etkili olan ve sonuç yaratan bu güvenlik istemi, sadece bir alanda hükmünü icra edememektedir: Sosyal-ekonomik hayat. İş ve güvencesinden zenginliklerin paylaşılmasına kadar her türlü sosyal sorun alanı, güvenlik ilkesi yerine etkinlik ilkesinin kontrolü altına bırakılmış durumda.

Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nda (PVSK) yapılan değişikliklerin denk düştüğü konjonktürde, toplumsal ve siyasi hayata özgü konuların hukuksal açıdan düzenlenme biçimlerinde yukarıda belirttiğimiz gelişmelerin etkisi varlığını tüm ağırlığıyla hissettirmeye başladı. Yasanın toplumsaldan kopukluğu, uzun zamandan beridir yasama süreçlerindeki hâkim eğilimi temsil etmektedir. Yasanın, sosyal sorunların yarattığı bölünme hatlarına güç yığmış geniş kitlelerin oluşturduğu bir denge durumunun ifadesi olduğu anlayışı, Türk hukuk tarihinde hiçbir zaman başat olmamakla birlikte, toplumsal mücadelelerin verili durumuna bağlı olarak kendini hissettirebilen bir eğilimdi.

Günümüzde toplumsal hayata özgü meselelerin hukuksal açıdan düzenlenme biçiminde en çok dikkat çeken noktayı suçla mücadele konusunda meydana gelen güvenlik eksenli zihniyet değişikliği temsil etmektedir. Adi asayiş vakalarından geniş toplumsal olaylara, toplumsal şiddet olaylarından namus davalarına kadar birçok konu güvenlik ilkesinin egemenliğinde bambaşka bir görünüm kazanmaya başlamıştır. Başka koşullarda toplumdaki gelir dengesizliklerinin bir ürünü olarak kabul edilen hırsızlık, artık basit bir güvenlik meselesi veya devletin ilan ettiği “genel affın” öngörülebilir sonuçlarından biri gibi kabul edilmektedir. Kapkaç, elektrik ve su kaçakçılığı gibi suçlar bile toplumsaldan koparılmakta, mevcut siyasal düzenden hoşnutsuz kesimlerin devlet güvenliği aleyhine giriştiği eylemler gibi ele alınmaktadır. Geniş yığınların hızla yoksullaştığı bir sosyal çözülme momentinde, bir çeşit öz saygıyı onarma eylemi olarak kabul edilmesi gereken namus cinayetleri bile etnikleştirilmekte ve Kürt yurttaşların siyasi farklılık iddiaları ve talepleriyle ilişkilendirilerek güvenlik meselesine dönüştürülmektedir.

Ödenmemiş elektrik faturalarından küçük çocukların tiner kullanmasına kadar her türlü sosyal sorunun, kaynaklandığı sosyal arka plandan yalıtılarak güvenlik havuzuna akıtıldığı böyle bir zihniyet dönüşümünün yasa yapma biçimlerinin etkilememesi düşünülemez. İçinde bulunulan aşamada yasa yapma sürecine, egemenlik aygıtının konunun “uzmanlarıyla”, yani çağımızın “hukuk mühendisleriyle” istişare halinde gerçekleştirdiği tek yanlı bir irade beyanı gözüyle bakılmaktadır. AB’ye uyum yasalarından PVSK’ya kadar, içinden geçtiğimiz ve “içimizden geçen” yasalaştırma süreçlerinin hepsi, yasa yapma etkinliğinin teknik bir görüş açısından depolitize edilmesiyle karakterize edilmektedir. Yasaların, bu gözden uzak “hukuk şantiyelerinde” inşa edilmesinin en dikkat çekici sonuçlarından birini, yasanın diline hâkim olması beklenen açıklık ve kendiliğinden anlaşılabilirliğin yerini muğlâklığa ve çok anlamlılığa bırakması olmaktadır. Bu muğlâklık, insanda yasayı uygulaması beklenen aktörlerin eylem alanlarının genişletilmesi için benimsenen bilinçli bir stratejiymiş izlenimi oluşturuyor.

Bu noktada, PVSK ile gündeme gelen güvenlik ve yönetim ilişkisi sorununun daha iyi anlaşılabilmesi açısından bir ayırım yapmayı özellikle gerekli görüyoruz. Hobbes’tan, bu yana, güvenlik kavramının *Leviathan*’ın doğasıyla kopmaz bir şekilde bağlı olduğu kabul görmektedir. Her modern egemenlik aygıtı, gözle görünür kurumsal ve yasal çerçevesinin arkasında bulunan karanlık bir alanın, bir başka deyişle paralel bir iktidar odağının varlığı sayesinde işler. Temel amacı devletin esenliği ve güvenliğini sağlamak olan bu bölge, hiçbir yazılı hukuk ilkesiyle bağlı olamayan siyasi aktörlerin eylemleri, ilişkileri ve bunlara yön veren dünya görüşlerinin toplamından oluşmaktadır. Modern liberal demokrasilerde gündelik siyasi hayatın vazgeçilmez bir parçası ve komplike siyasi eylemlere bir açıklama geliştirebilme açısından doğal bir referans noktası olarak işlev gören bu “hikmet-i hükümet” alanın hukuk devletinin çerçevesine alınması, her zaman için özgürlük ve eşitlik mücadelesinin de vazgeçilmez bir parçasını oluşturmuştur. Bu aşamada, hukuksal denetim, yönetsel aygıtın gayrimeşru şiddet kullanma potansiyelinin, halk egemenliğinin denetimi altına alınmasını sağlayacak bir aleniyetin sağlanması amacını gütmektedir. Böyle bir denetim mümkün değilse de, oluşturulan hukuki basıncın söz konusu karanlık alanın etkinlik düzeyini sınırlandıracağına inanılmaktadır.

PVSK’nın uygulanmaya konduğu referans çerçevesi, hukuk dışı bir alandan kişilerin hak ve özgürlüklerine yönelmiş bir tehlikeyi değil, bizzat hukukun içinden hukukun askıya alınmasıyla ilgili yeni bir sorun alanını tanımlamaktadır. Hukukun PVSK aracılığıyla askıya alınması iddiasını temellendiren iki dayanak bulunmaktadır: 1) PVSK’nın normlar hiyerarşisine aykırı olması, 2) PVSK’nın hukuk devletini tanımlayan “temel norma” aykırı olması.

İlk olarak, yasa yapma mantığına hâkim olan öncelikli bir ilke gereği, her yasa koyma edimi yasalar hiyerarşisi dediğimiz bir hukuki silsilenin mantığıyla çelişmemek durumundadır. Buna göre, yasalar anayasaya, tüzük ve yönetmelikler yasaya aykırı olamazlar. Herhangi bir hukuki düzenleme kendinin düzenleme iddiasında olduğu alanın üstündeki düzeylerle ilgili hukuki düzenlemelerle çelişme içinde olamaz. PVSK, bu açıdan, hem Anayasa'nın hem de Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin koyduğu normlarla çelişki içindedir. İkinci olarak, hukuk devletini tanımlayan esas norm, yönetim aygıtının yasalar yoluyla işlemesi değil de, yasalara hâkim olduğuna inanılan adalet ve özgürlük gibi ilkelerle tanımlanmış üstün bir hukuk idealine bağlılıkta, PVSK'nın bu temel norm ile bir çelişki içinde olduğunu gönül rahatlığıyla söyleyebiliyoruz. Burada önemli olan yan, söz konusu hukuk idealinin gerçekten de bir hukuk düzeni yaratmanın tek ölçütü olup olmayacağı değil, kendini bir hukuk devleti olarak tanımlayan bir yasalar ve kurumlar bütünü, kendi iddiasıyla belirgin bir çatışma içine girmiş olduğunu görebilmektir.

Hukukun yine hukuksal araçlar kullanarak askıya alınması, bizi siyaset teorisindeki geleneksel tartışma konularından birine, “yasalar tarafından yönetim”den “insanlar tarafından yönetime” doğru götüren, güvenlik ilkesinin kendini siyasal alanda gerçekleştirme biçimlerinden biri olarak kabul edilebilir. Özellikle, kolluk güçlerinin takdirine ve deneyimleriyle oluşturdukları tehdit algısına PVSK'da fazlasıyla “güven” duyuluyor olması bunun temel bir işaret olarak ele alınmalıdır.

Hukukçuların güvenlik kavramı ekseninde yerine getirdiği yeni rol, kolluk güçlerinin yeni dönemde yerine getireceği rolün de kısmi bir açıklamasını içermektedir. Meşrulaştırıcı ilkesi güvenlik olan PVSK ile birlikte gündeme gelen şey, hukukçuları öne çıkaran toplumsal dinamiklerin sonuçlarına benzer bir şekilde, kamu görevlilerinin bir kısmının imtiyazlı bir iktidar kullanma yetkisine kavuşturulmuş olmasıdır. Türkiye küresel süreçlerle bütünleşirken yerleşik yönetsel aygıtın içinde güç kaybına uğrayan kesimlerin neredeyse hepsi, ulusal birlik ve bütünlükten toplumsal düzen ve asayişe kadar uzanan sorun alanında kendi mesleki etkinlikleriyle ilgili bir güvenlik açığı saptamaya başladılar. Bu açık, yönetsel aygıt içindeki sektörlerin kendi mesleki etkinliklerini verimli bir şekilde icra edilmesinin önünde engel oluşturduğu iddia edilen hantal hukuk mantığıyla ilişkili bir şekilde tartışılmaya başlandı. İşte PVSK'daki değişiklik, esas olarak, suç ve terörle mücadeledeki açık gereksesiyle, polisin böyle bir imtiyazlı güç kullanımına mezun kılınmasının aracı olarak ortaya çıktı. PVSK aracılığıyla, egemenlik aygıtının yurttaşlarla doğrudan temasa geçtiği bu temel polisiye faaliyet düzeyi, sonuçları yasal bir çerçevede değerlendirilecek bir kamu görevi olmaktan çıkarılmış gibi duruyor. Artık esas ölçü, kolluk güçlerinin sunduğu güvenlik hizmetinin etkinliği ve görevi

yerine getiren meslek grubunun uzmanlık bilgileridir. Kısacası güvenliğin sağlandığı bu temel düzey, yasa aracılığıyla yasal denetim dışında tutulan bir yönetsel tasarruf haline gelmektedir. Güvenliğin ne olduğu ve ne zaman güvenliğin sağlanmış olduğuna ilişkin kriterler, yine bu güvenlik etkinliğini icra eden idari gücün mesleki deneyim ve birikimlerinden kaynaklanan kriterlerdir; bir başka deyişle, güvenliğin yasal çerçevesi hem ölçülen hem de ölçen aynı olduğu bir döngüsellığe dayandırılmıştır.

Fakat hiçbir hukuki-siyasi uygulamanın sonucu, bizzat bu sürecin muhatabı olan insanların uygulamalara nasıl tepki vereceğinden bağımsız olarak değerlendirilemez. PVSK “mukayeseli hukuku” kendine kaynak gösterdiği oranda, Türkiye’de özgürlük adına konuşanların temel bir muhalefet stratejisi olarak benimsedikleri uluslararası standartlara dayalı eleştirisinin etkisini azaltmaktadır. Zaten tek dayanağı ABD ve AB’deki terör karşıtı hukuki düzenlemeler olan böyle bir yasayı, uluslararası gelişmelerin gerisinde kalmamak veya “Kopenhag kriterlerini Ankara kriterleri yapmak.” gibi ölçütlerle geriletebilmek mümkün gibi gözüküyor. Bu yüzden, sonraki gelişmeler egemenlik aygıtının iç gerilimleri ve ihtiyaçlarının ne yönde gelişeceği kadar, bu yeni hukuki durumun yaratacağı uygulamalara geniş yığınların nasıl tepki vereceğine bağlı olacaktır. Egemenlik aygıtı içindeki kesimlerin tanımladığı güvenlik açığı, hukukun ve siyasi süreçlerin sosyalizasyonunu eşitlik ve özgürlük açığına dayalı olarak talep edecek insanların direnciyle karşılaşmadığı sürece, bu gidişin tersine döneceğini düşünmek için pek fazla neden varmış gibi gözüküyor.

II. DURDURMA, KİMLİK SORMA VE ARAMA: 5681 Sayılı Kanunun 1. maddesinin Değerlendirilmesi

A. Madde Metni

“Durdurma ve kimlik sorma

Madde 4/A- (Ek: 2/6/2007-5681/1 md.)

Polis, kişileri ve araçları;

- a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,
- b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,
- c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,
- ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz. Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebinin bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.

Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.

Durdurma sebebinin ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir.

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.

Bu Kanun ve diğer kanunların verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, polis tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümler saklıdır.

Polis, görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir. Bu kişilere kimliğini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir.

Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılıncaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usûlü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

Kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve talepte bulunması halinde, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verilir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.

Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, 5 inci maddeye göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek kayda alınır.

Kimliği tespit edilemeyen kişinin yabancı olduğunun anlaşılması halinde, 5682 sayılı Pasaport Kanunu ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.”

B. Durdurma ve Kimlik Sorma:

Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen kuralların hangi hak ve özgürlükleri etkilediklerini saptamak önemlidir. 2001 değişiklikleri ile kademeli sınırlandırma rejimini kabul etmiş olan 1982 Anayasası açısından bu sınıflandırma çok daha önemli hale gelmektedir. Durdurma ve kimlik sorma, önleyici bir tedbir olarak olayın özelliğine göre birçok hakkı etkileyebilir. Örneğin bir toplantıya katılmayı engellemek için kasıtlı olarak durdurma önlemine başvurulması ve durdurulan kişinin toplantı süresi boyunca serbest bırakılmaması toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahale olarak değerlendirilebilir.

Ancak durdurma ve kimlik sorma tedbiri, bazı temel hak ve özgürlüklerle, uygulandığı olayın özelliklerinden bağımsız olarak, her bir uygulamada ilişki içine girer. Örneğin, akşam evine gitmekte olan bir kişinin durdurulup kimliğinin sorulması halinde de, okula giden bir öğrencinin durdurulmasında da kişinin özgürce hareket etmesi sınırlandırılmaktadır. Bu kişilere yönelik sınırlandırmanın hukuka uygun olup olmadığı, yukarıda verilen toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı örneğinden bağımsız olarak, kanunun genel düzenlenişine bakılarak saptanabilir. Bu nedenle, burada yapılacak inceleme durdurma ve kimlik sormanın genel rejimine ilişkin olacaktır.

1. Durdurma

Türk anayasal sisteminde durdurma diye bağımsız bir kavram yoktur. Durdurma ancak Anayasa’da öngörülen başka meşru müdahale yöntemlerinin bir aracı olabilir. Örneğin bir kişiyi aramak veya yakalamak için önce durdurmak gerekir. Ancak, arama veya yakalama yetkisi bulunmayan yerde durdurma yetkisi de ortadan kalkar. Bir başka deyişle, arama ve yakalama önlemlerinden bağımsız bir durdurma kavramına Türk anayasal sistemi içinde yer bulmak mümkün değildir. Bazı yazarların ve daha vahimi yasa koyucunun bu konuda ısrarla mukayeseli hukuka atıfta bulunmasının da hiçbir anlamı yoktur. Türk anayasal sisteminde yeri

olmayan bir kurumun başka hukuk sistemlerindeki mevcudiyetine bakarak meşrulaştırılması mümkün değildir.

Aslında bu yaklaşım kanunun tamamına içkin bir yaklaşımdır. Teklif gerekçesinde, “Avrupa ve diğer gelişmiş dünya ülkelerindeki uygulamalar”, “Mukayeseli hukukta yer alan düzenlemeler gereği”, “Mukayeseli hukukta da ifade edildiği gibi”¹ ifadeler yer almakta ama Anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinden hiç söz edilmemektedir.² Buradaki mantığı kabul etmek mümkün değilse de, anlamak kolaydır: Amerikalı, Alman, İngiliz yapıyorsa biz de yaparız ve yaparken de ne Anayasa’yı ne de uluslararası antlaşmaları dikkate almaya gerek yoktur.

Oysa, mukayeseli hukukun bir temel hakkın sınırlandırılması açısından hiçbir değeri yoktur. Türkiye’de uygulanacak hukukun, Anayasa’ya ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine aykırı olmaması gerekir. Aşağıda açıklanacağı üzere, mukayeseli hukuka uygun olduğu ifade edilen düzenlemeler, Türk hukuk düzeninde üstün norm niteliğinde olan bu iki kaynağa aykırıdır. Bu çarpık mantığı daha da kabul edilemez kılan nokta, getirilen değişikliğin yepyeni bir hukuk alanı yaratarak anayasal düzeni tümünden değiştirmesidir. PVSK değişikliği, geçtiğimiz yaz yapılan Terörle Mücadele Yasası değişiklikleri³ ile birlikte düşünüldüğünde, olağan bir olağanüstü hal yaratmanın hukuksal bir aracı olarak görülmektedir. Teklife göre, bu aracın kaynağı mukayeseli hukuktur.

a) Durdurma Yeni bir Kurumdur

Durdurma, kolluk kuvvetlerinin (idarenin) kamu düzeninin sağlanması amacıyla yerine getirecekleri faaliyette (kollukta) kullanabilecekleri, kişiyi özgürlüğünden (Any. m.19) mahrum bırakan yeni bir araçtır. Durdurma yetkisi ile kolluk amirleri değil, kolluk görevlileri, yani herhangi bir polis, kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakma yetkisi kazanmaktadır.

Anayasada “kişi hürriyeti ve güvenliği” 19. maddede düzenlenmiştir. Bu madde, yaşam hakkı ve angarya yasağından sonra gelmekte, en temel (kurucu nitelikte) insan haklardan birini düzenlemekte ve evrensel bir hukuk

¹ Sivas Milletvekili Selami Uzun ve 3 Milletvekilinin; Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, Genel Gereğe, Dönem: 22 Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 1437.

² Kanun teklifi hükümet tarafından hazırlanan bir taslaktan belli maddelerin alınması ile hazırlanmıştır. Elimizdeki metinden kanun tasarısının da aynı mantıkla hazırlandığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

³ 5532 Sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun. RG. 18.07.2006, S. 26232.

kurumuna yer vermektedir: Özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin hâkim güvencesinden yararlanmasını, kendisini özgürlüğünden mahrum eden idare ile baş başa ve onun keyfine kalmamasını öngören *habeas corpus* kurumu.

Anayasanın kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen 19. maddesindeki özgürlük kavramı genel bir kişi özgürlüğü anlamına gelmemektedir. Temel kişi özgürlüğü Anayasa'nın 12. maddesinde düzenlenmiştir. 19. maddede söz konusu edilen konu, kişinin keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun tutulmaması güvencesidir.⁴ Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, bu kavramı daha geniş anlamaktadır. Buna göre, "Anayasanın 19. maddesinde ifadesini bulan kişi özgürlüğü kavramı, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan kurumlaşmamış özgürlükler alanını kapsamaktadır."⁵ Anayasa Mahkemesine göre "Bir kimsenin, başkasına zarar vermeden; istediği hareketi yapabilmesi, istediği gibi dolaşabilmesi yemesi, içmesi, eğlenmesi de şüphesiz "kişi hürriyeti" kavramının içerisinde yer almaktadır."⁶

Anayasa Mahkemesi'nin bu nitelemesi çok önemlidir, çünkü kişi özgürlüğü "kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan kurumlaşmamış özgürlük" olarak tanımlandığında, durdurmanın bu özgürlüğe müdahale anlamına geldiğine şüphe kalmamaktadır. Bu durumda, bu sınırlandırmanın Anayasa'nın 19. ve genel sınırlama rejimini düzenleyen 13. maddesine göre yapılması gerektiği de açıktır.

19. madde, kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin *sınırlama araçlarını* ve güvencelerini tek tek belirlemiştir. Bunun dışında, yasa ile yeni güvenceler getirilebilse bile yeni bir sınırlama aracı yaratmak mümkün değildir. Maddede açıkça "...halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz" denilmiş, bu haller ayrıntılı, teknik bir ifadeyle kazuistik denilebilecek biçimde sayılmıştır. Maddedeki hürriyetten mahrum bırakmayı mümkün haller şu şekilde sıralanabilir:

1. Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi
2. bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması;
 - a. Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.

⁴ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu (2004), Türk Anayasa Hukuku, (Beta, 6. Baskı: İstanbul), s. 151.

⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1986 tarih ve E. 1985/8, K. 1986/27 K. sayılı Kararı.

⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 20.9.1966 E. 1963/156, K. 1966/34, RG: 8.5.1967/12592.

- b. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.
3. bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi;
 4. 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;
 5. 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.

Görüldüğü gibi maddede, alkol tutkunlarının tedavisi için hürriyetinden mahrum bırakılmaları veya küçüklerin ıslahı bile açıkça düzenlenmişken, genel kolluk kuvvetlerine verilen “tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebe dayanarak” yapabileceği önleyici “durdurma” haline hiç değinilmemiştir. Anayasada kişi özgürlüğüne kolluk müdahalesinin türü özel olarak düzenlenmiştir. Bunlar içinde durdurma bulunmamaktadır.

b) Kişi Özgürlüğünün Önleyici Tedbirle Sınırlandırılması

PVSK’da öngörülen önlemler ceza muhakemesi tedbiri değil, önleme tedbiridir. 19. madde önleme tedbiri olarak kişi özgürlüğünü sınırlandırmaya çok sınırlı bir şekilde cevaz vermektedir. Kanun koyucunun bu konuda dayanak olarak alabileceği tek hüküm “kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması”dır. Bu ifade son derece açıktır. Yasa bir yükümlülük öngörecektir, bunun yerine getirilmemesi halinde yaptırım olarak kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasına gidilecektir. “Yasa tarafından öngörülen herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak üzere” diyen AİHS’nin 5. maddesi bu konuyu daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır.⁷ AİHM de bu kuralın uygulanabilmesi için yerine getirilmeyen bir yükümlülük olması gerektiğini, bir kişiyi cezalandırma amaçlı olarak bu hükme başvurulamayacağını belirtmektedir.⁸ Hâlbuki, durdurmada yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi söz konusu değildir. Kişi, yasaya uyup durmuştur ama yasadaki belirsizlik nedeniyle bu durdurma yakalamaya dönüşecektir. Yani

⁷ Kişi özgürlüğüne ilişkin istisna hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği açıktır. Giulia Manzoni/İtalya, 1.7. 1997, *RJD* 1997-IV, s. 1191, para. 25)

⁸ Vasileva/Danimarka, Başvuru no. 52792/99, 25 Eylül 2003, para. 36; McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 8022/77, 8025/77, 8027/77, Kom. Kar., 18.3. 1981, DR 25, para. 172.

ilgili kişi yasanın öngördüğü ödevi yerine getirmesine rağmen özgürlüğünden yoksun kalacaktır.

Kanuna getirilen kurallar bütün olarak okuduğunda, yukarıda açıklanan müdahaleyi Anayasaya uygun kılmak bir yana ihlali daha derinleştirdikleri gözlemlenmektedir. İlk olarak, madde 4/a'nın 9. fıkrasına göre "Kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve talepte bulunması halinde, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verilir." Buradan çıkan sonuç şudur: kimlik sorulmadığı sürece tutulan kişiye dair hiçbir kayıt tutulması, hatta kişi istese bile durdurulduğuna, ne kadar süre ile durdurulduğuna, hangi nedenle durdurulduğuna ilişkin belge verilmesi gerekmemektedir. Kimlik tespit edilen hallerde ise ancak talep üzerine belge verilecektir. Her ne kadar bu belgede tutulma süresinin belirtilmesi gerekteyse de, belgenin verilmesinin isteğe bağlanması, birçok durumda işlemlerin kayıtsız yapılabilmesini mümkün kılmaktadır.

Değişik maddenin bir diğer fıkrasına göre polis "tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebe" dayanarak durdurma önlemine başvurabilecektir. Bu kavramın da İngiliz hukukundan alındığı anlaşılmaktadır. Ortak hukuk sisteminden çok uzun bir geçmişe sahip olan makul şüphe kavramı, durdurma önleminde muğlak kaldığı için eleştirilmiştir⁹. Dahası, Lawrence soruşturması¹⁰ sonrasında tutulmaya başlanan istatistikler, bu önlemin belirli etnik kökenden gelenlere çok daha yoğun bir şekilde uygulandığını göstermiştir.¹¹ Benzer bir standardın uygulandığı ABD'de, bu önlemin anayasal güvenceleri ihlal ettiği tespit edilmiştir. Yapılan çalışmalar, bu ihlallerin büyük bir kısmının yargı önüne de götürülemediğini ortaya koymaktadır.¹² Bu kavrama yabancı olan Türk polis hukukunda netliğin nasıl sağlanabileceği noktası tamamen tartışmaya açıktır. Kanun bu konuda istatistik tutulmasına öngörmediğine göre¹³, benzer bir sonucun ortaya çıkarılması Türkiye'de zordur. Ancak,

⁹ David Feldman (2002), *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, (Oxford: OUP, 2. baskı), s. 316.

¹⁰ Sir William Macpherson of Cluny (1999), *The Stephen Lawrence Inquiry, Report of an Inquiry*, (Londra: HMSO)

¹¹ 1997-1998 istatistikleri siyah bir İngiliz vatandaşının, beyaz vatandaşa göre 5 kat daha fazla durdurulduğu göstermektedir. Home Office, *Statistics on Race and the Criminal Justice System* (London: Home Office, 1998); J. Miller, N. Bland ve P. Quinton, *The Impact of Stops and Searches on Crime and the Community*, Police Research Series Paper 127 (London: Home Office, 2000), s. 47-50. Ancak tersi bulgulara ulaşan çalışmalar da mevcuttur. Bkz. örn. P.A.J. Waddington, Kevin Stenson ve David Don (2004), "In Proportion: Race and Police Stop and Search", 44 *Brit. J. Criminol.* 889.

¹² Jeffrey Fagan (2003-2004), *Shocking the Conscience: Beyond the Routine Illegality of Police Searches*, 3 *Criminology & Pub. Pol'y* 309.

¹³ İngiltere'de bu konuda kayıt tutulması zorunlu hale getirilmiştir. Durdurulan kişi durdurulma halinde kaydın bir örneğini isteyemese bile 12 ay süreyle bu talepte bulunması

tedbire belli bölgelerde diğerlerinden çok daha fazla başvurulacağını tahmin etmek hiç de güç değildir.

Mevcut haliyle kanunda durdurma olarak sunulan düzenleme, aslında her türlü yargı ve hatta savcı denetiminden mahrum bırakılmış bir fiili ve keyfi yakalama önlemidir.

c) Yargıç Güvencesi Bulunmaması

Devletin kişi özgürlüğüne müdahalesi için yargıcın devrede olması gerekir. 19.maddede bu, yakalama ve tutuklama için açık biçimde öngörülmektedir. Hatta, yakalama için hakim güvencesine istisna getirilmiş ancak bu istisna da sınırlanmıştır (Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.). Durdurmada hakim, savcı veya en minimum olabilecek, hatta pratik sınır bile sayılamayabilecek mülki amir izni koşulu bile kaldırılmıştır. Durdurmada, idareye (kolluk yetkisi kullanan görevlilere), araya hakim ya da savcı kararı girmeden kişiyi özgürlükten mahrum etme yetkisi verilmektedir. Herhangi bir kolluk görevlisi, Anayasanın 19.maddesinin koruduğu düşünülen kişi hürriyeti ve güvenliğini sınırlayabilecektir.

Muhtemel tehlikenin tek ölçütü, maddede düzenlendiği üzere “polis tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenimi”dir. Böylece, kolluk görevlisi (polis memuru), kendi takdiri ile önleyici kolluktan, bastırıcı (adli) kolluğa dönüşmektedir. Ancak suç şüphelisi ve suç delillerine müdahale imkânı ve görevine sahip olan ve bu nedenle de yargıç kararıyla veya savcı emriyle çalışan adli kolluğun temel güvenceleri bulunmamaktadır. Kolluk güçleri, amiriyle memuruyla, savcısız – hâkimsiz bir adli kolluk örgütüne dönüşmektedir. Bu durum Anayasanın 19.maddesinde yer alan temel güvencelere aykırıdır. Ayrıca, daha genel bir değerlendirme ile egemenin yani günümüzde devletin ve idarenin, kişi özgürlüklerine yönelik keyfi müdahalesine karşı bulunan en iyi çözümün, içinde yargıç güvencesi barındıran adli kolluk sisteminin hiçe sayılmasıdır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Anayasa’da öngörülen usule uygun bir temel hak müdahalesinin aracı olmayan, bağımsız bir durdurma kavramının açıkça Anayasa’ya aykırı olacağı açıktır.

d) PVSİK’da Öngörülen Durdurma AİHS Anlamında da Kişi Özgürlüğüne Müdahaledir

Yukarıda yapılan analize karşı ileri sürülebilecek en önemli itiraz, durdurmanın kişi özgürlüğüne müdahale niteliği taşımadığı, her

mümkündür. Bununla birlikte, kayıt tutmamamın yaygın bir uygulama olduğu belirtilmektedir. Feldman, s. 319.

durdurmanın otomatik olarak kişi özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmemesi gerektiğidir. Yukarıda açıklandığı gibi, anayasa tarafından meşru başka bir müdahalenin aracı olan durdurma açısından zaten sorun yoktur. Tekrar etmek pahasına söyleyelim, anayasaya ve yasaya uygun bir arama gerçekleştirmek için gerçekleştirilen durdurmanın kişi özgürlüğüne müdahale olduğunu iddia etmeye elbette imkan yoktur. Burada söz konusu edilen başka bir tedbirin aracı olmayan sade durdurma yetkisidir.

AİHS hukuku bu tartışmaya ışık tutucu niteliktedir. Kişi özgürlüğü kavramı, AİHM tarafından yukarıda açıklandığı kadar geniş değerlendirilmemektedir. AİHM, kişi özgürlüğünden mahrum bırakılma kavramı (*deprivation of liberty*) ile kişi özgürlüğünün sınırlandırılması (*restriction of liberty*) kavramlarını farklı değerlendirmektedir. Mahkemeye göre, bir kişinin sadece hareket (seyahat) özgürlüğünün kısıtlanması kişi özgürlüğünden mahrum bırakılma anlamına gelmez. Bu nedenle, böyle bir durumda kişi özgürlüğüne değil, seyahat özgürlüğüne bir müdahale var olduğu kabul edilir. Bununla birlikte, Mahkemeye göre özgürlükten mahrumiyet ve özgürlüğün sınırlandırılması arasındaki fark sadece bir yoğunluk farkıdır, nitelik farkı değil.¹⁴ Bir başka deyişle ilk bakışta sadece bir sınırlandırma olarak görülen müdahale, çeşitli faktörlerin birleşmesiyle mahrumiyete dönüşebilir. Olayda özgürlükten mahrum bırakma mı, yoksa sınırlandırma mı olduğunu saptamak için sınırlandırmanın türü, süresi, etkileri ve uygulanma şeklinin neler olduğuna bakmak gerekir.¹⁵ Bu nedenle durdurma yetkisinin mutlaka seyahat özgürlüğüne müdahale olduğunu düşünmek doğru değildir, belli bir yoğunluğa ulaşması halinde kişi özgürlüğünü kısıtladığı da rahatlıkla ileri sürülebilir.

PVSK'da öngörülen durdurmanın Anayasa Mahkemesi'nin anladığı anlamda kişi özgürlüğüne müdahale olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Bunun yanında, hükmün AİHS'nin kabul ettiği şekilde kişi özgürlüğünden mahrumiyet anlamına geldiği de ileri sürülebilir. Bir kere kanun "Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz" demekte ama bu sürenin ne kadar olacağını belirtmemektedir. Örneğin, bir bomba ihbarı alan güvenlik güçleri bir kişiyi bomba imha edilene kadar 4 saat tutarlarsa, bu durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu süre kapsamında görülebilir. AİHS sisteminde daha kısa süreli tutmaların kişi özgürlüğüne müdahale olarak görüldüğü bilinmektedir.¹⁶ Durdurma için makul bir sürenin kanunda belirtilmemesi halinde, uzun süreli durdurma artık olayı bir

¹⁴ Guzzardi/İtalya, 6.11.1980, Series A no. 39, para. 92; Ashingdane/Birleşik Krallık, 28.5.1985, Series A no. 93, para. 41

¹⁵ H.M./İsviçre, Başvuru no. 39187/98, 26.2.2002, para. 42.

¹⁶ Bkz. örn. Murray/Birleşik Krallık, 28.10.1994, Series A no. 300-A. Başvurucu 2 saat 45 dakika içerisinde serbest bırakılmıştır.

koruma tedbiri olan yakalamaya dönüştürecektir ve geçmişte yaşanan keyfi yakalamalar söz konusu olabilecektir.¹⁷ Kanımızca keyfi yakalama tedbirine dönüşme potansiyelinin varlığı, hükmün kişi özgürlüğüne müdahale niteliğine getirmekte ve bu nedenle hem Anayasa'nın hem de AİHS'nin ihlaline yol açmaktadır.

2. Kimlik sorma-Yakalama- Tutuklama

Aynı maddede düzenlenen kimlik bildirme hükmü de kişi özgürlüğünü kısıtlamayı mümkün hale getirmektedir. “Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usûlü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.”

Yasada öngörülen kimliği açıklayamama nedeniyle yakalama ve tutuklama önlemlerini de Anayasa'nın kişi özgürlüğü rejimi ile bağdaştırmak güçtür. Türk hukukunda tutuklama bir ceza muhakemesi tedbiridir. Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrası “Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir” demektedir. Her ne kadar hükümde kanunda gösterilen diğer hallerden bahsedilmekteyse de, cümlelerin nesnesi “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler”dir. Hâlbuki PVSK, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunanların değil, sadece kimliklerini gösteremeyenlerin tutuklanmasından söz etmektedir. Yine Anayasa, tutuklama için kaçma, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önleme düzeyinde (veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan) bir risk aramıştır. Kimlik gösterememeyi bu nitelikte görmek mümkün değildir.

Yasakoyucunun kimlik göstermeme nedeniyle gözaltı ve tutuklama halini, Anayasa'nın 19. maddesindeki “kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması ve tutuklanması” kuralına dayandırdığı düşünülebilir. Anayasanın verdiği bu yetkinin çok istisnai bir şekilde ve sınırları net bir şekilde çizilerek uygulanması gerekir. Oysa yasa kimlik göstermeme nedeniyle gözaltı ve tutuklama haline bir sınır koymamıştır. Aynı yetkinin hâlihazırda, Kabahatler Kanunu ile tüm kamu görevlilerine verilmiş olması¹⁸, keyfi gözaltıların uygulanmasını çok kolaylaştırmaktadır.

¹⁷ Bknz: Feridun Yenisey (2004), İnsan Hakları Bağlamında Kişi Güvenliği, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı - 2004, C. II, İnsan Hakları, (Ankara: Ankara Barosu Yay), s. 68.

¹⁸ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 13.03.2005, RG. 25772 Mükerrer

Maddeye göre “Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. ... Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.” Bu kuralın mefhumu muhalifinden çıkarılacak sonuç, belirleme yapılamazsa kişinin uzun süre gözaltında tutulabileceği, yıllarca tutuklu kalabileceğidir. Her ne kadar maddede “Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usûlü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır” denilmekteyse de gözaltına ve tutuklamaya ilişkin bir süre sınırının koyulmadığı da ortadadır. CMK’nın sürelerle ilişkin kuralları usulden sayılsa bile sorun ortadan kalkmamaktadır. Örneğin CMK’nın tutukluluktaki süreye ilişkin 102. maddesini uygulayacak bir yargıcın kimliğini kanıtlayamayan kişiyi 3 yıla kadar tutuklu tutması mümkün müdür?

İnsan hakları hukuku, kişi özgürlüğünün ancak yasaya uygun olarak sınırlandırılmasına izin verir. Bunun anlamı sadece yasada öngörülen esas ve usuli kurallara uyulması değildir. Bu kurallar aynı zamanda keyfiliğe yol açmayacak şekilde kaleme alınmalıdır.¹⁹ Öngörülebilir nitelikte olmayan kurallarsa kaçınılmaz olarak keyfi uygulamalara yol açar. PVSK değişikliğinde bunu engelleyecek hiçbir fren mekanizması öngörülmemiştir.

Bu durumun Strazburg içtihat hukukuna aykırı olduğu çok açıktır. Komisyonun erken tarihli kararlarında kimlik gösterememe nedeniyle kişinin belirli bir süre gözaltına alınması Sözleşmeye uygun bulunmuştur. Ancak süreler çok kısadır. İhlal bulunmayan davalardan birinde, başvuruçunun polisin çalışmasını engellediği bir olayda, gözaltı 4 saat sürmüştür ve taraf Devlet Fransa’da o tarihte yürürlükte olan yasaya göre kimse kimlik tespiti için 6 saatten fazla gözaltında tutulamamaktadır. Komisyon, bu süre sınırını dikkate alarak söz konusu önlemi Sözleşme’ye uygun bulmuştur.²⁰ Komisyon’un daha eski tarihli bir kararı önleme amaçlı gözaltının daha uzun süreli olmasına izin vermekle birlikte, bu karara ulaşılması nedenlerinin başında önlemin çok sınırlı bir alanda uygulanabilmesi gelmektedir. Ayrıca anılan kararda gözaltı sebebi, kimliği

Madde 40 - (1) Görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiye, bu görevli tarafından elli Türk Lirası idari para cezası verilir.

(2) Açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

¹⁹ Lukanov/Bulgaristan, 20.3.1997, RJD 1997-II, para. 41; Giulia Manzoni/İtalya, 1.7.1997, RJD 1997-IV, para. 21; Epple/Almanya, 77909/01, 24.3.2005, para. 33

²⁰ B/Fransa, no. 10179/82, Kom. kar., 13.5.1987, DR 52, s. 126. 2,5 saatin uygun bulunduğu benzer bir vaka için bkz. Reyntjens/Belçika, no. 16810/90, Kom. Kar., 9.9.1992, DR 73, s. 136.

kanıtlanamama değil araştırmayı genişletmektir.²¹ Kaldı ki, AİHM'nin, yaşayan belge yorum metoduyla bu içtihadı takip etmediği açıktır. Gerçekten de yakın tarihli *Vasileva* kararında²², Mahkeme, başvuruçunun geçerli bir bileti olmadığı için tartıştığı biletçinin şikâyeti üzerine gelen polisler kimliğini göstermemesi nedeniyle 13,5 saat gözaltında tutulmasının ölçülü olmadığını tespit etmiştir. Yine *K-F/Almanya* vakasında, bir soruşturma sırasında kişinin kimliğini tespit amacıyla 12 saatten fazla gözaltında tutulamayacağına ilişkin ulusal kural sadece 45 dakika aşılmasına rağmen, Mahkeme 5. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.²³ *Epple* vakasında da, idari bir emre uymaması nedeniyle gözaltına alınan başvuruçunun, yasal sürenin dolmasından önce, gözaltına alınmasından 19 saat sonra, serbest bırakılmasına rağmen AİHM bu süreyi orantısız bulmuştur.²⁴ Oysa PVSŞ, bir önleme tedbiri olarak öngörülen kimlik gösterememe halinde gözaltını, zorunlu kılan hatta tutuklama yolunu açan bir şekilde düzenlenmiştir. Bu önlemlerin ne kadar süreğinin önu de açıktır.

Aynı hükümde öngörülen yakalama zorunluluğı da Anayasa'ya aykırıdır. Hüküm kimliği bulunmayan kişi hakkında, "kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır" demektir. Oysa Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrası hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir demektir. Kişi özgürlüğünü sınırlandıran bir hükme otomatik olarak başvurulması kabul edilemez. Nitekim Türk ceza muhakemesi hukukunda gözaltı tedbiri ihtiyari olarak başvuruçunun bir tedbir olarak düzenlenmiştir. CMK m. 91'e göre "... yakalanan kişi, Cumhuriyet savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir." 2. fıkraya göre ise "Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suç işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır." PVSŞ'da yapılan değışiklikle CMK'daki ihtiyarilik kuralı değışmekte, suç işlendiğine dair emarelere gerek olmaksızın gözaltına alınma kararı verilmesi zorunlu hale gelmektedir. Bu durum ise haklı görünüş, ihtiyarilik kurallarına aykırıdır. Bir suç işlendikten sonra şüpheli bile daha geniş güvencelerden yararlanmaktayken henüz bir suçun işlenmediğı bir durumda gözaltına almayı zorunlu kılmak söz konusu olamaz.

²¹ McVeigh ve Diğlerleri/Birleşik Krallık, no. 8022/77, 8025/77, 8027/77, Kom. Kar., 18.3. 1981, DR 25. Karar sadece ülkeye giriş sırasında makul şüphe üzerine araştırmayı genişletmek üzere başvuruçunun bir araçtır, herkese yönelik bir kimlik gösterme zorunluluğı değıl.

²² Vasileva/Danimarka, Başvuru no. 52792/99, 25.9. 2003, para. 41.

²³ K-F/Almanya, 27.11. 1997, RJD 1997-VII, para.72.

²⁴ Epple/Almanya, 77909/01, 24. 3. 2005, para. 45.

Maddenin bir bütün halinde Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesine aykırı olduğu açıktır. Demokratik bir toplumda bir yükümlülüğün yerine getirilmesi ile kişi özgürlüğünün korunması arasında makul bir denge kurulması gerektiği şüphesizdir.²⁵ Bu dengeyi gözetirken sürenin ne kadar olduğu çok önemlidir.²⁶ Oysa yasa değişikliği yukarıda belirtildiği gibi süresiz hürriyet kısıtlamasını olanaklı kılmaktadır.

Açıklanan gerekçelerle, PYSK 4/a hükmü, bir yakalama ve gözaltı hükmüdür ve bu haliyle madde çok açık bir şekilde Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleriyle AİHS'nin 5. maddesini ihlal etmektedir.

3. Özel Hayatın Gizliliği: PYSK 4/a ve Arama

Durdurma ve kimlik sorma özel hayatı da etkileme potansiyeli taşımaktadır. PYSK değişikliklerine örnek olduğu anlaşılan İngiliz PACE (*Police and Criminal Evidence Act*) yasasında durdurma yetkisi “*stop and search*” (durdurma ve arama) olarak ifade edilmektedir. Bu çok daha gerçekçi bir tanımdır. Çünkü, bir kişiyi sadece durdurmak kamu düzenini bozucu hareketlerin önlenmesi ve takibinde pek bir anlam ifade etmez. Ayrıca yukarıda tanımlandığı gibi, Türk hukukunda arama ve yakalamadan bağımsız ayrı bir durdurma yetkisini mevcut Anayasa ışığında kabule imkân yoktur.

Yeni hüküm uyarınca, her durdurmaya aramanın eşlik edeceğini tahmin etmek güç olmayacaktır. Nitekim PYSK'ya eklenen 4/A maddesine göre “Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir” derken, diğer önlemler yanında aramayı da mümkün kılmıştır. Maddede arama tabirine açık yer verilmemesi olsa olsa, verilen yetkinin Anayasa'ya aykırılığının açıkça saptanmasına imkân vermeme amaçlı olarak nitelenebilir. Bu durumda, değişikliğin özel hayatın gizliliğine de müdahale niteliğinde olduğuna şüphe bulunmamak gerekir.

Anayasa'nın 20. maddesi “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 kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz” demektedir. Bu hükmün sadece adli aramalara yönelik olduğuna ilişkin

²⁵ Nowicka/Polonya, no. 30218/96, 3.12. 2002, para. 61; B/Fransa, no. 10179/82, Kom kar., 13.5. 1987, DR 52, s. 111; Reyntjens/Belçika, no. 16810/90, Kom. Kar., 9.9. 1992, DR 73, p. 136

²⁶ McVeigh ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 8022/77, 8025/77, 8027/77, Kom. Kar., 18.3. 1981, DR 25, s. 37-38 ve 42; Johansen/Norveç, no. 10600/83, Kom. Kar., 14.10.1985, DR 44, p. 162

iddia Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.²⁷ O halde arama için ya hâkim kararı ya da yetkili merciin yazılı emri gereklidir. Oysa PVSİK'nın 4/a hükmü uyarınca tüm polis memurları daha sonra hâkim kararına da tabi olmaksızın arama yapabilecekler ve bu aramayı da yine son derece muğlak "yeterli şüphe"ye dayanarak yapacaklardır. Anayasa'da bir değişiklik yapılmadığı sürece bu yönde bir önlemin alınamayacağı açıktır. Madde hükmünün tümü gibi bu kural da açıkça, Anayasa ve AİHS'ye aykırı bir şekilde kaleme alınmıştır.

²⁷ E. 2003/29, K. 2006/24, k.t. 22.2.2006, R:G: 27.6.2006.

III. PARMAK İZİ ALINMASI: 5681 Sayılı Kanunun 2. maddesinin Değerlendirilmesi

A. Madde Metni

Parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması

Madde 5- (Değişik: 2/6/2007-5681/2 md.)

Polis;

a) Gönüllü,

b) Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan,

c) Başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen,

ç) Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan,

d) Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı,

e) Gözaltına alınan,

kişilerin parmak izini alır.

Birinci fıkraya göre alınan parmak izi, ait olduğu kişinin kimlik bilgileri ile birlikte, ne zaman ve kim tarafından alındığı belirtilmek suretiyle, bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanır. Ancak, parmak izinin hangi sebeple alındığı sisteme kaydedilmez.

Olay yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen parmak izleri, kime ait olduğu tespit edilinceye kadar, ilgili soruşturma dosya numarası ile birlikte sisteme kaydedilir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 81 inci maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 21 inci maddesi hükümlerine göre alınan parmak izleri de bu sisteme kaydedilir.

(a) bendi hariç birinci fıkra ile dördüncü fıkra kapsamına giren kişilerin ayrıca fotoğrafları alınarak, ikinci fıkroda belirlenen esaslara uygun olarak parmak izi ile birlikte sisteme kaydedilir.

Bu sistemde yer alan bilgiler, kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddî gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir.

Kolluk birimleri, kimlik tespiti yapmak ya da olay yerinden alınan parmak izini karşılaştırmak amacıyla doğrudan bu sistemle bağlantı kurabilir.

Sistemde kayıtlı bilgilerin hangi kamu görevlisi tarafından ve ne amaçla kullanıldığının denetlenebilmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kurulur.

Sistemde yer alan kayıtlar gizlidir; altıncı ve yedinci fıkralarda belirlenen amaçlar dışında kullanılamaz.

Sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silinir.

Parmak izi ile fotoğrafların sistemde kaydedilmesi ve saklanması ile bu kayıtlardan yararlanmaya ilişkin diğer esas ve usûller, İçişleri Bakanlığı tarafından Adalet Bakanlığının görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

B. Değerlendirme

PVSK'nın 5. maddesini değiştiren 5681 Sayılı Kanununun 2. maddesi, tüm dünyada son dönemde yaygınlaşan meşru bir sebepten hareketle hazırlanmıştır. Bu anlayışa göre, suçla mücadelede mademki suçludan delile değil delilden suçluya gidilecektir, o zaman mücadelede teknolojinin kullanılmasından daha doğal bir şey olamaz. Nitekim, 5681 sayılı Kanun'un gerekçesi de amacın olarak polisin suç öncesi alanda yeni ve çağdaş yetkilere olan ihtiyacını karşılamak olduğunu açıklamaktadır.²⁸

Bu talebin sonucu olarak teknolojik araçların kullanıma artmakta, çoğunlukla da bu kullanımı frenleyecek hukuksal araçlar gözardı edilmektedir. Çeşitli ülkelerde, teknoloji yoluyla delile ulaşmanın ceza muhakemesini kolaylaştırdığına dair istatistikler bulunmaktadır. Ancak bu veriler, teknolojinin her halükarda kullanılabilmesi anlamına gelmez. Kişisel verilerin depolanmasına ilişkin kurallar, temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin rejimden bağımsız olarak işletilemez.²⁹ Tam tersine, teknolojinin kullanıldığı alanlarda, temel haklar rejimini daha titiz bir şekilde uygulamak gerekir, çünkü teknoloji kullanarak delile ulaşmanın genel özelliği, bu önlemlerden ilgilinin haberinin olmamasıdır. Gerek polis hukukunda, gerekse ceza muhakemesi hukukunda bu yöntemlerin sıklıkla kullanılmasının bir nedeni de budur.³⁰ Bu alanda getirilecek kuralların uygulama alanının ve idareye bırakılacak takdir yetkisinin çok sınırlı olması gerekir.³¹ Parmak izi uygulamasında da kişinin parmak izi bir kez alındıktan sonra, hangi amaçlarla kullanıldığının ilgilisi tarafından bilinmesi mümkün değildir. 80 yıllık bir saklama süresinde bu riskin daha da artacağı şüphesizdir.

Polisin bir kişinin özel hayatına ait bilgileri bir şekilde depolamasının özel hayatına müdahale anlamına geldiğine bir şüphe

²⁸ Sivas Milletvekili Selami Uzun ve 3 Milletvekilinin; Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, Genel Gereğe, Dönem: 22 Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 1437.

²⁹ "Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması" gerekir. E. 1985/8, K. 1986/27, k.t. 26.11.1986.

³⁰ Bu nedenledir ki, bu önlemlere başvurulması demokrasi açısından mutlak bir zorunluluk olmalıdır. Klas ve Diğerleri/Almanya, 6.9. 1978, Series A no. 28, para. 42

³¹ Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri/İsveç, 62332/00, 6.6.2006, para. 76.

bulunmamaktadır.³² Avrupa Konseyi'nin, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 Nolu Sözleşmesi'nin³³ 2. maddesi, kişisel veriyi belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait tüm bilgiler şeklinde tanımlamaktadır.³⁴ AİHM'e göre, bu bilgileri kullanılmaksızın muhafaza edilmesi bile özel hayata müdahale niteliğindedir.³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin ayrıca konuyu, kişi özgürlüğünü düzenleyen 19. madde ile ilişkilendirdiği görülmektedir.³⁶

Kişisel veri niteliğinde olan parmak izi için de aynı durumun geçerli olduğuna şüphe yoktur. Aslında bu saptama mevcut anayasal rejim açısından her türlü kişisel veri toplanması ve muhafazasını Anayasa'ya aykırı hale getirmektedir. 2001 değişikliği sonrasında kademeli sınırlandırma rejimine geçen Anayasa'da temel haklar sadece ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilir. Özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. madde ise kişisel verilerin toplanması ve saklanmasına ilişkin hiçbir sebebe yer vermemektedir. Bu nedenle Anayasada bir değişiklik yapılmadan kişisel verileri elde edip saklamak hiçbir şekilde mümkün değildir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, yasanın hazırlanması sırasında bu yönde bir inceleme yapılmadığı için anayasa aykırılığın saptanması da mümkün olmamıştır.

Bununla birlikte, 5681 sayılı yasanın 2. maddesi, anılan Anayasa değişikliği olmasaydı da Anayasa ve AİHS'ye aykırı olacaktı. Kişisel verilerin polisiye amaçlarla toplanıp saklanmasını açıklamak için kullanılan genel gerekçeler kamu düzeni, kamu güvenliğidir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, çok erken tarihli bir kararında, geçmiş ceza davalarına ilişkin fotoğraf ve parmak izinin saklanması yoluyla kamu güvenliğinin güvenceye alınacağını kabul etmiştir.³⁷ Ancak veri toplamanın hukuka uygunluğunu tespit için iki temel sorunun sorulması gerekir:

³² Leander/İsveç, Series A no. 116, para. 48, Hewitt ve Harman/Birleşik Krallık (1992) 14 EHR 657; Rotaru/Romanya. 28341/95, 4.5.2000, para. 43; Amann/İsveç, no. 27798/95, ECHR 2000-II, para. 65; Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri/İsveç, 62332/00, 6.6.2006, para. 72.

³³ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data , CETS No.: 108. 1.10.1985 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeyi Türkiye henüz onaylamamıştır.

³⁴ Türkiye Sözleşmeye taraf olmamakla birlikte, AİHM'nin kişisel verilere ilişkin davalarda 108 nolu Sözleşmeye yaptığı atıf düşünüldüğünde, bu standartların AİHS'nin 8. maddesinin de bir gereği haline geldiğini söylemek mümkündür. Bkz. Örn. Amann/İsveç, no. 27798/95, ECHR 2000-II, para. 65; Rotaru/Romanya. 28341/95, 4.5.2000, para. 43.

³⁵ Elde edilen verilerin kullanılmamasına rağmen müdahalenin var olduğuna ilişkin bkz. Amann/İsveç, no. 27798/95, ECHR 2000-II, para. 69; Kopp/İsveç, 25.3. 1998, ECHR 1998-II, para. 53; Rotaru/Romanya. 28341/95, 4.5.2000, para. 46.

³⁶ E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986. Kanımızca, konuyla doğrudan ilgili hak özel hayatın gizliliğidir.

³⁷ X/Almanya, Başvuru no. 1306/61

1. Kişisel veri, toplanma sebebi ortadan kalkınca muhafaza edilmeye devam edilmekte midir?

Konuyla ilgili Strazburg içtihadı sınırlıdır. Bununla birlikte, bugüne kadar oluşan bu sınırlı içtihat PVSK değişikliklerinin bir değerlendirmesini sunmaya yeter düzeydedir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından karara bağlanan, ilgililerin fotoğraf ve parmak izlerinin alınması ve depolanmasına ilişkin iki önemli vaka vardır. McVeigh, O'Neill ve Evans vakasında, Komisyon, başvuruçuların gözaltına alınmaları nedeniyle fotoğraf ve parmak izlerinin alınmasının meşru olduğunu saptadıktan sonra, bu kişilerin salınmaları sonrasında da bu kayıtların tutulmasının meşru olup olmadığı konusunun daha ayrıntılı değerlendirilmesi gerektiği ve kovuşturmanın sonucunda ilgililer beraat ettiyse kayıtların tutulması için özel şartların bulunması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.³⁸ Friedl/Avusturya raporu bu ilkeyi teyit etmektedir.³⁹ Bir başka deyişle, her ne kadar ceza kovuşturması sırasında suçların önlenmesi veya kamu düzeninin sağlanması amacıyla parmak izi alınabilirse de, bu kayıtların soruşturmanın sona ermesinden sonra saklı tutulması belli şartların varlığına bağlıdır. AIHM önünde esastan karara bağlanmış, konuya ilişkin karar bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yakın tarihli bir kabul edilebilirlik kararı Mahkeme'nin konuyu ciddiye aldığını göstermektedir. S. ve Michael Marper/Birleşik Krallık vakasında⁴⁰, başvuruçular hakkında takipsizlik kararı verilmesine rağmen, soruşturmanın başında alınan DNA ve parmak izi örnekleri yok edilmemiştir. Konuyu inceleyen Lordlar Kamarası, kişisel verilerin saklanması özel hayata müdahale niteliğinde olmadığını, müdahale olduğu varsayılsa bile bunun çok hafif bir müdahale sayılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁴¹ AIHM, başvuruları ciddi görerak kabul edilebilir bulmuş, sorunun Lordlar Kamarası kararında görüldüğü kadar basit görülemeyeceğinin sinyallerini vermiştir. Mahkemenin bu karara ulaşırken, aşağıda değinilecek Bakanlar Komitesi'nin Polis Sektöründe Kişisel Verilerin Kullanılmasını düzenleyen R(87)15 sayılı Tavsiye Kararına yollama yapması ayrıca önemlidir.

PVSK değişikliğinde de, parmak izi sürekli olarak tutulduğundan istisna kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmalıdır. Ancak, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için parmak izi almanın, parmak izini bir ömür boyu saklamaya yeterli olmadığı açıktır.

³⁸ 25 DR 15, para. 227-231.

³⁹ Friedl/Avusturya, 15225/89, 19.5.1994, para. 66 (Kom. Rap.)

⁴⁰ S. ve Michael Marper/Birleşik Krallık, 30562/04 ve 30566/04, 16.1.2007.

⁴¹ Regina v. Chief Constable of South Yorkshire Police (Respondent) ex parte LS (by his mother and litigation friend JB) (FC) (Appellant) Regina v. Chief Constable of South Yorkshire Police (Respondent) ex parte Marper (FC)(Appellant) Consolidated Appeals, [2004] UKHL 39.

Kayıtların saklanabilmesi ek şartların varlığı aranmalıdır. Bu nokta bizi ikinci temel soruya götürmektedir.

2. Kişisel verinin toplanması, ceza kovuşturması veya belirli bir suç türüyle mücadele nedeniyle mi, yoksa genel bir önlem olarak mı uygulanmaktadır?

Yukarıda özetlenen vakaların tümünde parmak izi, fotoğraf veya DNA örneği bir kovuşturma kapsamında elde edilmiştir. Zaten aksini düşünmek mümkün değildir, çünkü özel hayatın gizliliği ancak 8. maddenin 2. fıkrasında sayılan meşru sebeplerden birinin varlığı halinde sınırlandırılabilir. Komisyona göre de bu kayıtların takipsizlik sonrasında saklanmasını ancak özel şartların varlığı halinde mümkündür. Örneğin, Komisyona göre, ilgili hakkında ceza davası açılmadıysa ve hakkında makul bir şüphe de yoksa örgütlü terörizmle mücadele kayıtların saklanması için bir gerekçe olabilir.⁴² Her ne kadar bu açıklamanın da Sözleşmeye uygun olmadığı ileri sürülebilirse de, en azından herkesin parmak izini almaya müsaade etmediği açıktır.

108 Nolu Sözleşme de bu doğrultudadır. Sözleşme'nin 5. maddesine göre kişisel veriler açıkça belirlenmiş meşru amaçlar için tutulabilir.(b bendi) Bu bilgiler, verilerin toplanması gerekçesiyle ilgili olmalı; amaca göre aşırı nitelikte olmamalıdır. (c bendi). Nihayet, bilgiler tutulma amacı için gerekli olandan daha uzun süre tutulmamalıdır. R(87)15 sayılı Tavsiye Kararına göre de; ana ilke, polisin kişisel veriyi, gerçek bir tehlike veya belli bir suçun kovuşturulması nedeniyle toplamasıdır. (İlke 2.1) Bunun istisnası kural haline gelemez.

Oysa 5681 sayılı Yasaya göre hemen herkesin parmak izi alınacak ve sisteme kaydedilecektir. Bu önleme başvurunun sebebi parmak izi alınan kişinin suç işlemesi, hakkında ceza soruşturması yürütülmesi vs. değildir. Nitekim isteğe bağlı olarak parmak izi verilebilmesinin düzenlenmiş olması da bunu göstermektedir. Değişiklikle getirilen parmak izi depolama kurumunun Komisyon'un anladığı şekilde sınırlı bir uygulama olmadığı da açıktır. Bir başka deyişle, getirilen sistem, ulaşılmak istenen amaçla (kamu düzeni), feda edilen yarar (özel hayatın gizliliği hakkı) arasındaki dengeyi hiçbir şekilde gözetmemiştir. Bu öylesine ilginç bir uygulamadır ki, CMK uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde parmak izi kayıtları Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilirken, pasaport başvurusunda bulunan kişinin parmak izi 80 sene muhafaza edilecektir. Oysa bir temel hakka

⁴² McVeigh, O'Neill ve Evans/Birleşik Krallık, para. 229-231.

müdahale, müdahale nedeni ortadan kalktığı durumda sona erdirilmelidir.⁴³ Mevcut düzenleme, bunu imkânsız kıldığı için, hakkın özüne dokunmakta ve açıkça ölçsüz bir müdahale niteliğini taşımaktadır.

3. Gönüllü parmak izi

5681 sayılı yasa, her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunanların parmak izini almayı yeterli görmemiş, sistemi fiili bir fişleme sistemine çevirmek için gönüllü kişilerin parmak izinin de alınacağını belirtmiştir. Bu hüküm uygulamada zorunlu parmak izine dönüşmeyeceğinin hiçbir garantisi yoktur. Gönüllü olarak parmak izi vermek, “iyi vatandaş - kötü vatandaş” ayırımına yol açabileceği gibi kamu hizmetinden yararlananlardan bağış alınmasının bir süre sonra hizmetten yararlanabilmenin temel koşulu haline gelmesi yani “zorunlu bağış”a dönüşmesinde olduğu gibi “zorunlu parmak izi” alınmasına yol açabilecektir. Kanunda sayılmasa bile belli kamusal hizmetlerden faydalanmaya giden ya da belli kamu binalarına giren kişilerin “gönüllü” olarak parmak izi vermemeleri halinde hizmetten yararlandırılmama ya da binaya sokulmama veya genel olarak yararlanmanın geciktirilmesi veya zorlaştırılması (“bağış yapmazsan, adli sicil kaydını almak için on beş gün beklersin” uygulamasında olduğu gibi) riski söz konusu olacaktır.

Dahası düzenleme yerleşik yargı kararlarını hiçe saymaktadır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin, hâkim kararı olmaksızın “rıza ile arama”yı mümkün kılan hükmünün yürütmesini iki kez⁴⁴ durduran Danıştay⁴⁵, özel hayatın gizliliğinin “vazgeçilmez” ve “devredilmez” niteliğini belirterek bu hakkın sınırlama usulleri içinde “kişinin rızası”na yer verilmediğini vurgulamıştır.

Aynı kuralı farklı düzenlemelerle iki kez getiren idare, bu kez benzer bir hükmü yasaya koymak suretiyle Anayasa’nın, temel hakların ve hürriyetlerin devredilmezliği ve vazgeçilmezliğini vurgulayan 12. maddesini bir kez daha ihlal etmektedir.

⁴³ Mahkeme, uzun süredir tutulan ve milli güvenlik gibi tutulmaya başlandığındaki gerekçelerin artık geçerlilik taşımadığı verilerin özel hayatın gizliliğine ölçsüz bir müdahale niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri/İsveç, 62332/00, 6.6.2006, para. 90.

⁴⁴ Aynı hüküm hem mülga Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 9. maddesinde hem de yürürlükte bulunan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 8. maddesinde düzenlenmiştir.

⁴⁵ Danıştay 10. Daire, E. 2003/3396; Danıştay 10. Daire, E. 2005/6392, k. t. 19.1.2006.

IV. SİLAH KULLANMA: 5681 Sayılı Kanunun 4. Maddesinin Değerlendirilmesi

A. Madde Metni

Polis;

- a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,
- b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,
- c) 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.

Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.

Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir.”

B. Değerlendirme

Bu bölümde sözü edilen silah, açıkça ifade edilmemekle birlikte ateşli silahtır. Çünkü diğer araçlar maddenin önceki bölümünde maddi güç olarak tanımlanmıştır. Ayrıca yukarıda alıntılanan bölümde de önce silah daha sonra ateş etme kavramları kullanılmaktadır. Yasakoyucu çok açık bir şekilde, özde değişiklik yapmaksızın ifade değişiklikleriyle daha önce verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırı düzenlemeler getirmektedir.

Anayasa'nın 17. maddesinin 4. fıkrası “Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır” diyerek polisin hangi durumlarda öldürücü güç kullanabileceğini tanımlamaktadır. Buradaki tanım, AİHS'deki “kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi”nden⁴⁶ daha kolay başvurulabilir bir istisna

⁴⁶ AİHS'nin 2. maddesinde kullanılan “kesin zorunluluk” kavramının diğer maddelerde kullanılan “demokratik bir toplumda zorunluluk” kavramında daha katı bir ölçüt olduğuna

getirir gibi gözükmeyle birlikte, Anayasa'nın bütünsel yorumu böyle bir anlayışa müsaade etmemektedir. Anayasa'nın tümüne ve özellikle temel hakların sınırlandırılması rejimine hâkim olan ölçülülük ilkesi (md. 13), yaşam hakkına müdahalenin de ancak kesin zorunluluk bulunması halinde mümkün olmasını gerekli kılar. Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndedir.

Gerçekten de 4178 sayılı Yasayla 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'na eklenen Ek 2. Maddeye ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı bu konuda tereddüde yer bırakmayacak derecede açıktır. Anılan hükümde “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 ateşli silah kullanmaya yetkilidirler” denmiş⁴⁷ ve Anayasa Mahkemesi bu hükmü, 6. 1. 1999 günlü kararıyla iptal etmiştir.⁴⁸

Anılan kararında, Mahkeme şu ifadelere yer vermiştir:

“Bu maddeyle güvence altına alınan yaşama hakkını korumak için devlet her türlü önlemi almak yükümlülüğündedir. Yasa ile ancak zorunlu durumlarda silah kullanma yetkisi verilebilir. Silah kullanmaya yetki verilebilmesi için son fıkrada sayılan durumlarda **yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerekir.**

Kuralda faillerin sadece “silah” kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı “ateşli silah” kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenebilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir.

Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale

ilişkin olarak bkz. McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 27.9. 1995, Series A no. 324, para. 149; Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs, 9.10.1997, para. 171.

⁴⁷ Ne var ki, bu karara aykırı bir şekilde ilgili madde, 29.6.2006 gün ve 5532 sayılı yasanın 16. maddesiyle yeniden düzenlenmiştir: “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda “teslim ol” emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.” Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer 5532 sayılı yasanın kimi hükümlerini Anayasa Mahkemesi'ne götürmüşse de bu hükümler arasında Ek 2. madde yoktur.

⁴⁸ E. 1996/68, K. 1999/1, k.t 6.1.1999.

getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı “ateşli silâh” kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur.” (abç)

Yukarıda açıklandığı gibi, 5681 sayılı yasada polisin kullanacağı silah, açıkça belirtilmemekle birlikte ateşli silah, saldırganın kullanacağı silah ise her türlü araçtır. Yani, bu hükme dayanarak polis, kendisine sopa, pankart, taş vs. ile mukavemet eden kişilere silahlı saldırıya uğradığı gerekçesiyle “duraksamadan ateş ederek” cevap verecektir. Bunun, Anayasa Mahkemesi içtihadına ve aşağıda açıklanan uluslararası insan hakları ölçütlerine aykırı olduğu açıktır.

İşin ilginç yanı, 4178 sayılı yasayı yapanlar, bu aracın sadece terörde mücadele etmede gerekli olduğunu düşünmüş, “Terör örgütlerine karşı mücadele veren personelin 211 sayılı İç Hizmet Kanunu ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda öngörülen genel nitelikteki koşullu ve sınırlı silah kullanma yetkisine sahip bulunmasının büyük bir zaafiyete sebebiyet verebilece”ğini ileri sürmüşlerdir⁴⁹. 5681 nolu yasayı yapanlar ise bu olağanüstü yetkilerin her türlü polis operasyonunda kullanılmasında bir beis görmemektedir. Bir başka deyişle 1999 yılında olağan duruma bir istisna getiren ve bu haliyle iptal edilen öldürücü silah kullanma yetkisi, 2007 yılında olağan bir yetkiye dönüştürülmüştür.

İlgili hükümde polisin silah kullanmasını kolaylaştıran tek kural bu değildir. Polis ayrıca “bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde” de silah kullanabilecektir. Dikkat edilirse burada direniş gösterenlerin silah vs. kullanmasına da gerek yoktur. Sadece dirençlerinin yüksek olması, polisin silah kullanması için yeterlidir. Kalabalık bir gösteri grubuyla karşılaşan polis, grubu tazyikli su veya gazla dağıtamadığı durumda, kendisine zarar verecek bir durum olmasa bile silah kullanabilecektir. Böylesi bir anlayışı bir hukuk devletinde kabule imkân yoktur.

Ateşli silah kullanılmasına ilişkin en önemli standart olan BM Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına dair Temel İlkeler, bu düzenlemenin uluslararası hukuka aykırı olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır:

“9. Kanun adamları kendilerinin ve başkalarının öldürülmesine veya ağır bir biçimde yaralanmalarına yönelik yakın bir tehlikeye karşı müdafaa halleri ile yaşama karşı ciddi tehdit içeren ağır nitelikte özel suçların işlenmesini önlemek, bu tür bir tehlike gösteren veya emirlere direnen bir kimseyi yakalamak veya böyle bir kimsenin kaçmasını önlemek amacı dışında ve bu amaçları

⁴⁹ Aynı yerde.

gerçekleştirmek için daha hafif yöntemler yetersiz kalmadıkça başkalarına karşı silah kullanamazlar. Her halükarda, sadece yaşamı korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğu zaman kasten öldürücü silah kullanılabilir.”⁵⁰

Görüldüğü gibi İlkeler, polisin sadece kendisine ve başkalarına yönelik yakın yaşamsal bir tehlike halinde silaha başvurabileceğini düzenlemektedir. İçtihat hukuku da bu yöndedir. Güleç davasında, jandarmanın bir gösteriyi dağıtmak üzere kullandığı silahlı güç AİHM tarafından orantısız bulunmuştur. Oysa 5681 yasa ortada hiçbir tehdit yokken dahi silah kullanmaya cevaz vermekte, maddenin varlığı yaşam hakkı açısından potansiyel ihlal niteliğini taşımaktadır.

Türkiye’de polisin orantısız güç kullanmasına ilişkin endişeler yersiz değildir, gerçekçidir. İç hukukta, kanıtlanması çok zor olan bu iddiaların bir kısmı AİHM’e götürülmüş ve Mahkeme çok sayıda davada öldürücü gücün orantısız olarak kullanıldığı sonucuna ulaşmıştır. Örneğin, Oğur davasında maktulün, uyarı yapılmadan, 5681 sayılı yasanın deyiimiyle “doğrudan” vurulduğunu saptayan AİHM, Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵¹ Gül vakasında polis, arama için gittiği evde kapıya 50-55 kez ateş etmiş, bir kişinin ölümüne sebep olarak evdekilerin yaşam hakkını ihlal etmiştir.⁵² Polis operasyonlarda, ateşli silaha başvurmadan önce daha sınırlı araçlar kullanmamakla eleştirilmektedir. Hamiyet Kaplan ve Diğerleri davasında, polisin bir evde sıkıştırdığı iki şüpheliyi, ateşli silah kullanarak yakalamaya çalışması, bu iki kişi dışında evde bulunan iki çocuğun ölümüne yol açmış; AİHM, polisin operasyonda ateşli silah dışındaki araçları hiç kullanmaması nedeniyle Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁵³ Bu örnekler çoğaltılabilir. Kaymaz vakası sorunun güncelliğini koruduğunun tipik bir örneğidir.

Dahası yaşam hakkı ihlallerinin ciddi bir araştırmaya konu olmadığı ve mağdurların haklarına ulaşmada sıkıntı çektikleri rapor edilmektedir. Yüzlerce vakada⁵⁴, yaşama hakkı ihlali iddialarının yetersiz ve etkisiz soruşturmaya konu olmuştur. AİHM, 90lı yıllarda bu durumun sistematik bir hale geldiğini saptamıştır.⁵⁵ Hatırlandığında, polisin silaha başvurmadan

⁵⁰ Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials. 27 Ağustos - 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana’da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Sekizinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen metnin Osman Doğru tarafından yapılan Türkçe çevirisine <<http://aihmanadolu.edu.tr/>> adresinden ulaşılabilir.

⁵¹ Oğur/Türkiye, 21594/93, 20.5.1999.

⁵² Gül/Türkiye, 22676/93, 14.12.2000.

⁵³ Hamiyet Kaplan ve Diğerleri/Türkiye, 36749/97, 13.9.2005, para. 51.

⁵⁴ AİHM, sadece 2005 yılında, 2. ve 3. maddelere ilişkin 32 davada etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

⁵⁵ Akkoç/Türkiye, 22947-48/93, 10.10.2000, para. 89.

önce diğler önlemlere başvurup başvurmadığının da birçok olayda tespitinin mümkün olmayacağını tahmin etmek güç olmayacaktır.

V. SONUÇ

PVSK değişiklikleri, sadece hukuki düzenlemelere bakıldığında, liberal demokratların coşku ile karşıladıkları AB Uyum Yasaları ile oluşturulan eğiliminin tersine dönmeye başladığının açık örneklerinden biri. Bu hukuki düzenlemelerin uygulama sonuçlarının ne yoğunlukta ortaya çıkabileceği, düzenin içinde bulunduğu tedirginlik derecesi ile belirlenecek. Ancak açık olan nokta, bu düzenlemenin toplumsal hayatın her alanında güvenlik talebinin tüm diğer insani güdülerin üstüne çıktığı ve diğer talepleri kendine tabi kıldığı bir dönemde yapıldığı. Bu açıdan değerlendirildiğinde, değişikliklerin Terörle Mücadele Kanunu değişiklikleri ile birlikte; yapılan eleştirilerin “Polis elini soğutmayın” denilerek karşılandığı, ev baskınları, yargısız infazlar, keyfi gözaltılar, sistematik tutuklamalar dönemine doğru atılan ilk adımlar olması olasılığı hiç de yabana atılacak bir ihtimal değil. Daha iyimser bir ihtimalle; güvenlik arzumuzla kabullendiğimiz küçük dozlarda ama sürekli artırılan halkın günlük yaşamında özümseyeceği olağan baskı durumuna ilerlenecek.

Elimizdeki kanun değişikliğinin, yeni bir dönemin kapısını açtığını açıktır.

Bunun anlamı yönetsel politikada yönelim değişiklidir. Güvenlik örgütü (bürokrasisi), İçişleri Bakanlığı genelgeler, tebliğler çıkarmasına gerek kalmadan bu değişikliği anlamıştır. Avrupa Birliği hayali ve baskısı ile soğumaya başlayan ellerinin korkması için pek de bir neden olmadığını, gerek hükümet yetkililerinin açıklamalarından ve kapkaç ve soygun kâbusu karşısında demir yumruk düzeninin hayalleri kuran medya kanaat önderlerinin haberlerinden sinyal almaktadırlar.

Bu değişiklikler ve “şiddetle düzen sağlama alanı”nda yaşanan son gelişmeler Ankara Kriterlerinin hayata geçirildiğini göstermektedir. Ne var ki bu kriterler sadece Ankara'nın değil aynı zamanda Londra'nın, Washington'undur. Nihayetinde düzenleme, hukuk mühendislerinin mukayeseli hukuku esas alarak hazırladıkları bir metindir, Anayasayı ve evrensel insanlık mirasının ölçütlerini değil.

Kapitalizmin yeniden düzenlenmesinin ve bunun yolunu açan veya bunu kolaylaştıran siyasi kararların yarattığı ve kapkaçlar, soygunlar, namus cinayetleri, bireysel-toplumsal cinnetler vb. şeklinde görünen toplumsal yıkımın getirdiği tedirginliğin ve Kürt sorununa çözüm bulma arayışlarının dışarıya kaydırılması olasılığının yarattığı toplumu sıkı denetim altında tutma ihtiyacının, güvenlik arayışının ve dolayısıyla PVSK değişikliğinin güdüleyicileri olduğu söylenebilir. Bu güdüleyiciler, toplumda yaratılan ve yerli malı 11 Eylül'lerle beslenen korkudan kurtulma ihtiyacına da denk düşmüş ama özgürlük idealleriyle de bir o kadar çelişmiştir. Bu çelişki öylesine yoğundur ki, yukarıda ayrıntısıyla incelendiği gibi yasanın her

maddesi birkaç açıdan Anayasa'ya ve evrensel standartlara standartlara aykırıdır. Yüzyılların birikimi olan bu değerleri yaygın bir güvenlik saplantısına feda etmenin sıkıntısını en çok da güvenlik mühendislerinin tehditleriyle kendilerine özgürlüklerini feda etmeleri seçeneği dayatılanların çekeceğine şüphe yoktur.