

İDARİ GÖZETİM ALTINA ALINAN YABANCILARIN ELEKTRONİK VE İLETİŞİM CİHAZLARININ İNCELENMESİNE İLİŞKİN HÜKMÜN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Dr. Öğr. Üyesi Barış Teksoy

Ankara Üniversitesi
Siyasal Bilgiler Fakültesi
ORCID: 0000-0003-4500-4008



Öz

7196 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler kapsamında, YUKK'un 57. maddesine yeni bir fıkrâ eklenmiş, bu fıkrâ ile idarî gözetim altına alınan yabancıların elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesi düzenlenmiştir. Türk yabancılar hukukunda ilk defâ düzenlenen bir yöntem olan cihaz incelemesi, yabancıların vatandaşlığının (uyruklüğünün) tespit edilmesi amacıyla yapılacaktır. Hükmün uygulanma alanı içerisinde kalan kişiler, yalnızca sınır dışı edilmek üzere idarî gözetim altına alınan yabancılardır. Hükmün öngördüğü yöntem ile incelenebilecek eşya da “elektronik ve iletişim cihazı” olarak tanımlanmıştır. Hükmün uygulanması kararını vermeye yetkili mercii belirlememiş, diğer yandan bu yöntemin icrasının nasıl ve hangi görevlilerce gerçekleştirileceğini de düzenlenmemiştir. Bu hususların, öncelikle mevzuattaki diğer hükümlerden yararlanılarak tespit edilmesi ayrıca idarenin düzenleyici işlemleri ile de düzenlenmesi gerekmektedir. İlgili mevzuatın kullanılması ya da idarenin düzenleyici işlemleri ile çözülemeyecek olduğunu düşündüğümüz önemli sorun, Anayasanın 13. ve 20. maddelerinin yeterince dikkate alınmaması ve bunlara aykırı sonuçların ortaya çıkarılmasıdır.

Anahtar Sözcükler: Yabancılar hukuku, YUKK, İdarî gözetim, Elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesi, Özel hayatın gizliliği hakkı

Evaluation of the Provision Relating to the Analysis of the Electronical and Communication Devices of the Foreigners subject to the Administrative Detention

Abstract

Within the scope of the amendments made by the Law No. 7196, a new paragraph which regulates the analysis of the electronical and communication devices of the foreigners subject to the administrative detention, is added to the 57th article of LFIP. The analysis of such devices which is regulated for the very first time in Turkish law of foreigners, aims to determine the citizenship (nationality) of the foreigner. Only the foreigners who are subject to the administrative detention for the reason of deportation, are in the scope of application of the provision. The belongings which may be analysed by using such procedure, are described as “electronical and communication device”. The new regulation does not specify the entitled authority to decide to the application of the procedure and the officials to execute the measure. These deficiencies may be resolved by using other laws or by issuing new administrative regulative acts. Nevertheless, the contradiction between the provision and the 13th and 20th articles of the Turkish Constitution, produces a problem which can not be solved by using the same methods.

Keywords: Law of foreigners, LFIP, Administrative detention, Analysis of the electronical and communication devices, Right to privacy of the private life

* Makale geliş tarihi: 26.02.2020
Makale kabul tarihi: 04.03.2020
Erken görünüm tarihi: 03.03.2020

İdarî Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi

Giriş

Bütün hükümleriyle birlikte yürürlüğe girdiği 2014 yılından bu yana, Türk yabancılar hukukunun, yabancıların Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de ikametleri, Türkiye'den sınır dışı edilmeleri ve uluslararası korumadan yararlanmaları gibi temel konularını düzenleyen 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu¹'nda (YUKK), 7196 sayılı Kanun² ile önemli sayıda ve kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, değişiklikleri getiren kanun, son yıllarda bir yasama alışkanlığı haline gelen metodun yaygın isimlendirilme biçimiyle, bir “torba kanun” niteliğindedir. Kanun teklifi verenlerin ve kanun koyucu meclis çoğunluğunun benimsediği yöntemin sonucu olarak, YUKK'da yapılacak değişiklikler tek başına ve bağımsız bir kanun metni olarak değil, fakat çeşitli konuların ve dolayısıyla hayli farklı hükümlerin bir araya getirildiği, bir “hükümler torbasının” içerisinde gerçekleştirilmiştir³. Kanunun 70. maddesinden başlayarak toplam on dokuz maddesi YUKK'da değişiklik yapan maddelerdir. Yapılan değişiklikler arasında her biri ayrıca incelenmeye değer, giriş yasağı, sınır dışı etme, idarî gözetime alternatif yükümlülükler ve refakatsiz çocukların uluslararası korumadan faydalanması gibi esaslı konulara ilişkin değişiklikler olduğu gibi, daha sınırlı ve usulî konularda yapılan değişiklikler de yer almaktadır⁴. Kanun ile getirilen değişikliklerin bir kısmı, yürürlükte olan hükümlerin kaldırılması ya da içeriğinin değiştirilmesi

1 RG Sayı: 28615, Tarih: 11.04.2013.

2 Kanunun tam ismi “Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” dur. RG Sayı: 30988, Tarih: 24.12.2019.

3 Aynı kanun içerisinde örneğin bir taraftan vatandaşlığın kaybı ile ilgili olarak, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda değişiklik yapan bir madde (m. 63), diğer taraftan TBMM üyelerine trafikte geçiş üstünlüğü getiren değişikliği içeren bir madde (m. 42) bulunmaktadır.

4 YUKK'ta yapılan değişikliklerin tamamı hakkında, ilgili bazı sivil toplum örgütleri tarafından yapılan iki farklı değerlendirme için bkz. Mültecilerle Dayanışma Derneği, 2019 ve Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 2019.

biçiminde gerçekleşirken, bir kısmı ise daha önce hiç düzenlenmemiş hususlarda yeni kavram ve yöntemlerin tesis edilmesi sonuçlarını yaratmıştır. Çalışmamızın konusunu, bu ikinci kümede yer alan değişikliklerden birisi oluşturmaktadır.

7196 sayılı Kanun'un 77. maddesi ile yapılan değişiklikler kapsamında, YUKK'un 57. maddesine sekizinci fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiş, bu fıkra, Türk yabancılar hukukunda daha önce kanunla düzenlenmemiş bir uygulama olarak, idarî gözetim altına alınan yabancıların elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesine yer verilmiştir. Düzensiz göçmen olarak değerlendirilen yabancıların kimliğinin ve bu arada vatandaşlığının tespit edilmesi için, yabancı üzerinde ve eşyalarında kontrol yapılması, yalnızca uluslararası koruma başvurusu sahipleri için geçerli olmak üzere, daha önce kanunla ve yönetmelikle düzenlenmiş bir uygulamadır (YUKK m. 69/2; YUKK Uygulama Yönetmeliği⁵ m. 69/4). Hatta uluslararası koruma başvurusu sahibinin, sırf kimliğinin ve dolayısıyla vatandaşlığının tespit edilebilmesi için idarî gözetim altına alınabileceği de kanunla düzenlenmiştir (YUKK m. 68/2-a). Bununla beraber, uluslararası koruma başvurusu sahibini konu alan bu hükümlerin, yabancıların elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesi yetkisini vermediği, böyle bir yöntemi içermediği açıktır. Birinci hüküm, belge ve bilgi bulma amacıyla yapılabilecek üst araması ve eşya aramasını öngörürken (Öztürk, 2015: 445), ikinci hüküm gerekli araştırma faaliyetlerinin yapılabilmesi için yabancıların idarî gözetim altında tutulabilmesini mümkün kılıp, hiçbir şekilde idareye cihaz inceleme yetkisi tesis etmemektedir. Dolayısıyla, bahsi geçen hükümler ile 7196 sayılı Kanun ile getirilen hüküm ancak ihtiyaç ve amaç bakımından benzerlik kurulabilecek hükümler olup, içerik açısından, yani cihaz incelemesi bakımından aralarında bir benzerlik bulunmamaktadır.

Yalnızca kronolojik olarak değil, içeriği ve mümkün kıldığı yöntem bakımından da Türk yabancılar hukuku açısından yenilik arz eden bu hükmün getirilme nedeninin, hangi ihtiyacı karşılamaya yönelik olduğunun anlaşılması öncelikle ele alınması gereken konudur. Çalışmamızda ilk olarak temas edilecek bu konunun ardından, hükmün içeriğinin ve uygulanma alanının tespit edilmesine çalışılacaktır. Bu çabanın bir parçası olarak, öncelikle hükmün öngördüğü yöntemin uygulanabileceği kişilerin kimler olduğu, sonrasında yöntemin konusu olan eşyanın hangi eşya olduğu soruları cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Getirilen yöntem idare tarafından uygulanacağı için, bu yöntemin uygulanıp uygulanmayacağına kimin nasıl karar vereceği ve sonrasında da yöntemin kimin tarafından nasıl icra edileceği meseleleri ele alınacaktır. Son olarak kanun ile getirilen hükmün anayasaya uygunluğu tartışılacak, sonuç bölümünde ise varılan sonuçların toplu sunumu ile çalışmamız tamamlanacaktır.

5 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, RG Sayı: 29656 Tarih: 17.03.2016

1. Hükümün Gerekçesi ve Yöneldiği Amaç

1.1. Hükümün Kanunlaşma Sürecine Dair Bilgiler

YUKK m. 57'ye yeni bir fıkra ekleyen 7196 sayılı Kanun'un, yaygın kullanılan ifadeyle bir "torba kanun" niteliğini haiz olduğunu daha önce ifade etmiştik. 7196 sayılı Kanun'un bütünsel olarak, içerdiği hükümler üzerinden değerlendirilmesi, çalışmamızın konusunu oluşturan hükümün, neden ve nasıl oluşturulduğu hakkında önemli bir hareket noktası sağlayabilir. Torba kanun içerisinde yer alan konular esasen, emniyet, jandarma ve sahil güvenlik gibi kolluk teşkilatlarına ve bunların görevlilerine ilişkindir. Kanun içeriğinin bir arada değerlendirilmesi sonucunda, ortak amacın İçişleri Bakanlığı teşkilatı ve faaliyetleri ile ilgili toplu bir düzenleme yapmak, idarenin bu yöndeki taleplerini karşılamak olduğu anlaşılmakta olup, akla uygun varsayım ilgili düzenlemelerin hazırlık aşamasının İçişleri Bakanlığı ve bağlı kişi ya da kurumlarca gerçekleştirildiğidir. Konumuz açısından bakarsak, İçişleri Bakanlığı'na bağlı olarak faaliyet gösteren teşkilat Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'dür ve teşkilatın görevleri arasında, "göç alanına ilişkin mevzuatın ve idarî kapasitenin geliştirilmesi konusunda çalışmalar yürütmek" de sayılmıştır (4 sayılı CBK⁶ m. 159/1-a). 7196 sayılı Kanun'un TBMM İçişleri Komisyonu'nda yapılan görüşmeleri esnasında, kanun teklifinde ilk imza sahibi olan Antalya Milletvekili Kemal Çelik, "yabancıların iş ve işlemlerinden güvenlik ve kamu yararı gözetilen çeşitli başlıklarda kanun teklifi verildiğini" (TBMM, 2019: 23) ifade etmiştir. Çelik, ayrıca teklifle "6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler ve uygulamada yaşanan sorunların ortadan kaldırılması, göç yönetim sisteminin daha da güçlendirilmesi amacıyla çeşitli düzenlemelerin hayata geçirilmesi gerektiğini" (TBMM, 2019: 24) dile getirmiştir. Teklifi hazırlayanların ifadesinden de anlaşılacağı üzere, teklifin İçişleri Bakanlığı faaliyet alanları, somut olarak bizi ilgilendiren hükümler bakımından da göç yönetimi faaliyetleri ile doğrudan bir alâkası mevcuttur. Bir kamu hizmeti olan göç yönetimini yürütmeye çalışan idarenin, uygulamada yaşadığı sorunlardan birinin de sınır dışı etmek üzere idarî gözetim altına alınanların vatandaşlığını tespit etmek olduğu ve bu sahada çalışan görevlilerin yasa teklifini hazırlayanlara bu sorunun bir çözümü olarak, elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesi yöntemini sundukları anlaşılabilmektedir.

Özel olarak sınır dışı etmek üzere idarî gözetim altına alınan yabancılar için, idarenin neden böyle bir yonteme ihtiyaç duyduğu sorusuna cevap ararken, çok kısa biçimde ve yüzeysel olarak ifade edilmiş olsa da kanun gerekçesinde, ilgili hüküm hakkında yer alan açıklamayı da dikkate almak gerekir. İlgili

6 RG Sayı: 30479, Tarih: 15.07.2018.

hükümün teklif ile beraber sunulan gerekçesinde, hükümün getirdiği içeriği aşacak biçimde, iki ihtiyacı karşılamak için bu maddenin önerildiği ifade edilmektedir (TBMM, 2019: 18). Birinci olarak, Türkiye'ye gelen düzensiz göçmenlerin izlediği rotaların tespitine olanak tanınmak istendiği ifade edilmektedir ki, bu gerekçe getirilen hükümün uygulanma alanıyla ve hükümün ikinci cümlesindeki sınırlandırma ile bağdaşmamaktadır. İkinci olarak, yine düzensiz göçmenlerin uyrukluklarının belirlenmesini kolaylaştırma amacı güdüldüğü ifade edilmekle beraber, bu kez de hükümün uygulanacağı kişiler bakımından gerekçe ile madde metni arasında bir uyumsuzluk söz konusu olmuştur. Zira madde metninden kolaylıkla anlaşılacağı üzere, hükümün uygulanabileceği yabancılar, tüm düzensiz göçmenler değil, yalnızca sınır dışı edilme kararına bağlı olarak idarî gözetim altına alınmış olan yabancılardır.

Türkiye'de kanunî düzenleme olmaksızın böyle bir yöntemin, uygulamada daha önce kullanılıp kullanılmadığını, ya da en azından kullanılmaya çalışılıp çalışılmadığını bilmiyoruz. Fakat göç yönetimi ve göç hukuku alanında, çeşitli nedenlerle örnek alınan ve işbirliği içerisinde bulunan Avrupa Birliği içerisinde, bazı üye devletlerin, kendi ülkelerinde bu tür uygulamaları kullandığı veya kullanmayı planlandığı, 2017 yılında hazırlanan bir raporda⁷ tespit edilmiştir. Rapora göre, AB üyesi devletler bakımından düzensiz göçmenlerle ilgili uygulamalarda yaşanan önemli sorunlardan birisi, bilhassa uluslararası koruma başvurularında kimlik tespittir (EMN, 2017: 17). Sınır dışı etme usullerini de içine alan geri dönüş⁸ uygulamalarında da aynı sorunun yaşandığı tespit edilmektedir (EMN, 2017: 20). Üye devletlerin bazıları, karşı karşıya kaldıkları bu sorunları aşmak için, kimliği kanıtlayan bir belgenin yokluğunda, nispeten yeni bir yöntem olarak “akıllı cep telefonlarına ve diğer dijital cihazlara” geçici olarak el koyma ve bunların içeriğine erişme yöntemini kullanmaktadırlar (EMN, 2017: 31-32). Rapordan anlaşıldığı kadarıyla, bu yöntem üye devletlerin çoğunluğu tarafından tercih edilmemekte, uluslararası koruma başvuruları ile ilgili olarak, Almanya, Hollanda ve Estonya tarafından standart uygulama olarak,

7 Rapor, Avrupa Komisyonu için benzer çalışmalar yürüten Avrupa Göç Ağı (European Migration Network) tarafından, üye devletlerdeki yerel birimlerle işbirliği içerisinde hazırlanmış olup, İngilizce tam ismi “Challenges and practices for establishing the identity of third-country nationals in migration procedures” olarak geçmektedir.

8 Raporda “return” olarak İngilizce ifade edilen kavramın kapsamına sadece sınır dışı etme ya da diğer zorla geri gönderme halleri değil, aynı zamanda gönüllü geri dönüş hali de girmektedir. Bu kapsam 2008/115 sayılı Direktif’in 3. maddesinin 3. fıkrasında açıkça tayin edilmiştir. Türkçe literatürde bahsi geçen kavramın Türkçe karşılığı olarak “gönderme” ve “dönüş” biçiminde çeviriler de kullanılmakla birlikte, kavramın direktif ile belirlenen kapsamına daha uygun olduğu düşüncesiyle, çeviriyi “geri dönüş” olarak yapmayı tercih ediyoruz.

İtalya, Hırvatistan ve Litvanya tarafından ihtiyarî uygulama olarak, Letonya tarafından da yalnızca ceza yargılaması hukuku kapsamında uygulanmaktadır. Uluslararası koruma başvurusu reddedilen kişilerin geri dönüşü usulünderse, yine yalnızca Almanya, Estonya, İspanya, Finlandiya, İtalya, Letonya, Litvanya, Hollanda ve İsveç ihtiyarî uygulama olarak yöntemi kullanmaktadırlar (EMN, 2017: 55). Üye devletlerden bazılarının tercih ettiği bu yöntemin, AB mevzuatı ile doğrudan düzenlenen bir konu olmamasına ve AB üyesi devletlerin tamamının ya da çoğunluğunun başvurduğu bir yöntem olmamasına rağmen, göç yönetimi konusundaki ilişkilerimiz ve ilgili mevzuatımız üzerindeki AB etkisi nedeniyle, 7196 sayılı Kanun ile getirilen yeni hüküm için esin kaynağı olmuş olması ihtimali kuvvetlidir.

1.2. Hükümün Oluşturulma Gerekçesi Olarak Yabancı'nın Vatandaşlığının Tespit Edilmesi Zorunluluğu⁹

Yabancılar hukuku kurallarının uygulanabilmesi için, idarenin muhatap olduğu kişinin kimliğinin ve vatandaşlığının tespit edilmesi zorunludur. Bu zorunluluk, her şeyden önce kişinin yabancı olup olmadığını yani Türk vatandaşı olup olmadığını tespiti için vardır. Kişiye yabancılar hukuku kurallarının uygulanması, örneğin Türkiye'ye girişinin engellenmesi ya da sınır dışı etme gibi münhasıran yabancılara tatbik edilebilen tedbir ve yaptırımların uygulanması, ancak kişinin Türk vatandaşı olmadığını tespitinden sonra olanaklıdır. Diğer yandan, Türk vatandaşı olmayan bir kişinin, gerçekten bir vatandaşlığa sahip olup olmadığını tespiti de, kişinin “vatansız” statüsünde olup olmadığını tespiti için zorunludur. Vatansız olmak, Türk yabancılar hukuku

⁹ Bu noktada, daha fazla ilerlemeden bir açıklama yapmak ihtiyacı duyuyoruz. Çalışmamızda, YUKK m. 57/8'in getirdiği yöntemle hakkında bilgi edinilecek konuyu ifade etmek üzere “vatandaşlık” terimi tercih edilmiştir. Mevzubahis olan gerçek kişiler olduğu için bu tercih yapılmıştır. Fakat kanun koyucu, hukuksal olarak yanlış olmayan ve aynı içerikte kullanılan başka bir terimi, “uyrukluk” terimini kullanmayı tercih etmiş, ancak ne yazık ki bunu yanlış kullanmıştır. Bahsedeceğimiz hata maalesef, YUKK'ta pek çok yerde daha önce yapılmış ve uygulamada giderek artan bir hatadır. YUKK m. 57/8'de, “yabancı'nın uyruğunun” tespit edilmesi denmiştir. Gerek Türkçe gerekse hukuk dili bakımından, güncel hukuk düzenimizde “bir kişinin uyruğunun” yani eski dildeki karşılığıyla “tebaasının” olması mümkün değildir, bir kişinin ancak “uyrukluğ” olabilir ve aynı biçimde bir kişinin belirli bir devletin “uyruğu” olması söz konusu olabilir. Bu bariz hatanın, hâlen tekrarlanıyor olması ve hazırlık aşaması, komisyon aşaması, genel kurul aşaması ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması aşamalarının hiç birinde bu hatanın farkına varılmaması, çok üzüntü vericidir.

bakımından yabancıyı özel ve korunmaya muhtaç bir statüye sokacağından ve buna bağlı olarak diğer yabancılardan farklı haklar ve güvencelere sahip kılacağından (YUKK m. 51), yabancıнын vatandaşlığının tespiti önemli bir ihtiyaçtır. Vatandaşlık tespiti zorunluluğunun, yabancılar hukukunun genel ihtiyaçları bakımından önemi çerçevesinde, zikredilmesi gereken diğer bir husus, yabancıнын uluslararası hukuk bakımından tâbi olabileceği kuralların ve varsa ayrıcalıkların belirlenmesi hususudur. Yabancıнын, uygulanma alanı vatandaşlık kıstasına göre tayin edilmiş olan ve Türkiye'nin taraf olduğu çok taraflı ya da iki taraflı uluslararası antlaşmalardaki hükümlere tâbi olması ya da bunların sağladığı haklar ve güvencelerden yararlanabilmesi için de vatandaşlığın tespiti gereklidir. Yine uluslararası hukuk açısından düşünürsek, bir haktan yararlanma ölçütü olarak karşılıklılık ilkesinin benimsendiği hallerde veya belirli bir devlet vatandaşları hakkında karşı işlem uygulanması durumunda da yabancıнын vatandaşlığının tespiti bir ön sorun olarak karşımıza çıkacaktır. Özel olarak, 7196 sayılı Kanun ile getirilen yeni hükümün içeriğiyle sınırlı olarak bir değerlendirme yaparsak, hakkında sınır dışı edilme kararı verilmiş bir yabancıнын sınır dışı edilebilmesi, yani sınır dışı etme kararının icra edilebilmesi için de yabancıнын vatandaşlığının tespit edilmesi zorunludur.

Sınır dışı etme bakımından, yabancıнын vatandaşlığının tespit edilmesi, öncelikle sınır dışı etme engelinin var olup olmadığını tespit bakımından gereklidir. Gönderileceği yer bakımından yabancıнын sınır dışı edilmesini sınırlayan veya somut duruma göre engelleyen geri gönderme yasağı açısından vatandaşlığın tespit edilmesi gerekir. Zira yabancı “uyrukluğu” nedeniyle hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere (YUKK m. 4) ve böyle bir yere gönderilmesi sonucunu yaratacak biçimde, güvenli olmayan üçüncü bir ülkeye de gönderilemez. Böyle bir tehlikenin, dolayısıyla geri gönderme yasağının varlığı yabancı tarafından iddia edilebileceği gibi, idare tarafından da re'sen dikkate alınıp araştırılması gereken hususlardandır (YUKK Uygulama Yönetmeliği m. 4/2).

Sınır dışı etmede, yabancıнын vatandaşlığının tespiti zorunluluğunun, diğer tüm ihtimallerden fazla hissedildiği aşama, sınır dışı etme kararının icra edilmesi aşamasıdır. Sınır dışı etme işleminin icra edilebilmesi için, yabancıнын nereye gönderileceğinin belirlenebilmesi icap eder. Türk yabancılar hukukunda, yabancılar “menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebilir” (YUKK m. 52). Kanunun saydığı ikinci ve üçüncü seçenekte vatandaşlığın tespit edilmesi, yabancıнын gönderileceği devletin tutumuna bağlı olarak zorunluluk arz etmeyebilir. Birinci seçenek bakımından ise aynı ifadeyi kullanmak zordur. Bu seçenekte söz konusu olan “menşe ülke” teriminin, yabancıнын vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devletin ülkesi olarak anlaşılması gerektiği, gerek YUKK Uygulama Yönetmeliği'nde (m. 3/1-t) gerek öğretide

kabul gören bir görüştür¹⁰ (Kuşçu, 2017a: 150). Uygulama Yönetmeliği ayrıca yabancının sınır dışı edileceği ülke tespitinde dikkate alınması gereken hususlar arasında vatandaşlık durumunu da saymıştır (m. 51/2). Sonuç olarak, yabancının, kanunun kullandığı terimle menşe ülkesine gönderilmesi için, hangi devletin vatandaşı olduğunun tespit edilmesi zorunludur. Transit gideceği ülke ya da üçüncü bir ülke seçenekleri kullanılmak istendiğinde, ilgili devletlerin böyle bir talebi reddetmesi ve yabancının buralara sınır dışı edilememesi ihtimalinde, geriye yalnızca vatandaşı olduğu devlet ya da uluslararası hukuk bakımından (örneğin geri kabul anlaşması gereği) yabancını kabul etmek zorunda olan devlet seçenekleri kalacaktır. Nihayet, hiçbir devletin, yabancının Türkiye tarafından kendi ülkesine sınır dışı edilmesini kabul etmediği ve uluslararası hukuk bakımından da böyle bir zorunluluğu olan bir devletin bulunmadığı koşullarda, sınır dışı etme kararının fiilen gerçekleştirilebilmesi için, yabancının vatandaşlığının tespiti mutlak bir zorunluluk olarak karşımıza çıkacaktır. Bu halde, yabancının vatandaşlığının tespiti, Türk yabancılar hukuku mevzuatına uygun olarak, idarenin yabancını sınır dışı edebileceği ülke olanağı yaratacağı gibi, devletlerin vatandaşlarını ülkeye kabul yükümlülüğü nedeniyle uluslararası hukuk bakımından sınır dışı etme işleminin icrasını mümkün hatta diğer devlet açısından kabulü zorunlu kılan bir olanağı da beraberinde getirecektir. Görüldüğü üzere, sınır dışı etme kararı alacak ve icra edecek idare bakımından, yabancının vatandaşlığının tespit edilmesi gerçek bir zorunluk ve gerçek bir ihtiyaçtır. 7196 sayılı Kanun ile tesis edilen yeni yöntemin, idarenin bu ihtiyacı karşılamaya elverişli olup olmadığı teknik bir konu olup, çalışma alanımızın dışında kalmaktadır. Fakat yine de karşılaştırma yapabilmek ve fikir sahibi olmaya çalışmak için, yabancının vatandaşlığını beyan etmediği/edemediği ve ispat etmediği/edemediği hallerde, Türk yabancılar hukuku mevzuatında düzenlenmiş diğer yöntemlerden de bahsetmenin yararlı olacağı kanısındayız.

1.3. Türk Yabancılar Hukukunda Aynı Amaçla Kullanılan Farklı Yöntemler

Türk yabancılar hukukunda yabancının vatandaşlığının tespit edilememesine ilişkin sorunlar, sınır dışı etme haricinde, bazı başka meseleler ya da konular bakımından çeşitli hükümlerle çözülmeye çalışılmıştır. Bu anlamda, dikkate değer olan hükümler arasında ilk olarak, vatansız kişiler için getirilmiş olan hükümlerden bahsedeceğiz. Türk hukukuna göre vatansız olduğunu iddia eden kişiler, Türkiye'ye gelişlerinde ya da hâlihazırda Türkiye'de

10 Uluslararası koruma statülerinin belirlenmesi bakımından “menşe ülke” teriminin anlamı ve kapsamı farklılık göstermekte olup, sınır dışı etme bakımından da aynı yönde yorum yapılması gerektiği ifade edilebilir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. (Öztürk, 2015: 197-202).

bulduklarında, vatansızlık durumlarının tespiti için valiliklere başvurmak zorundadırlar (YUKK Uygulama Yönetmeliği m. 47/1). Yönetmelikteki diğer bir hüküm gereğince, bu başvuru sırasında, yabancından vatansız olduğunu ispata elverişli belgeleri makul bir süre içerisinde sunması istenir ve yabancı kimliğini ispatlayacak belge sunamazsa bu konuda yabancının beyanı esas alınabilir (m. 47/4). Görüldüğü üzere, vatansız kişi kimlik belgesi almak için başvurularda, henüz başvuru aşamasında yabancıyı zorlayıcı herhangi bir tedbir ya da başkaca bir zorlayıcı yöntem uygulanması mevzubahis olmayıp, idarenin yabancının vatandaşlığını tespit için ayrıca bir gayret göstermesi beklenmemiştir. Başvuru aşamasından sonraki aşamada ise, valilik tarafından mülakat yapılması düzenlenmiş, yapılacak mülakatta açıklığa kavuşturulması gereken hususlar arasında, yönetmelik yabancının “önceden sahip olduğu ülke vatandaşlığının tespiti ve buna ilişkin belgelerin ortaya çıkarılması” hususunu da saymıştır (m.48/2-d). Valilik tarafından yapılacak mülakat ve hazırlanacak rapor aşamalarında da özel olarak vatandaşlığın tespiti için herhangi bir yöntem zikredilmediği gibi, yabancının üzerinde ya da herhangi bir eşyasında bilgi ya da belge sağlama amaçlı herhangi bir aramanın yapılması öngörülmemiştir. Son aşama olan ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilecek olan vatansızlığın tespiti aşamasında ise, yönetmelik yalnızca başvuru sahibi yabancından, “herhangi bir ülkeyle vatandaşlık bağı olmadığını gösteren bilgi ve belgeler” verilmesinin isteneceğini söylemekle yetinmiştir (m. 49/2-a). Bu aşamada da vatandaşlığın tespiti için, yabancının üzerinde ya da herhangi bir eşyasında özel olarak arama ya da inceleme yapılması söz konusu değildir.

Uluslararası koruma başvuruları söz konusu olduğunda da vatandaşlığın tespiti önemli bir gerekliliktir (Öztürk, 2015: 446) ve bununla ilgili olarak Türk yabancılar hukuku mevzuatında düzenlemeler olduğu daha önce ifade edilmiştir. Uluslararası koruma başvurularında, başvuru sahibinden, başvuru aşamasında (YUKK m. 69/2) ve mülakat aşamasında (YUKK m.75/2) kimliğinin ve vatandaşlığının tespiti ile ilgili olarak idareye yardımcı olması ve gerekli bilgi ve belgeleri sunması istenmektedir. Henüz başvuru aşamasında dahi, vatandaşlık bilgilerinin doğruluğu ile ilgili ciddi bir şüphe oluşması halinde, başvuru sahibinin idarî gözetim altına alınması kararını verme yetkisi, idareye verilmiş yetkilerdendir (YUKK m. 68/2-a). Başvuru sahibinin bu nedenle idarî gözetim altına alınmasının, aynı kanunun 69. maddesinin 2. fıkrasında somutlaşan doğru bilgi verme ve belge sunma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin sağlanması için getirilmiş bir tedbir olduğu öğretide ifade edilmiştir¹¹ (Öztürk, 2015: 468).

11 Başvuru sahibi açısından, vatandaşlığının tespitini güçleştirmesi nedeniyle karşı karşıya kalabileceği olumsuz bir sonuç olarak, hızlandırılmış değerlendirme usulüne tâbi tutulması da zikredilebilir. Zira daha dar kapsamlı, özel bir durumu işaret ediyor olsa da YUKK m. 79/1-c gereğince, vatandaşlığının tespit edilmesini güçleştirmek

Esasen sınır dışı etme kararı ile birlikte uygulanan bir tedbir olan idarî gözetim, uluslararası koruma başvurusu yapan yabancılara istisnâ olarak uygulanması gereken bir tedbir olup, vatandaşlık bilgilerinin doğruluğu bakımından ciddi bir şüphe oluşması nedeniyle bu tedbirin uygulanması, gerekli ve kabul edilebilir olarak yorumlanmaktadır (Ekşi, 2014: 119, Öztürk, 2015: 470). Görüldüğü üzere, bir anlamda vatandaşlığın tespit edilememesi hali olan, beyan edilen vatandaşlığın doğruluğu hakkındaki ciddi şüphe, yabancı açısından idarî gözetim altına alınma sonucunu doğurabilmektedir. Fakat bu halde de otomatik olarak, sırf idarî gözetim altına alınmış olmanın kendiliğinden bir sonucu olarak, yabancıların üzerinde ya da eşyasında, geri gönderme merkezine kabul için yapılacak güvenlik araması haricinde, bir arama ve inceleme yetkisi doğmamaktadır. Bu hüküm yalnızca idarî gözetim kararı alabilme olanağı vermekte, ayrıca vatandaşlığın tespiti için hangi yöntemlerin uygulanabileceğine değinmemektedir.

Uluslararası koruma başvuru sahibinin vatandaşlığının tespiti için öngörülen, konumuz açısından daha dikkat çekici hükümler ve yöntemler, YUKK m. 69 ve YUKK Uygulama Yönetmeliği m. 69 ile getirilen hükümler ve yöntemlerdir. Bu kapsamda, başvuru sahibinin kimliğini doğru olarak bildirmemesi veya bunu ispatlayacak belge sunmaması halinde, başvuru sahibinin kimliğinin ve elbette bu arada vatandaşlığının tespit edilmesi için, idare tarafından kişinin üzerinde ve eşyalarında kontrol yapılması mümkündür (YUKK m. 69/2). Kanun içerisinde basit biçimde, detayları oluşturulmadan verilmiş olan bu yetkinin unsurlarının tayini yönetmelikle de yapılmamış, yönetmelikte yalnızca “mevzuata uygun olarak” biçimde bir ekleme ile yetinilmiştir (YUKK Uygulama Yönetmeliği m. 69/4). Yönetmelikle kastedilen mevzuatın, öğretilde de öne sürüldüğü üzere (Öztürk, 2015: 445) önleme aramasına ve bu çerçevede kolluk tarafından yapılacak işlemlere ilişkin hükümler biçiminde anlaşılması, bu manâda özellikle Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin¹² ilgili maddelerinin dikkate alınması uygun görünmektedir. Burada söz konusu olan kişinin üstünün ya da eşyasının, kimliğinin tespiti için doğrudan bilgi vermeye elverişli belge bulmak için kontrol edilmesidir. Kimliğin tespiti için uygun görülen bu yöntem, özellikli bir durum olan bilgisayar ya da cep telefonu içeriğinin incelenmesini ve gerekirse bu amaçla bunlara el konulmasını içermez. Uluslararası koruma başvurusu sahibinin kimliğinin tespiti için mevzuatta uygun görülen, dolayısıyla vatandaşlığının tespiti için de kullanılabilecek diğer bir yöntem, başvuru sahibinin parmak izi ve fotoğraf gibi

amacıyla, kimlik ya da seyahat belgelerini “kötü niyetli” olarak imha etme ya da elden çıkarma, ilgili başvuru sahibinin olağan usul haricine alınarak, hızlandırılmış değerlendirmeye tâbi tutulmasına yol açar.

12 RG Sayı: 25832, Tarih: 01.06.2005.

kişisel verilerinin alınması ve idarenin elinde olan veya kullanabildiği veri tabanlarında yer alan bilgilerle bunların karşılaştırılmasıdır (YUKK m. 69/3, YUKK Uygulama Yönetmeliği m. 69/2)¹³. Yönetmelik ayrıca, kimlik tespiti araştırmalarında dil analizi gibi yöntemlerden de yararlanabileceğini ifade etmiştir ve bu yöntem vatandaşlığın tespiti için tek başına yeterli olamasa da diğer yöntemlerle birlikte kullanılırsa yol gösterici olabilir (YUKK Uygulama Yönetmeliği m. 69/3).

Bu başlık altında ele aldığımız iki durumda da, yani vatansızlığın tespiti ve uluslararası koruma başvurusunun değerlendirilmesi usullerinin her ikisinde de yabancıların elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesine mevzuatımız yer vermemiştir. 7196 sayılı Kanun ile göç yönetimini güçlendirmek adına yapılan değişiklikler arasında bu iki durum için herhangi bir hükme yer verilmemiş olması, idarenin bu usuller açısından yeni bir yöntem ihtiyacının olmadığı şeklinde yorumlanabilir. İdare yalnızca sınır dışı edilmek üzere idarî gözetim altına alınan yabancılar için yeni bir yöntem ihtiyacı duymuştur ve 7196 sayılı Kanun'u hazırlayanlar ve kanunlaştıranlar, yeni yöntemi tesis ederken yalnızca bu ihtiyacı dikkate almış görünmektedirler. İdarenin ve kanun koyucunun, yukarıda ele aldığımız vatansızlık ve uluslararası koruma başvurusu meselelerinde, yeni bir yöntem olarak elektronik ve iletişim cihazı incelemesine ihtiyaç duymaması iki temel gerçeklikle anlaşılabilir. Birincisi, ele aldığımız her iki usulde de korunmaya muhtaç ve hassas bir durumda olan yabancılardan bahsetmekteyiz ve pekâlâ bu yabancılar için daha da zorlayıcı ve tedirgin edici yöntemlerin kullanılmasından kaçınılabilir. İkincisi ise şudur ki her iki durumda da yabancıların işbirliği içinde olmaması, onun aleyhine sonuçlar doğurur ve durumu gereği ihtiyaç duyduğu statüye sahip olamaz ve güvencelerden yararlanamaz. Özellikle uluslararası koruma statüsüne başvuru yapan yabancılar bakımından bu durum çok daha kesindir, zira YUKK m. 77/1-e gereğince, vatandaşlığının tespiti için idare ile işbirliği yapmayan yabancıların başvurusu geri çekilmiş kabul edilebilir. Dolayısıyla pratikte yabancıyı zorlayacak daha fazla tedbirin ve yöntemin uygulanmasında, idarenin gerçek bir ihtiyacının olmadığı, yabancıların zaten kendi yararına olan usulün devamı için vatandaşlığını tespiti yardımcı olması gerektiği söylenebilir. Bu usullerde, idare tarafından gözetilmesi ve tedbir alınması gereken husus, statü başvurusunun kötüye kullanılmasının engellenmesidir ki ne idare ne kanun koyucu bu menfaat için, ayrıca başvuru ve değerlendirme aşamalarında yabancıların cihazlarının incelenmesini gerekli görmemiştir. Yabancıların vatandaşlığının tayini için yardımcı olmaması veya başvuru usullerini kötüye kullanması hallerinde, nihaî olarak varacağı nokta,

13 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 5. maddesi de polis tarafından "sığınma talebinde bulunan" yabancıların parmak izi ve fotoğrafının alınmasını ve bu bilgilerin sisteme kaydedilmesini emretmekte, sonrasında sistemde kayıtlı bilgilerin kimlik tespiti için kolluk tarafından kullanılabilmesini mümkün kılmaktadır.

başka bir hükme göre Türkiye’de kalması mümkün değilse sınır dışı etmeye konu olmasındır. Bu nedenle de aslında durumları buna uyan yabancılar için, vatandaşlıklarını tayinde asıl ihtiyaç sınır dışı edilmeleri halinde ortaya çıkacaktır ve düzenleme de doğru bir tercihle, bu asıl ihtiyaca hizmet ile sınırlı olarak yapılmıştır.

2. Hükümün Öngördüğü Yöntemin Konusu Olan Kişiler

Elektronik ve iletişim cihazların incelenmesi yöntemi, getirilen hükümün açık metninden ve yeni bir fıkra olarak içerisinde yer aldığı hükümün düzenleme alanından anlaşılacağı üzere, idarî gözetim altına alınmış yabancılar için uygulanmak üzere getirilmiştir. Bu nedenle ilk olarak altı çizilmesi gereken husus, yöntemin uygulanabilmesi için mutlaka, yabancı hakkında idarî gözetim kararı verilmiş olması gerektiğidir. Hakkında idarî gözetim kararı alınmamış bir yabancı, her kim olursa olsun ve herhangi nedenle olursa olsun, elektronik ve iletişim cihazlarının, yeni getirilen hüküm dayanak yapılarak incelenmesi mümkün olmayıp, aksi yönde bir uygulama kanuna aykırılık oluşturur ve bunun sonucu cezaî sorumluluk ya da tazminat sorumluluğu olabilir. İdarî gözetim kararı alınmış olma zorunluluğu, yöntemin uygulanabilme zamanını da belirler. Yabancı, cihazları idarî gözetim kararından evvel incelenemeyeceği gibi, inceleme yapıldıktan sonra alınmış bir idarî gözetim kararı kendisinden evvel yapılmış kanuna aykırı fiili, hukuka uygun hâle getirmez.

Türk yabancılar hukukunda idarî gözetim iki farklı durumda öngörülmüştür. Bunlardan birincisi idarî gözetimin asıl işlevini yerine getiren ve daha geniş bir uygulanma alanına sahip olan sınır dışı etmede idarî gözetimdir. İkincisi ise, uluslararası koruma başvurusunda bulunanların idarî gözetimidir ve istisnaî nitelikte olup dar bir uygulanma alanına sahiptir. Sınır dışı etmede idarî gözetim, sınır dışı etme ile ilgili hükümler arasında (YUKK m.57) düzenlenmiş iken uluslararası koruma başvurusu yapanların idarî gözetim altına alınması, uluslararası korumaya ilişkin hükümler arasında özel olarak düzenlenmiştir (YUKK m.68). Kanunî düzenlemedeki bu ayrımın sonucu olarak, uluslararası koruma başvurusu yapanların idarî gözetiminde uygulanacak kurallar ve usul, bunlar için ayrıca özel olarak belirlenmiş hükümlere tâbidir. 7196 sayılı Kanun ile getirilen yeni hüküm, doğrudan doğruya sınır dışı etmede idarî gözetimi düzenleyen ve madde kenar başlığı “sınır dışı etmek üzere idarî gözetim ve süresi” olan YUKK’un 57. maddesine 8. fıkra olarak eklenmiştir. Uluslararası koruma başvurusu yapanların idarî gözetimini düzenleyen YUKK’un 68. maddesinde hiçbir değişiklik yapılmamıştır.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasındaki kanunîlik ilkesi, YUKK’un 57. maddesinde yapılan değişiklikle getirilen yöntemin, idarî gözetim

altına alınmış uluslararası koruma başvurusu sahiplerine de uygulanmasını engeller. Çünkü idarî gözetime tâbi tutulma bakımından iki farklı hükme ve iki farklı uygulamaya tâbi olan gruplar arasında, yalnızca sınır dışı etmek üzere idarî gözetim altına alınanların elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesi için açık kanunî dayanak oluşturulmuştur. Yabancıların, özel hayatın gizliliği hakkını sınırlayan ve bu yönde idareyi yetkilendiren böyle bir hükümün, kıyas yoluyla ya da genel hüküm özel hüküm ilişkisi açıklamasıyla, hüküm kapsamında olmayan kişilere uygulanması mümkün değildir. Başka bir madde ile düzenlenen ve kanunun sistematigi gereğince de özel hükümlere tâbi olan, idarî gözetim altına alınmış uluslararası koruma başvurusu sahiplerine yöntemin uygulanması, yetki açısından kanunî dayanaktan yoksun, sakat bir idarî işlem yaratır. Öyleyse, tekrar ifade etmek gerekir ki, yeni düzenleme ile getirilen elektronik ve iletişim cihazı inceleme yöntemi, yalnızca sınır dışı etmek üzere idarî gözetim altına alınan yabancılara uygulanma kabiliyetine sahiptir.

Hükümün uygulanma alanı, sınır dışı etmek üzere idarî gözetim altına alınanlar ile sınırlandırılmış olduğuna göre, yabancıların elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesinin mümkün olması için her şeyden önce yabancı hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş olması gerekir. YUKK m. 57'ye göre idarî gözetim kararı alınabilmesi için sınır dışı etme kararı alınması zorunlu olup, bu karar alınmadan idarî gözetim kararı alınamaz (Ekşi, 2014: 54). Türk hukukunda sınır dışı etme nedenleri, kapalı sayı ilkesine tâbi olarak YUKK'un 54. maddesinde sayılmış olup (Ekşi, 2015: 122, Kuşçu, 2017a: 74-75), hükümün konusunu oluşturan yabancı, idare tarafından bu hükümler kapsamına girdiği tespit edilmiş ve bu nedenle hakkında sınır dışı etme kararı alınmış bir yabancıdır. İlgili maddede sayılmış sınır dışı etme nedenleri, gerekçeleri ve korudukları menfaatler bakımından birbirinden oldukça farklı olmasına rağmen (Dardağan Kibar, 2014: 186 vd., Bayraktaroğlu Özçelik, 2013: 218 vd.), elektronik ve iletişim cihazı inceleme yönteminin uygulanması bakımından aralarında herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Bu nedenle, uygulamaya tâbi olacak yabancı, örneğin "uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilen" (YUKK m. 54/1-k) bir yabancı olabileceği gibi, görece daha az tehlikeli bir hâle sebebiyet veren "çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilen" (YUKK m. 54/1-ğ) bir yabancı da olabilir. Sınır dışı etme nedeni bakımından herhangi bir ayırım gözetilmemiş olması anlaşılabilir bir durumdur. Çünkü sınır dışı etme nedeninden bağımsız olarak önemli olan idare tarafından yabancıların vatandaşlığının tespit edilebilmesidir. Türk yabancılar hukukunda sınır dışı etme kararı, re'sen ya da Göç İdaresi Genel Müdürlüğü talimatı ile valilik tarafından verilen, bir idarî karar niteliğindedir. Bu idarî kararın, sınır dışı etme nedeni var olmasına rağmen alınamayacağı haller YUKK'un 55. maddesinde sayılmış olup, bu yabancılar hakkında idarî gözetim

kararı da alınamayacağı için (Huysal ve Şermet, 2014: 2202), bunların elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesi de mümkün değildir.

İdarî gözetim kararı da sınır dışı etme kararı gibi bir idarî karar niteliğindedir ve Türk hukukunda bu kararı alma yetkisi valiliklere verilmiştir¹⁴ (YUKK m. 57/2). İdarî gözetim, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış olan tüm yabancılar için uygulanan bir yöntem değildir. YUKK, öğretilerde uygulanma alanının genişliği bakımından eleştirilmiştir (Dardağan Kibar, 2014: 198, Erten, 2015: 38) olsa da yalnızca belirli hallerin varlığı halinde¹⁵ sınır dışı edilecek olan yabancıların idarî gözetim altına alınmasını uygun bulmaktadır (m. 57/2). 7196 sayılı Kanun ile getirilen hüküm, idarî gözetim altına alınma nedenleri bakımından herhangi bir ayırım gözetmemiştir. Bu yüzden, cihazı incelenecek yabancı kaçma kaybolma riski olan bir yabancı olabileceği gibi, sınır kapısı olmayan bir yerden Türkiye'yi terk etmeyen çalışan bir yabancı da olabilir (Kuşçu, 2017a: 260 dn.69). Sınır dışı etme nedenleri bahsinde kullanılan ifadeyi burada da yinelemek mümkündür. İdare ve kanun koyucu açısından önemli olan yabancıların neden idarî gözetim altına alındığından bağımsız olarak, vatandaşlığının tespit edilebilmesidir. İdarî gözetim altındaki bir yabancı, vatandaşlığının tayin edilememesi nedeniyle sınır dışı edilememesi, yabancıların idarî gözetim altına alınma nedeni ne olursa olsun karşılaşılabilecek ve idare tarafından her durumda aşılması gereken bir engel oluşturur. Yabancıların, kanunun ifadesiyle “ülkesiyle” ilgili doğru bilgi ya da belge vermemesi nedeniyle sınır dışı edilememesi, aynı zamanda idarî gözetimin uzatılması nedenlerindedir (YUKK m.57/3). Sonuç olarak, yabancıların neden idarî gözetim altına alındığının dikkate alınmaması ve buna bağlı olarak bir ayırım yapılmaması makul görünmektedir. Bununla birlikte, gerek sınır dışı etme kararı nedenleri bakımından, gerekse idarî gözetim kararı nedenleri bakımından, uygulamada farklı özellikler arz eden olaylarla ve farklı kişisel durumları olan yabancılarla

14 Kişinin sadece idarî bir kararla özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, Anayasanın 19. maddesi ve 38. maddelerine aykırılığı hakkındaki değerlendirmeler için bkz. (Huysal ve Şermet, 2014: 2210-2214, Ekşi, 2014: 9, Özbek, 2015: 47, Kuşçu, 2017b: 248.)

15 Hükümün uygulanacağı kişileri somutlaştırması bakımından, öncelikle dikkate alınması gereken idari gözetim altına alınacaklarla ilgili maddenin metnini, okuyucu açısından kolaylık olması için burada vermeyi uygun görüyoruz. YUKK m. 57/2'ye göre, haklarında idarî gözetim veya idarî gözetime alternatif yükümlülük kararı alınacak olanlar; “*Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar*”dır.

karşı karşıya olunabileceği, hükmü ve getirdiği yöntemi değerlendirirken her zaman hatırlanmalıdır.

Hükümün uygulanabilme kabiliyeti bakımından, idarî gözetim ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken nokta, yabancı hakkında verilmiş olan idarî gözetim kararının geçerliliğini devam ettiriyor olmasıdır. Yabancı hakkındaki idarî gözetim kararı, süresinin dolmuş olması, valilik tarafından kaldırılması, Sulh Ceza Hâkimliği tarafından kaldırılması ya da idarî gözetime dayanak teşkil eden sınır dışı etme kararının geçersiz hale gelmesi gibi bir nedenle sona ermişse, artık geçmişte verilmiş olan idarî gözetim kararına istinaden cihaz incelemesi yapılamaz. Valilik tarafından, devamında zaruret görülmeyen idarî gözetimin sonlandırılmasını müteakip uygulanmak zorunda olunan (YUKK m. 57/4), idarî gözetime alternatif yükümlülükler de hükmün uygulanmasını mümkün kılmaz. Aynı şekilde, hakkında idarî gözetim kararı alınmamış fakat idarî gözetime alternatif yükümlülüklerden birisine tâbi tutulma kararı alınmış (YUKK m. 57/A) yabancının da hükmün uygulanma alanı dışında olduğunu kabul etmek gerekir. İdarî gözetim kararı alma nedenleri ile idarî gözetime alternatif yükümlülüklerle tâbi kılma nedenleri aynı olmakla beraber, 7196 sayılı Kanun ile getirilen hüküm doğrudan doğruya idarî gözetim altına alınmış olmayı aradığından, idarenin alternatif yükümlülükleri tercih ettiği durumlarda hükmün uygulanma olanağı yoktur.

3. Hükümün Öngördüğü Yöntemin Konusu Olan Eşya

7196 sayılı Kanun ile getirilen hüküm, “elektronik ve iletişim cihazlarının” incelenmesinden bahsetmektedir. Öyleyse öncelikle söylemek gerekir ki, bu nitelikte olmayan hiçbir eşya, YUKK m. 57/8 dayanak yapılarak incelenemez. İnceleme konusu olabilecek eşyanın tanımı, “akıllı cep telefonu” ya da “bilgisayar” gibi daha somut ve belirlenebilir bir biçimde yapılmamış, eşyanın taşıdığı nitelik ve kullanım amacı üzerinden, bir eşya grubunu kastedecek biçimde daha genel olarak yapılmıştır. Yapılan eşya tanımı genel nitelikte olduğu için, her somut olayda mevzubahis olan eşyanın bu kapsama girip girmediğinin tespit edilmesi gerekecektir. Yapılan tanımda kullanılan terimlerin hepsi teknik nitelikte olduğundan, teknolojik bilgiye ve bu bilgiyi somut olayda uygulayabilecek kişilere ihtiyaç duyulacaktır. Tanım içerisinde kullanılan teknik terimlerin gereği olarak, inceleme yapılabilecek eşyanın bir cihaz, yani aygıt niteliğini taşıması gerekir. Cihaz niteliği taşımayan örneğin, yazı yazılan defter veya cepte taşınan bir cüzdanın bu kapsama girmediği açıktır ve pratikte “cihaz” terimi bakımından tereddüt yaratacak bir durumun oluşması, tanım bir de özellikle “elektronik” terimini de kullandığından pek olası görünmemektedir.

Somut bir olayda uygulanması sırasında, kanunun yaptığı tanımın tereddüt yaratabilecek yanı “elektronik ve iletişim” kısımlarıdır. Bir defa burada ilk akla gelecek soru, incelemeye tâbi tutulacak eşyanın hem elektronik hem iletişim için kullanılan bir cihaz mı olacağı, yoksa iki özellikten bir tanesinin var olmasının yeterli mi olacağı sorusudur. Bu soruyu sözel yorum metoduyla, yani hükmü bir bütün olarak Türkçe anlatım kurallarına uygun olarak yorumlarsak, iki farklı sonuca ulaşabiliriz. Üçüncü sırada yer alan “cihaz” kelimesinin, elektronik cihazlar ve iletişim cihazlarının her ikisi için birden ortak olmak üzere kullanıldığından hareketle, ayrı ayrı olarak iki cihaz türünün de tanımın kapsamına girdiği sonucuna ulaşılabilir. Bu halde, cihazın sadece elektronik ya da sadece iletişim cihazı olması yeterlidir. Tanım bu şekilde anlaşılırsa, genişletici bir yorum yapılmış olup, hükmün getirilme kastını aşacak biçimde tuhaf emsaller de ortaya çıkarılabilir. Bu anlamda örneğin, yararlanabilecek hiçbir bilgi içermeyen ve iletişim için de kullanılmayan elektronik bir terazi ya da ısıölçer tanımın kapsamına dâhil olabilir. Benzer bir tuhaflık, bilgi kaydı yapmayan ve elektronik olmayan ama iletişim için kullanılan bir cihaz olan işitme cihazının ya da bir telsizin tanımın kapsamına girmesi sonucunda da oluşabilir. Sözel yorum metoduyla varılabilecek ikinci sonuç ise, tanımın içinde yer alan “ve” bağlacından hareketle, cihazın hem elektronik nitelikte olması hem de iletişim için kullanılması gerekliliğinin anlaşılmasıdır. Bu yorum açıkçası hükmün getirilme amacına ve hükmün özüne daha uygun olup, yukarıdaki örneklerdeki gibi ilgisiz cihazların değerlendirmeye alınabilmesi sonucuna izin vermez. Böyle bir yorum, sözel yorumun amaçsal yorum ile birlikte kullanılmasının ürünü olduğundan, hukuk metodolojisi açısından daha sağlam bir zemin üzerinde durur. İnceleme amacı yabancıların vatandaşlığının tespiti olduğuna göre, ilgili cihazın bu amaca uygun yani bu yönde bilginin içerisinde kayıtlı olabileceği cihaz olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenlerle, inceleme konusu olabilecek eşya hakkında hükmün verdiği tanımın, “elektronik olup iletişim amacıyla kullanılan cihazlar” olarak anlaşılması gerektiği kanısındayız.

Tanımın ne tür cihazları kastettiği meselesinin haricinde, burada tartışılması gereken bir başka husus da bu tanımın, yani “elektronik olup iletişim için kullanılan cihaz” ifadesinin, hükmün getirilme amacına uygun olabilecek tüm cihazları kapsayıcı olup olmadığıdır. Kanun koyucunun tercih ettiği sözcüklerin, ulaşılacak istenen amaç için yeterli ve elverişli olup olmadığı tartışmalıdır. Vatandaşlığın tespiti için incelenecek cihazın, okunabilir veri kaydı yapabilen ve bunları saklayabilen bir cihaz olması gerektiği kesindir. Fakat teknoloji bilgisi açısından bakıldığında, hemen herkesin az çok fark edebileceği üzere, okunabilir veri kaydı yapılabilen ve bu verilerin saklanabileceği her elektronik cihaz aynı zamanda iletişim cihazı değildir. Örneğin bir taşınabilir bellek, veri kaydı yapılabilir bir elektronik cihaz olarak vatandaşlığın tespiti için

kullanılmaya elverişli bilgi sağlayabilir. Fakat bu bir iletişim cihazı değildir, öyleyse YUKK m. 57/8 hükmüne göre yabancıya ait olan bir taşınabilir bellek incelenemez. Bu durumda idarenin ihtiyaçları ve hükmün getirilme amacının aksine bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Benzer bir sorun asıl kullanım amaçları iletişim kurmak olmayan, bu nedenle iletişim cihazı tanımına tam olarak uymayan bilgisayar ve sabit bellekler, hatta akıllı saatler için de söylenebilirse de bu üç seçenekte de cihazın, gerekli bağlantı araçlarına sahip olduğunda, iletişim amacıyla kullanılabilme kapasitesinin var olmasından hareketle sorun aşılabılır. Bununla beraber, bu örnekler, hükmün kullandığı terimlerin, amaca ulaşılması için fayda sağlayabilecek tüm cihazları kapsamadığını göstermektedir. Kullanılan terimler kanımızca, hüküm hazırlanırken etkili olan asıl isteğin, yabancıların akıllı cep telefonlarının incelenmesini mümkün kılmak olduğunu göstermektedir. Âdeta böyle bir düşüncenin yansıması olarak “elektronik ve iletişim cihazı” ifadesi tercih edilmiştir. Olası farklı isimlendirmeleri ve teknolojik gelişmelerin benzer nitelikte yeni cihazlar yaratabilmesini öngörerek, haklı biçimde “akıllı cep telefonu” yerine “elektronik ve iletişim cihazı” tercih edilmiştir. Lâkin belirli bir eşya tanımını yapıldığından, idareye de bu eşya ile sınırlı olarak müdahale olanağı verildiğinden, bilgi elde etmeye yararlı taşınabilir bellek, hafıza kartı, fotoğraf makinesi, ses kayıt cihazı gibi diğer cihazlar, kanunîlik ilkesini de dikkate alarak vardığımız sonuçla, hükmün uygulanma alanı dışında kalmıştır.

Kanun koyucunun hükmü hazırlarken örnek alabileceği, benzer konuda tercih edilmiş iki örnek vardı ve burada bunlardan bahsedebiliriz. Bunlardan ilki Türk hukukundan bir örnek olup, ceza yargılaması hukuku kapsamında özel bir arama ve elkoyma türünü (Yenisey ve Nuhoğlu, 2019: 418 vd., Özbek vd., 2019: 384 vd.) düzenleyen, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun¹⁶ 134. maddesidir. Bu maddede benzer nitelikteki cihaz ve araçları ifade etmek için tercih edilen tanımlama “bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri” olup, kanımızca vatandaşlığın tespiti için incelenmeye elverişli cihazların tamamını kapsayabilecek niteliktedir. CMK’da tercih edilen tanım, veri kaydı yapmaya elverişli her türlü cihazı, bu arada bu özelliğe sahip cep telefonlarını (Değirmenci, 2014: 329-330, Özen ve Özocak, 2015: 70) ve taşınabilir bellek türlerini de (Değirmenci, 2014: 331) kapsamaktadır. Oysa yukarıda izah edildiği üzere, kanun iletişim cihazı dediği için, YUKK m. 57/8 kapsamına taşınabilir bellek türleri (USB, hafıza kartı, CD, vb.) giremediği gibi, yoruma bağlı olarak bilgisayarlar bile kapsam dışında görülebilir. Kanun koyucunun yararlanma olanağının olduğu, amacın hâsıl olması açısından daha faydalı olduğunu düşündüğümüz diğer bir düzenleme örneği ise, Alman

¹⁶ RG Sayı: 25673, Tarih: 17.12.2004.

hukukunda mevcuttur. Alman yabancılar hukukunun temel yasalarından biri olan, kısa ismiyle İkamet Kanunu'nun¹⁷ (*Aufenthaltsgesetz*) 48. maddesinin 3(a) fıkrasında, YUKK m. 57/8'e tekabül eden yöntem düzenlenmektedir. Burada tercih edilen terim, CMK m. 134'ten de daha kapsayıcı bir terim olan “veri taşıyıcı” (alm. *datenträger*, ing. *data carrier*) terimidir. Veri taşıyıcı terimi, okunabilir veri saklama kapasitesine sahip her türlü cihazı veya ortamı kapsadığından, idare açısından vatandaşlığın tespiti için daha fazla seçenek sağlamaktadır. Alman kanun koyucusunun yaptığı bu tercihin, bu bakımdan 7196 sayılı Kanun ile getirilen hükme göre daha elverişli bir hüküm oluşturduğu söylenebilir.

4. Hükümün Öngördüğü Yöntemin İcrasına Karar Verme Yetkisi

7196 sayılı Kanun ile getirilen yeni hüküm, yöntemin icrası için ayrıca özel bir karar verme usulünü düzenleme gereği görmediği gibi, bu yöntemin kimin tarafından ve nasıl icra edileceğine ilişkin kurallar da içermemektedir. Hükümün düzenleniş biçimi, cihaz incelemesi kararının idare tarafından alınmasına cevaz verme ve bu yöntemin kimlere ve hangi amaçla uygulanacağını tayin etme biçimindedir. Hüküm bu haliyle, bir kanun düzenlemesinden çok, hak ve özgürlüklerin hangi koşullarla ve nasıl sınırlandırılabileceğini, genel ve soyut olarak gösteren anayasa kurallarına benzemektedir. Hükümün konusunu oluşturan kişiler ve hükümün konusunu oluşturan eşya, hükümün uygulanma alanını tayin eden iki unsur olarak buraya kadar ele alınmıştır. İzah edildiği üzere, cihaz incelemesinin yapılabilmesi için mutlaka idarî gözetim kararı alınmış olması ve bu kararın da YUKK m. 57 anlamında sınır dışı etmek üzere alınmış olması gerekir. Getirilen yeni hüküm, idarî gözetim altına alınan kendiliğinden bir sonucu olarak, idarenin cihaz inceleme yetkisinin doğacağını göstermekle, idareye sırf bu karara bağlı olarak böyle bir inceleme yapma yetkisi tanımakla yetinmiş olarak değerlendirilebilir. Fakat hükümün uygulanabilmesi bir idarî karar ile gerçekleşeceğinden, bu idarî kararın kim tarafından ve hangi şartlara tâbi olarak verileceğinin tayin edilmesi, hukuksal ve pratik bir gerekliliktir.

17 Kanunun tam ismi “Federal Ülke Üzerinde Yabancıların İkameti, Ekonomik Faaliyetleri ve Entegrasyonu Hakkında Kanun”dur. (*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*) Kanunun Almanca metni için bkz. Alman Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, 2020a. Kanunun Alman İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan İngilizce çevirisi için bkz. Alman Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, 2020b.

Öncelikle ifade edelim ki, YUKK m. 57/8 birinci cümlesinin son sözcüğü olarak “incelenebilir” dendiğine göre, hüküm cihaz incelemesini emretmemekte, yalnızca yapılabilmesini mümkün kılmaktadır. Gerçekten de sınır dışı etmek üzere idarî gözetim altına alınmış yabancıların cihazlarının incelenmesi, örneğin geçici koruma amacıyla gelenlerin ülkeye kabulünde yapılan güvenlik araması¹⁸ gibi, idare için yerine getirilmesi gereken bir zorunluluk olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle idareye verilmiş olan yetki, örneğin pasaport ya da pasaport yerine geçen belgesi olmayanların Türkiye’ye girişine izin verilmemesini emreden (YUKK m. 7/1-a) hükümdeki yetki gibi bağlı yetki değildir (Karahanoğulları, 2018: 538, Gözler, 2003: 814, Atay, 2018: 519). Burada idarenin takdir yetkisi (Karahanoğulları, 2018: 535, Gözler, 2003: 818, Atay, 2018: 520) olup, hükmün çizdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, somut olayın şartlarına bağlı olarak, cihazın incelenmesine gerek olup olmadığı idare tarafından takdir edilecektir. Bu nedenle, hükmün uygulanmasının pratikte mümkün olabilmesi için, yalnızca valilik tarafından idarî gözetim kararı verilmiş olması yeterli olmayacak, ayrıca idare tarafından bir de inceleme yapıp yapılmayacağı konusunda karar verilmesi, bir irade açıklaması yapılması gerekecektir.

Öte yandan, hükmün öngördüğü yöntemin icrası yoluyla gerçekleştirilecek olan idarî işlemin neden unsuru (Karahanoğulları, 2018: 462, Gözler, 2003: 768, Atay, 2018: 512), idarî gözetim kararı alınması değil, yabancıların vatandaşlığının tespit edilememesidir. Yöntemin uygulanabilmesi için varlığı zorunlu olan idarî gözetim kararı, idarî işlemin hukuksal nedeni (Gözler, 2003: 769) olarak değerlendirilemez. Böyle bir değerlendirme, hüküm “idarî gözetim altına alınanların elektronik ve iletişim cihazları incelenir” biçiminde yazılmış olsaydı mümkün olabilirdi. Oysa hüküm böyle yazılmamıştır, içerisinde zorunlu bir neden-sonuç ilişkisini gösteren emredici bir ibare yoktur, ayrıca idari işlemin özel amacını (Karahanoğulları, 2018: 507, Gözler, 2003: 856, Atay: 2018: 516) tayin eden bir ibareyi de içinde barındırmaktadır. Hükmün metninden ve hükmün amacından yola çıkarsak, idarî gözetim kararı ile idarî işlemin konusu olan cihaz incelemesi arasında bir neden-sonuç ilişkisi olmadığı kolaylıkla anlaşılabilir. Cihaz incelemesi, yabancı idarî gözetim altına alındığı için değil, vatandaşlığı tayin edilemediği için yapılacaktır. Üstelik bu nedenin oluşması halinde, idare cihaz incelemesi yapıp yapılmayacağına ayrıca karar verecektir. 7196 sayılı Kanun ile getirilen hüküm, hükmün icrasını mümkün kıldığı idarî işlemin neden unsurundan yola çıkılarak değerlendirildiğinde de idarî gözetim kararından sonra ve ondan bağımsız bir ikinci idarî karara ihtiyaç olduğu sonucuna varılmaktadır.

Cihazın incelenmesine ilişkin olan ve idarî gözetim kararından sonra alınması gereken kararı hangi idarî makam, hangi idarî mercii ya da hangi görevli

18 Geçici Koruma Yönetmeliği m.17/3 (RG Sayı: 29153, Tarih: 22.10.2014).

verecektir? 7196 sayılı Kanunla getirilen hükümde bu soru cevaplandırılmamıştır. İdari gözetim kararında ya da sınır dışı etme kararında idarî makam olarak valiliğin özel olarak yetkili kılınması gibi bir yetkilendirme söz konusu değildir. Hükümün suskun kaldığı bu hususta, idarî teşkilat içerisinde cihaz incelemesi kararı vermeye kimin yetkili olduğunu bulmak, mevzuattaki diğer hükümlerin kullanılması ile mümkün müdür? Bu sorunun cevabını sağlayabilecek hükümleri aramadan önce, başka bir sorunun cevabını vermek gerekir. İdarî gözetim kararı almaya yetkili olan valilik, aynı zamanda cihaz incelemesi yapılması kararını almaya da yetkili midir? Sınır dışı etme ve idarî gözetim, hatta güncel mevzuata göre idarî gözetime alternatif yükümlülükler getirme, Türk yabancılar hukukunda, bazı yabancı hukuk düzenlerinde olduğunun aksine yargısal bir kararla, ya da yargısal ve idarî kararın bir arada olduğu bir karma usulle değil, yalnızca idarî bir kararın varlığıyla gerçekleşebilen işlemlerdir. Tüm bu işlemler, yürütme erkinin görev alanına girmekte, belirli bir kişi üzerinde, özel bir duruma ilişkin sonuç doğurdukları için de bireysel ya da diğer adıyla birel idarî işlemler olarak gerçekleşmektedirler (Karahanoğulları, 2018: 167, Gözler, 2003: 561, Atay, 2018: 459). YUKK bu saydığımız idarî işlemlerin icrası için karar verme yetkisini herhangi bir idarî makam ya da görevliye bırakmayı tercih etmemiş, il seviyesinde hiyerarşik olarak daha yüksek seviyedeki bir idarî makam olan, valiliği yetkili idarî makam olarak tayin etmiştir¹⁹. Karar mercii bakımından yapılan bu bilinçli tercihin, cihaz incelemesi için yapılmadığı, kanun koyucunun verdiğimiz örneklerde olduğu gibi valiliği özel olarak yetkilendirmediği açıktır. Buna rağmen, yorum yoluyla bu yetkinin de valilikte olduğu iddia edilebilir mi? İdarî gözetim kararı için sağlanan bürokratik güvencenin, aynen cihaz incelemesinde de sağlanması açısından bu yorum yerinde olurdu. Ama idare hukuku kuralları açısından bakıldığında buna olumlu cevap vermek maalesef mümkün değildir, zira yorum yoluyla yetki yaratılmayacağı gibi (Karahanoğulları, 2018: 350) mevcut yetki kurallarının dar yorumlanması gerekir (Gözler, 2003: 637) ve bunlar yorum yoluyla genişletilemezler (Atay, 2018: 474). Valilik makamı, yalnızca idari gözetim kararı alma konusunda yetkilidir (YUKK m. 57/1) ve cihaz incelemesi yapıp yapılmayacağı konusunda karar verme yetkisi yoktur.

7196 sayılı Kanun ile getirilen hüküm içerisinde kişi yönünden yetkiye ilişkin özel bir kuralın olmadığını ve idarî gözetim kararı alma yetkisine sahip olan valiliğin de böyle bir yetkiye sahip olmadığını söyledikten sonra yapılması gereken mevzuattaki başka bir hüküm gereği yetkili olabilecek makam ya da

19 YUKK öncesi dönemde, sınır dışı etme kararı alma yetkisi, kural olarak daha da yüksek bir idarî makam olan İçişleri Bakanlığı'na verilmişti ve yeni düzenlemenin karar alma yetkisini hiyerarşik olarak daha aşağıda yer alan bir makama vermesi de eleştiri konusu olmuştur (Dardağan Kibar, 2014: 194).

kişiyi bulmaktır. Bu yönde dikkate alınması gereken düzenleme 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yer almaktadır. Türk idarî teşkilatında göç yönetimi konusunda, İçişleri Bakanlığı'na bağlı olarak faaliyette bulunan kurum Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'dür. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin temel kurallar 4 sayılı CBK ile düzenlenmiştir²⁰. 4 sayılı CBK m. 159/1-b gereğince, "göçle ilgili iş ve işlemleri yürütmek", Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkileri arasındadır. CBK'nın bu hükmü, idare hukuku anlamında konu açısından yetkinin tayin edilmesidir (Karahanoğulları, 2018: 352, Gözler, 2003: 684, Atay, 2018: 475) ve cihaz incelemesi yapma kararı yetkisinin kimde ya hangi makamda olduğunun tespit edilmesinde ilk aşamada dikkate alınmalıdır. CBK hükmünü dikkate alarak vardığımız ilk sonuç, cihaz incelemesi yapma kararı alma yetkisinin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne ait olduğudur. Bununla birlikte, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ilgili tüm bir teşkilatı ifade ettiğinden, ayrıca bu teşkilat içerisinde kararı alma yetkisinin kime ya da hangi makama ait olduğu sorusu ile karşılaşacağız ki bu da ikinci aşamanın konusudur.

Sınır dışı etmek üzere idarî gözetim altına alınan yabancı, kanun gereğince geri gönderme merkezine götürülür (YUKK m. 57/2). Aynı hüküm ile geri gönderme merkezine götürme görevinin, 48 saat içerisinde yapılmak kaydıyla kolluk kuvvetlerince yapılacağı belirtilmiştir. Yalnızca geri gönderme merkezine götürmek üzere görevlendirilmiş olan ve emre bağlı olarak bu görevi yerine getiren kolluk görevlilerinin, cihaz incelemesi yapılması kararı alma yetkisinin ne kişi bakımından ne de konu bakımından olamayacağı açıktır. Konumuz açısından tespit edilmesi gereken, idarî gözetim altına alınmış ve geri gönderme merkezinde bulunan yabancıların cihazlarının incelenmesine karar verme yetkisidir. Bu noktada, taşra teşkilatına ilişkin ikincil mevzuat niteliğindeki yönetmeliği²¹ dikkate almak gerekir. Yönetmeliğe göre, illerde taşra teşkilatı olarak kurulan Göç İdaresi İl Müdürlüğü'nün görevleri arasında, "düzenli ve düzensiz göçle ilgili iş ve işlemleri yürütmek" (m. 5/1-a) ve "geri gönderme merkezlerindeki sınır dışı edilecek yabancılarla ilgili iş ve işlemleri yürütmek" (m. 5/1-ö) de yer almaktadır. Şu halde, sınır dışı etmek üzere idarî gözetim altına alınmış olan, bu nedenle geri gönderme merkezinde tutulan yabancıların cihazlarının incelenip incelenmeyeceği konusunda, yetkili olarak görünen idarî makam da Göç İdaresi İl Müdürlüğü'dür. Özetle, 7196 sayılı Kanun ile getirilen hükümde özel olarak düzenlenmemiş olan karar verme yetkisinin, 4 sayılı CBK

20 Bu konular aslında ilk olarak YUKK'un beşinci kısmında düzenlenmişti, fakat burada yer alan hükümler, 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı OHAL KHK'sı ile yürürlükten kaldırılmıştır. Oluşan düzenleme eksikliği, 15.07.2018 tarihli CBK ile giderilmiştir.

21 Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği, RG Sayı: 28821, Tarih: 14.11.2013.

ve ilgili yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi yoluyla, Göç İdaresi İl Müdürlüğü'ne ait olması gerektiği sonucuna varıyoruz.

Bu başlık altında ele alınan konuyu incelerken, henüz başlarda, söz konusu olan yetkinin, bir takdirî yetki olduğunun altını çizmiştik. Bu takdirî yetkinin kullanılmasında, yani cihaz incelemesi yapılıp yapılmayacağına karar verirken, dikkat edilmesi gereken hususlardan da burada kısaca bahsetmek yerinde olur. İdarenin sahip olduğu takdirî yetkilerin, hiçbir şarta tabî olmayan sınırsız yetkiler gibi algılanmasının, hukuk devleti, idarenin kanuniliği, idarî işlemlerin yargısal denetime tâbi olması gibi ilkelere aykırı olduğu açıktır. Takdirî yetkinin söz konusu olduğu durumlarda da idare hukuku öğretisi ve yargı kararları tarafından kabul görmüş, kamu yararı, hizmet gereklilikleri gibi genel nitelikli sınırlandırmalar vardır (Karahanoğulları, 2018: 563, Atay, 2018: 531). Bu tür genel izahâtın, özel olarak cihaz incelemesi kararı alma yetkisi bakımından geçerli olduğunda şüphe yoktur. Bununla beraber, özel olarak hükmün içeriğinden çıkartılabilecek bir sınırlama ya da şart var mıdır, buna da bakmak gerekir.

Hükmün karar verme yetkisi bakımından, dolaylı olarak getirdiği tek sınırlama, yukarıda da zikrettiğimiz, yapılacak idarî işlemin neden unsurunu da gösteren, yabancının vatandaşlığının tayin edilememesidir. Buna göre, hükmün ve yöntemin kullanılma amacı vatandaşlığın tayin edilmesi olduğuna göre, idarenin cihaz incelemesi kararını alma yönünde bir irade ortaya koyabilmesi için yabancının vatandaşlığının bu yola başvurmadan tayin edilemiyor olması gerekir. Şunu da ifade etmek gerekir ki, hüküm daha sınırlayıcı olabilecek, “başka yollarla elde edilememesi” ya da “zorunlu olması” gibi ibareleri kullanmaktan kaçınmıştır. Benzer yöntemleri içerdiği daha önce ifade edilen, CMK m.134 “başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması” (Yenisey/Nuhoğlu, 2019: 426, Aydın, 2014: 108), Alman İkamet Kanunu m. 48/3a ise “zorunlu olması” ve “amacın daha yumuşak araçlarla sağlanamaması” gibi ek sınırlandırmalar getirmiştir. Kanun koyucunun, güvence oluşturabilecek ve idareyi önce başka yolları kullanmaya teşvik edebilecek bu tür ibarelere yer vermemesi, bir eksiklik olarak eleştirilebilir. Fakat hükmün mevcut haliyle, maalesef idarenin tüm yolları denemiş olması ve bu yönteme başvurusunun gerçekten zorunlu olması gibi sınırlamaların varlığını ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Öte yandan, yönteme başvurup başvurmama konusunda, yabancının somut ve kişisel durumunun dikkate alınmasını gerektiren bir düzenleme de tercih edilmemiştir. Bu anlamda, yabancının “iyi niyetli” ya da “kötü niyetli” olup olmamasının, kusurunun ya da ihmalinin olup olmamasının ve elbette hakkındaki sınır dışı etme ve idarî gözetim kararlarının gerekçesinin de idarenin cihaz inceleme kararı alıp almaması üzerinde herhangi bir etkisi olamaz.

5. Hükümün Öngördüğü Yöntemin İcrası

Sınır dışı edilmek üzere idarî gözetim altına alınmış yabancıların, elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesine karar verilmesi ile bu yöntemin fiilen icra edilmesi arasında bir ayırım olduğunu izah etmiştik. Birincisi bir irade açıklaması olarak alınması gereken idarî kararı işaret ederken, ikincisi idarenin görevlileri tarafından eylemsel olarak bu kararın yerine getirilmesidir. Cihaz incelemesi kararının, idarenin hangi görevlileri tarafından ve nasıl yerine getirileceğinin tespiti, yöntemin icrasına ilişkin meselelerdir. 7196 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme içerisinde, bu meselelere ilişkin kurallar bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu hususlarda özel kurallar koyma ihtiyacı duymamıştır. Birazdan izah edileceği gibi kanun koyucunun bu hususlarda suskun kalması, bazı açılardan eksiklik olarak nitelendirilebilecek sonuçlar ve belirsizlikler yaratmaya müsaittir.

Yöntemin icrası bakımından ele alınması gereken ilk mesele, yöntemin hangi eylemleri içerdiği ya da hangi eylemlerin yapılabilmesine cevaz verdiği meselesidir. Yöntem, elektronik ve iletişim cihazlarının “incelenmesi” biçiminde ifade edilmiştir, “inceleme” eylemi ne anlama gelmektedir ve hangi eylemleri gerektirir? İnceleme eylemini, içeriği bakımından somutlaştırırken akılda tutulması gereken bazı bilgiler hükümün içeriğinde mevcuttur. Birincisi yapılacak incelemenin konusu olan eşyadır. Elektronik ve iletişim cihazları olarak ifade edilen cihazların özellikleri, yapılacak eylemin gerekliliklerini ve dolayısıyla içeriğini tayin eder. İkincisi, yapılacak olan incelemenin amacıdır. İncelemenin amacı, cihaz içerisinde mevcut olduğu varsayılan, yabancıların vatandaşlığını tespiti elverişli bilginin bulunmasıdır. Bu amaç da yöntemin icrası esnasında yapılacak eylemlerin içeriğini tayin etme kapasitesine sahiptir.

Yöntemin uygulanma amacı, yabancıların vatandaşlığının tespit edilmesi olduğuna göre, bir defa yöntemin kendisi başka bir amaç için kullanılamaz. Burada söz konusu olan, CMK m.134’teki düzenlemede olduğu gibi, ceza yargılamasının bir parçası olarak, suçun soruşturulması kapsamında delillerin bulunmaya çalışılması değildir. Yabancıların cihazlarının incelenmesi, böyle bir amaç için yapılacaksa, bunun YUKK m.57/8’e göre değil, CMK m.134’e göre gerçekleştirilmesi, oradaki usulün ve şartların yerine getirilmesi gerekir. Aksi yönde bir uygulama, idarenin yapacağı işlemi yetki saptırması nedeniyle sakat hale getireceği gibi (Karahanogulları, 2018: 505, Gözler, 2003: 852), ceza yargılaması bakımından da elde edilen deliller, özel arama biçiminin koşullarına uyulmadığı için hukuka aykırı elde edilmiş sayılır ve kullanılamaz (Aydın, 2014: 108). YUKK m.57/8 ile düzenlenen yöntemin yabancıyı bir şey yapmaya zorlama ya da cezalandırma gibi amaçlarla da kullanılamayacağı açıktır. Bu tür eylemlerin yerine göre kötü muamele yasağına aykırılık oluşturabilmesi bir yana, idareye verilen yetkinin amacı dışında kullanılmasının her hâlükârda bir yetki saptırması olacağını, bu nedenle yöntemin icrasında bunun dikkate alınmasına

özen gösterilmesi gerektiğini hatırlatmak isteriz. Yöntemin uygulanma amacının, aynı zamanda yöntemin uygulanacağı kişi ve yöntemin uygulanacağı eşya bakımından önemi vardır ve değerlendirme yapılırken bunların bir arada dikkate alınması icap eder. Amaç idarî gözetim altına alınmış yabancı vatandaşı tespit etmek olduğuna göre, bu yöntem o yabancıya karşı, başka bir yabancı (örneğin eşinin, çocuğunun, beraberinde yakalanan kişinin, vb.) vatandaşlığı tespit etmek için kullanılamaz. Kezâ, amaç belli bir yabancı cihazının, o yabancı vatandaşlığı tespit etmek üzere incelenmesi olduğuna göre, bu yöntem ile başkasının cihazları incelenemez.

Yöntemin uygulanma amacı, idare tarafından yapılacak incelemede hangi bilgilerin aranacağını ve kullanılacağını da belirler. Yabancı vatandaşlığı tespit amacına hizmet etmeyen, bu amaca ulaşmak için elverişli olmayan, bu amaç ile ilgisi olmayan bilgiler aranmaz ve kullanılamaz. Burada söz konusu olan elverişlilik hem teknik anlamda elverişlilik hem de içerik anlamında elverişliliktir. Teknik anlamda cihazın kendisinin buna elverişli olmamasının, cihazı hükmün uygulanma alanı dışında tutacağını daha önce ifade etmiştik. Şimdi bahsettiğimiz teknik elverişlilik, cihazın içinde kullanılan program, uygulama ve depolama birimlerinin, bunların sahip olduğu veri kaydetme kapasitesinin, veri kaydetme amaçlarının ve kaydettikleri verilerin niteliklerinin elverişli olmasıdır. Bu anlamda yöntemin icrası esnasında sorgulanması gereken, örneğin bir fotoğraf albümü programı ya da uygulamasının, bir anlık yazışma uygulamasının, bir konum servisinin, bir ajanda uygulamasının, bir internet arama geçmişinin, bir belge oluşturma programının teknik açıdan elverişli olmasıdır. İçerik açısından elverişlilik dediğimizde, her ne şekilde olursa olsun, cihazın kaydettiği ya da cihaza kaydı yapılmış bilginin içerik olarak vatandaşlığa ilişkin bilgi vermeye elverişli olmasını kastediyoruz. Burada sorgulanması gereken, fotoğraf albümü uygulamasının içindeki görüntü kaydının, anlık yazışma uygulaması içindeki yazışma kaydının, belge oluşturma programı içindeki yazı dosyasının, konum servisleri aracılığıyla kaydedilmiş konum bilgilerinin elverişli olmasıdır. Hükmün amacının gerçekleştirilmesine elverişli olduğu için incelenebilecek kayıtları ve bilgileri tek tek sayma metoduyla listelemek mümkün olmadığı gibi, bunun aynı yöntemle hüküm altına alınması da imkânsızdır. Yöntemi uygulayacak olan idarenin, inceleme yaparken yöntemin uygulanma amacına göre hareket etmeye özen göstermesi ve tercihlerini buna uygun biçimde yapması gerekir. Günümüz teknolojiyle, küçücük bir akıllı cep telefonunun içerisinde, bir kişiye hatta başka kişilere dair neredeyse her türlü bilgiye, uygulamalar izin verdiği ölçüde e-posta, sosyal medya ve banka hesaplarına, bu arada özel hayat ve aile hayatı dâhilindeki

bilgilere²², hatta meslekî ve ticarî bilgilere veya sırlara dâhi ulaşmak mümkün olmaktadır. Bu nedenle, yöntemin icrasında kişiler aleyhine riskler çok sayıda ve çeşitte olup, idarenin de burada göstermesi gereken hassasiyet oranında sorumluluğu artmış bulunmaktadır.

İdarenin yöntemin amacına uygun hareket edeceğini ve incelemenin icrasında yalnız vatandaşlığın tayinine elverişli bilgileri arayacağını varsaymakla beraber, kanun koyucu bir hususta ek güvence getirme gereği duymuştur. Bu güvence hükmün ikinci cümlesinde bulunup, inceleme sonucunda elde edilen verilerin başka amaçla kullanılamayacağını emretmektedir. Görüldüğü üzere, incelemeye başlarken ve inceleme icra edilirken sınırları çizen vatandaşlığın tayinine ilişkin bilgi elde etme amacı, ayrıca kanun koyucu tarafından açıkça düzenlendiği üzere, inceleme yapıldıktan sonra da idareyi sınırlandırmaktadır. Her nasıl ve herhangi kaynaktan elde edilmiş olursa olsun ve her neye ilişkin olursa olsun, amaca uygun olarak elde edilmiş bilgiler ve olur da yine de gerçekleşirse, yöntemin amacının dışında kalan bilgiler, hiçbir şekilde başka bir amaçla kullanılamaz. Bu konuda gerçekleşmesi olası ve tartışmalı olan olgu, inceleme yapılırken tesadüfen herhangi bir suça ilişkin, örneğin uygulamada sıklıkla karşılaşılabileceğine inandığımız, göçmen kaçakçılığı ya da insan ticaretine ilişkin, delil niteliğinde olabilecek bulgulara rastlanmasıdır. Hatırlanacağı üzere, YUKK m. 57/8 ceza yargılamasındaki suç soruşturması kapsamında gerçekleştirilen bir koruma tedbiri niteliğinde değildir. Eğer böyle olsaydı, ceza yargılaması hukukunda ve ilgili mevzuatta yer alan kurallara göre konuyu cevaplandırmak yeterli olabilirdi (Aydın, 2014: 141, Özbek vd., 2019: 354) Burada söz konusu olan yabancılar hukukuna ait bir idarî işlem sırasında elde edilen bulgunun kullanılmasıdır. Kanun hükmü de bu konuda herhangi bir istisnaya yer vermediğine göre, bu arada elde edilen bulguların delil amacıyla kullanılması da mümkün değildir. Böyle bir durumla karşılaşan idarenin yapması gereken, kanımızca derhal ihbarda bulunması ve Cumhuriyet Savcısı tarafından, ceza yargılaması dâhilinde, CMK m. 134 ile düzenlenen prosedürün başlatılmasına olanak tanınmasıdır.

İnceleme eyleminin anlamı ve içeriği bakımından temas edilmesi gereken bir başka mesele, cihazların içeriğine erişim meselesidir. Elektronik ve iletişim

22 Özel hayatın gizliliğini korumak adına, Alman İkamet Kanunu'nun benzer yöntemi düzenleyen 48. maddesindeki ek güvenceler dikkate değerdir. Bunlardan ilki henüz inceleme başlamadan devreye girer. Buna göre, veri taşıyıcı incelenmesinin, yalnızca “özel hayatın çekirdek alanına” ilişkin bulgular sağlayacağını düşündürecek bir gerekçe mevcutsa, veri taşıyıcı incelemesi yapılamaz. İkinci güvence ise, veri taşıyıcının incelemesinin gerçekleştirilmesi esnasında ve sonrasında devreye girmektedir. Buna göre ise, veri taşıyıcı incelemesi esnasında “özel hayatın çekirdek alanına” ilişkin bulgulara rastlanırsa, bu bulgular kullanılamaz, bunlara ilişkin kayıtlar derhal silinir ve idare tarafından bu husus yazılı kayıt altına alınır.

cihazlarına erişim, sıklıkla kullanıcılar tarafından bilinebilen bir şifrenin girilmesi ya da bazen parmak izi okutma veya retina taratma gibi yalnızca kullanıcılar tarafından yapılabilecek bazı eylemlerin gerçekleşmesi ile mümkün olmaktadır. Bu gibi olasılıklarda kullanıcının da yardımcı olmaması ihtimali çok kuvvetlidir. Elbette idarenin başka yöntemlerle kullanıcıya gerekli şifreyi zorla söyletmesi ya da fizikî müdahale niteliği taşıyacak zorla gözünü ya da parmağını cihaz üzerine getirme yetkisi yoktur, bunun aksine davranışlar cezaî sorumluluk ve tazminat sorumluluğu doğurabilir. O halde, cihaz incelemesinin gerçekleştirilmesinden evvel öncelikle erişimi sağlayacak bilginin teknolojik yollarla elde edilmesi ya da bunu engelleyen kilidin aynı yöntemlerle ortadan kaldırılması gerekecektir. Böyle yapılması halinde de cihazın belirli bir süre alıkonulması, çok yüksek ihtimalle başka bir yere gönderilmesi gerekecektir. Hükmün sadece “inceleme” demekle yetinmesi ve gerçekleşmesi çok yüksek olan bu ihtimali hiç dikkate almaması bir eksiklik olarak görünmektedir. Başka hususlar bakımından da örnek gösterdiğimiz, CMK m. 134’ün ikinci fıkrası ve Alman İkamet Kanunu’nun 48a maddesi, bu meseleye ilişkin açık hükümlere yer vermiştir. YUKK m.57/8’in bu hususta açık bir düzenleme yapmaması kanımızca, söz konusu eylemlerin gerçekleştirilmesini, bu eylemlerin de cihaz incelemesinin bir parçası olması dolayısıyla engellemez ama kanunî güvence eksikliği yaratır. Kaldı ki, söz konusu olan geri gönderme merkezinde kalan bir yabancı olduğu için, yabancıların kişisel eşyaları, idarî gözetim boyunca merkezde bulunan emanet dolabında saklanmaktadır. İçeriğine erişim amacıyla cihazın emanet dolabından alınması durumunda, işlemlerin mümkün olabilecek en hızlı biçimde gerçekleştirilmesi kötüye kullanmanın ve mülkiyet hakkının ihlal edilmesi derecesine varacak bir elkoymanın gerçekleşmesini engellemek açısından önemlidir.

Hükmün öngördüğü yöntemin icrasının idarenin hangi görevlileri tarafından yapılacağı sorusuna geldiğimizde ise önceki başlıkta, yani karar verme yetkisinde ileri sürdüğümüz görüşleri tekrarlamak istiyoruz. YUKK m. 57/8 burada özel olarak bir yetkilendirme yapmamıştır²³. Buna göre, genel olarak konu bakımından yetkili olan teşkilat, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’dür. Bu yöntem geri gönderme merkezlerinde icra edileceğine göre, bunun icrası da Göç

23 Alman İkamet Kanunu’nun bu hususta yaptığı tercihi de burada okuyucunun dikkatine sunmak istiyoruz. Alman İkamet Kanunu’nun 48. maddesinin 3a fıkrasına göre, veri taşıyıcısı incelemesi yalnızca “yargıçlık görevi yapmaya ehil” memurlar tarafından yerine getirilebilir. Alman Yargıçlar Kanunu’nun (alm. *Deutsches Richtergesetz*) 5. maddesine göre, yargıçlık görevi yapmaya ehil kişi, Alman hukuk mesleği eğitimi sistemindeki 2. devlet sınavından başarılı olmuş kişidir. Kanunun Almanca metni için bkz. Alman Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, 2020c. Kullandığımız İngilizce çevirisi için bkz. Alman Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, 2020d.

İdaresi İl Müdürlüğü görevlileri tarafından gerçekleştirilecektir. Adli ve önleme aramalarındaki gibi (AÖAY m. 2) kolluğun yetkisi yoktur ama gerekli görülen hallerde Göç İdaresi İl Müdürlüğü kolluktan yardım isteyebilir. Pratikte, geri gönderme merkezinin emanet dolabında bulunan bir cihazın incelenmesi söz konusu olacağından, kolluktan zor kullanma anlamında bir yardımın istenmesi olası görünmemektedir. Kolluktan istenebilecek yardım daha ziyade teknik destek olabilir. Göç yönetimi merkez ve taşra teşkilatı için, veri toplama ve veri analizi yeni bir görev olmamakla beraber, elektronik ve iletişim cihazı incelemesi yepyeni bir görevdir. Göç yönetimi teşkilatı kendi uzman personelini yetiştirene ve teknik donanımını geliştirene kadar, CMK 134 uygulaması dolayısıyla zaten bu konuda uzmanlaşmış personele, teknik donanıma ve tecrübeye sahip görevlilerin kullanılması sadece uygun bir çözüm değil, kanımızca bir zorunluluktur da. Elektronik ve iletişim cihazlarının incelenmesi, özellikle akıllı cep telefonu ve bilgisayar niteliğindeki cihazların incelenmesi, mutlaka uzman personel tarafından doğru araçlarla gerçekleştirilmelidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu cihazların içinde yer alan veriler, her kim olursa olsun bir kişinin hayatında çok önemli yer tutan verilerdir. Cihazların kendisi de sağladıkları olanaklar ve günlük hayattaki sürekli kullanımları nedeniyle önemlidir. Yapılacak incelemenin her aşamasında, idare tarafından özen gösterilmesi katî olarak gereken bir husus, gerek cihazın kendisine gerekse cihazın içindeki kayıtlara zarar vermemektir. Üstelik bunu engellemek ve inceleme öncesi ile inceleme sonrası arasında fark olup olmadığının denetlenebilmesi sağlamak için, inceleme öncesinde cihazdaki tüm verinin yedeklenmesi uygun bir yöntemdir. Dolayısıyla sadece doğru bilginin, hızlı bir biçimde bulunması için değil, cihaza ve içindekilere zarar vermemek için de her hâlükârda uzman personelin ve doğru araçların kullanılması gereklidir.

6. Hükümün Anayasaya Uygunluk Açısından Değerlendirilmesi

Türk hukuk düzeninde, yazılı yürürlük kaynakları arasında bir normlar hiyerarşisi mevcuttur ve bunun bir sonucu olarak kanunlar anayasaya uygun olmak zorundadırlar (AY m. 11/2). Kanunların anayasa uygun olması zorunluluğu, anayasanın öngördüğü kanun çıkarma usulüne ve buna ilişkin yetki kurallarına uygunluğa tekabül eden şekil bakımından uygunluğu (Özbudun, 2014: 431, Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012: 526) kapsadığı gibi, kanun ile getirilmiş olan hükümlerin, anayasanın öngördüğü hükümlere içerik bakımından uygunluğuna tekabül eden esas bakımından uygunluğu da kapsar (Özbudun, 2014: 427, Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012: 529). Bu nedenle, hangi konuda olursa olsun, kanun ile getirilen bir hükümün, çeşitli açılardan anayasaya uygunluğu test edilip değerlendirilebilir. Bu durum 7196 sayılı Kanun ile getirilen, YUKK m.

57/8 hükmü için de geçerlidir. Hükmün anayasaya uygun olup olmadığı meselesi ele alınırken, yapılabilecek çeşitli değerlendirmeler arasında, en acil ve faydalı değerlendirmenin, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ve sınırlandırılmasına ilişkin hükümler özelinde yapılacak değerlendirme olduğuna inanıyoruz. Çünkü getirilen hüküm özü itibarıyla, cihaz incelemesi yönteminin, idare tarafından zorla yerine getirilmesi ile yabancıların temel hak ve hürriyetlerine bir müdahale, bir sınırlandırma getirilmesi halini yansıtmaktadır. Az sonra görüleceği üzere, söz konusu olan temel hak, 1982 Anayasası'na göre müdahale edilemeyecek, sınırlandırılmayacak yani mutlak bir hak (Kapani, 1993: 228) değildir, aynı şekilde AY m.15 ile korunan “sert çekirdekli haklar” (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012: 156, Gören, 2011: 410) arasında da yer almaz. Bununla beraber yapılacak sınırlamanın ve müdahalenin, Anayasanın getirdiği kurallara göre yapılabileceği de bir gerçektir. Anayasa temel hakların ve hürriyetlerin varlığını teminat altına almış, yasama tarafından da uyulması zorunlu olan, katı anayasa tercihinin de olumlu bir sonucu (Kapani, 1993: 284, Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012: 128) olarak, kolaylıkla değiştirilemeyecek temel kurallara bağlamıştır. Bir hak veya hürriyetin anayasada yer almasının temel işlevi bu olmakla beraber, anayasa aynı zamanda bu hakların sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağını, sınırlandırılacaksa da hangi şartlarla sınırlandırılabilceğini, hem yasama hem yürütme için göstermektedir. 7196 sayılı Kanun ile getirilen hüküm, bu çerçeve içerisinde de ele almadan konuyu kapatmak mümkün görünmemektedir.

Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin olağan dönemde sınırlandırılmasına ilişkin temel hüküm olan 13. maddesinde, sınırlamanın nasıl yapılması gerektiğine, yani “sınırlamanın sınırına” (Özbudun, 2014: 115, Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012: 147, Gören, 2011: 397) dair kurallar vardır ve çalışma konumuz olan hüküm öncelikle bu maddeye uygunluk bakımından değerlendirmek gerekir. Anayasanın 13. maddesine göre, yine anayasa ile teminat altına alınmış olan temel hak ve hürriyetler, iki ayrı cümlede düzenlenmiş, kabaca altı başlık altında toplanabilecek şartlara uygun olarak sınırlandırılabilir (Özbudun, 2014: 115 vd., Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012: 147 vd, Gören, 2011: 397vd.). 7196 sayılı Kanun ile getirilen hüküm bu şartların her biri açısından tek tek ele almayı, çalışmamızın kapsamı ve amacına uygun görmediğimizden burada yapmayacağız. Konumuz açısından gerçekten etkili olan ve ele alınmasının faydalı olduğuna inandığımız iki şart üzerinden çalışmamıza devam edeceğiz. Birincisi, daha önce hükmün uygulanma alanını tespiti çalışırken de değindiğimiz kanunilik ilkesidir ki bunun gereği herhangi bir temel hak veya hürriyetin, “ancak” kanunla sınırlandırılmasıdır. Benzer bir şarta yer veren AİHS'in, AİHM kararlarıyla temellendirilmiş yorumundan farklı olarak (İnceoğlu, 2013: 29, Doğru ve Nalbant, 2013: 11), burada söz konusu olan, Türk hukukunda yalnızca yasama organı tarafından çıkarılabilecek, biçimsel ve dar anlamda kanundur (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012, 148, Karahanoğulları,

2018: 128). Türk anayasa hukuku bakımından, getirilen yeni düzenlemenin kanunilik şartını yerine getirdiği, hatta daha önce zikrettiğimiz üzere düzenlemenin yapılmasındaki asıl nedenin konuyu kanun ile düzenleyerek, idareye kanunî dayanak kazandırmak olduğu açıktır. YUKK m. 57/8 hükmünün içerdiği belirsizlikler ve güvence eksiklikleri nedeniyle, AİHM içtihadına göre “hukukilik” şartını yerine getirip getirmediği (İnceoğlu, 2013: 30-31, Doğru ve Nalbant, 2013: 13, Üzeltürk, 2004: 236., Arslan Öncü, 2011: 368), bu açıdan özellikle “maddî anlamda” kanun niteliğini taşıyıp taşımadığı ayrıca tartışılabilir. Yine Türk anayasa hukuku bakımından düşünmeye devam edersek, burada mevzubahis olan “kanunilik” şartının aslî işlevi sınırlamanın yapılacağı biçimsel kaynağı göstermek, talî işlevi de yürürlükteki düzenlemelerin yorumlanması ve uygulanmasında sınırları çizmektir. Bu anlamda YUKK m.57/8 ile açıkça verilmemiş bir yetkinin idare tarafından kullanılmasının ya da kanun ile getirilmiş hükümün uygulanma alanının idarî işlem ile genişletilmesinin kanunilik ilkesine aykırı olacağını, daha önce çeşitli vesilelerle dile getirmiştik.

Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen, “sınırlamanın sınırları” arasında, konumuz açısından özellikle önemli olduğuna inandığımız diğer şart, “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” biçiminde ifade edilen ve ilgili temel hak ve hürriyete dair özel kurallara yollama yapan şarttır. Bu şart gereğince, sınırlama söz konusu olduğunda, genel nitelikli bir hüküm olan 13. maddenin tek başına kullanılması yeterli olmayıp, hangi temel hak söz konusu ise, onunla ilgili özel sınırlama nedenlerinin de dikkate alınması gerekir. (Sağlam, 1982: 98, Özbudun, 2014: 116, Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012: 141) 7196 sayılı Kanun ile getirilen yöntemin, anayasa ile teminat altına alınan farklı temel haklar veya hürriyetlerle ilişkisi kurulabilir. Örneğin, yöntem yabancıya ait bir eşyaya, inceleme amacıyla müdahale etmesi hasebiyle Anayasanın 35. maddesi ile korunan mülkiyet hakkı ile ilgili olarak değerlendirilebilir. Ya da yabancıların iletişim cihazının inceleme nedeniyle kullandırılmaması, Anayasanın 22. maddesi ile korunan haberleşme hürriyeti bakımından da bir değerlendirmeyi gerektirebilir. Bu ve benzeri ilişkilerin her biri incelenmeye değer olmakla beraber, doğrudan ilgili olduğuna inandığımız ve hükümün akıbeti bakımından somut sonuçları olabileceğini düşündüğümüz özel hayatın gizliliği hakkı özelinde bir değerlendirme yapmaya ihtiyaç duyuyoruz.

Özel hayatın gizliliği hakkı, Anayasanın 20. maddesi ile korunan, sınırlanmasının şartları, özel nedenler ve ek güvencelerle desteklenir bir biçimde sayılan bir haktır. Özel hayatın gizliliği hakkının kapsamına nelerin girdiğini tam olarak listelemek, özel hayatın tanımını yapmak, özel hayat alanının sınırlarını çizmek zor bir uğraş olduğu gibi, yasal düzenlemeler, yargı kararları ve öğretici tarafından da tercih edilmeyen bir yöntemdir (Üzeltürk, 2004: 63, Arslan Öncü, 2011: 39, Polater, 2010: 6, Doğru ve Nalbant, 2013: 2). Konumuz açısından bakarsak, cihaz incelemesi yoluyla yapılacak müdahalenin, özel hayatın

gizliliğine bir müdahale olduğu ve Anayasanın 20. maddesinin uygulanma alanı içinde olduğu iki gerekçeden dolayı açıktır. Birincisi, incelenecek olan cihazın içerisinde yer alabilecek bilgiler ve görüntü kayıtlarıdır. Daha önce yöntemin konusu olan eşya hakkında yapılan açıklamalarda bu hususa değinmiştik. Bu cihazlarda, yabancıların ancak kendi isteği varsa görülmesini veya bilinmesini istediği özel yaşam alanına ilişkin bilgiler (Polater, 2011: 19), hatta başkaları tarafından görülmesini veya bilinmesini istemeyebileceği ya da sadece güvendiği kişiler bakımından bunu uygun görebileceği gizli yaşam alanına ilişkin bilgiler (Polater, 2011: 24) yer alabilmektedir. Bu bilgilere ve görüntülere, kişinin iradesi hilâfına erişmenin, özel hayatın gizliliğine müdahale olduğunda herhâlde şüphe olmasa gerek. İkinci gerekçemiz ise, Anayasanın 20. maddesinin ikinci fıkrasının içerisinde açıkça sayılan müdahale biçimidir. Bu fıkra hükmü ile getirilen güvencelere uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi emredilen müdahaleler arasında, kişinin “eşyasının aranması” da yer almaktadır. YUKK m. 57/8, “arama” terimini kullanmamaktadır ve yine izâh edildiği üzere, burada söz konusu olan ceza yargılaması anlamında bir koruma tedbiri olan arama ya da kolluk tarafından yerine getirilecek önleme araması da değildir. Fakat anayasanın kullandığı “eşya araması” terimi, normlar hiyerarşisine göre anayasadan daha aşağıda yer alan kanunların kullandığı, kendi uygulanma alanlarına özgü terimlerle yorumlanamaz. Yöntem ile gerçekleştirilecek olan eylemin niteliğine, kanun koyucunun tercih ettiği sözcüklerden bağımsız olarak bakarsak, bunun bir tür eşya araması olduğunu görürüz. Netice itibarıyla, eşya niteliğinde olan “elektronik ve iletişim cihazı”, içerisindeki bilgilere erişilmesi amacıyla incelenmekte, bunun gerçekleşebilmesi için fiilen aranmaktadır. Öyleyse, bu gerekçeyle de 7196 sayılı Kanun ile getirilen hükmün ve bunun öngördüğü yöntemin, Anayasanın 20. maddesinin uygulanma alanı içinde olduğu söylenebilir. Şu halde, YUKK m. 57/8 hükmünü, bir de Anayasanın 20. maddesinde düzenlenmiş olan kuralların ışığında değerlendirmek gerekir.

Bu değerlendirmeye girmeden önce, ileri sürülebilecek bir iddiaya da önceden cevap vermek ihtiyacı duyuyoruz. Anayasanın 20. maddesi, hakkın öznesini tayin ederken “herkes” sözcüğünü tercih etmiştir. Bir hak veya hürriyet düzenlenirken, “herkes” ya da “hiç kimse” gibi, vatandaşlık ayrımı gözetmeyen bir ifade biçimi tercih edilmişse, yabancı ya da vatandaş fark etmeksizin bu hak veya hürriyet herkes için teminat altına alınmış olmaktadır (Aybay ve Dardağan Kibar, 2010: 74, Çelikel, 1983: 65, Öztürk, 2015: 357). Bunun aksine, örneğin “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma” hakkını düzenleyen 67. maddede olduğu gibi, bir hak veya hürriyet düzenlenirken, “vatandaşlar”, “her Türk” ya da “hiçbir Türk” gibi ifade biçimleri tercih edilmişse, bu hak veya hürriyetin yalnızca Türk vatandaşları için teminat altına alındığı anlaşılır. Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre, Türk hukukunda, siyasî haklar haricinde, temel haklar bakımından yabancı ile vatandaşın eşitliği ilkesi geçerli olup, yabancı-vatandaş

ayrımı yapılmaması kural, ayırım yapılması ise istisnadır (Nomer, 1962: 84, Aybay ve Dardağan Kibar, 2010: 74, Çelikel, 1983: 65, Tiryakioğlu, 1997: 67). Dolayısıyla, Anayasanın 20. maddesinin yalnızca vatandaşlar için değil, yabancılar için de özel hayatın gizliliği hakkını koruduğunu kabul etmek gerekir (Üzeltürk, 2004: 65, Göğer, 1979: 23, Seviğ, 1981: 88). Anayasanın 20. maddesi, birinci fıkrasında özel hayatın gizliliğini bir temel hak olarak gösterdikten sonra, ikinci fıkrasında bunun sınırlanması ya da buna müdahale hallerinden biri olan eşya araması için gerekçe gösterilebilecek nedenleri saymıştır. Yine ikinci fıkra ile eşya araması için özel usulî güvenceler getirilmiştir. Anayasanın 16. maddesi ise, yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin, kanunla ve milletlerarası hukuku uygun olarak sınırlanabileceğini ifade etmektedir. Şu halde, Anayasanın 16. maddesini, Anayasanın 20. maddesinin ikinci fıkrası ile getirilen kuralların bir istisnası olarak yorumlamak mümkün müdür? Literatürde bu yönde anlaşılabilmeye uygun ifadelerin varlığına karşın (Üzeltürk, 2004: 65, Tekinalp, 2003: 108, Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012: 164), böyle bir yorumun Anayasanın 13. maddesinin güncel haline aykırı olacağı, 16. madde ile 13. maddenin birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşlere (Aybay ve Dardağan Kibar, 2010: 76, Sargın, 1997: 334 vd., Öztürk, 2015: 359) katılıyoruz. Anayasanın 16. maddesinin işlevi, yabancılar için temel hak ve hürriyetlerin sınırlanabilmesini mümkün kılmak ve bunun belirli şartlarla yani “kanunla” ve ancak “milletlerarası hukuka uygun olarak” yapılmasını sağlamaktır. Anayasanın 16. maddesi, kişinin yabancı olmasını genel bir sınırlama nedeni haline getiremez ve 13. maddenin yollama yaptığı özel bir sınırlama nedeni gibi de görülemez. Aksini kabul, “yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” sınırlama şartını getiren kurala aykırı olur. Üstelik Anayasanın 16. maddesinin bu biçimde kullanılması, temel hak ve hürriyetlerin korunması için getirilen güvenceleri giderek yalnızca vatandaşlara hasreder, yabancılar için uygulanamaz hale getirir. Bunun da anayasanın “sözüne ve ruhuna” aykırı bir yorum olacağı, getirilecek sınırlamanın, bu anlamda da Anayasanın 13. maddesinin ikinci cümlesine aykırılık teşkil edeceği açıktır. Sonuç olarak, Anayasanın 16. maddesinin, Anayasanın 20. maddesinin uygulanmamasını, Anayasanın 20. maddesine aykırı düzenlemelerin yapılabilmesini mümkün kılmadığını kabul edip, YUKK m. 57/8 hükmünün Anayasanın 20. maddesine uygun olup olmadığını değerlendirmeye devam ediyoruz.

Anayasanın 20. maddesinin ikinci fıkrası, özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanması hallerinden biri olan eşya aramasını, birincisi aramanın gerekçesi bakımından, ikincisi aramanın yapılmasına karar verilmesi usulüne dair bir güvence bakımından, iki özel şarta tâbi tutmuştur. Aslında hükmün ifade biçiminden yola çıkarak ifade edilirse, getirilmiş olan “hâkim kararı” güvencesi olup, bu kararın da yalnızca hükümde sayılan nedenlerden birinin varlığı halinde alınabileceği kayıt altına alınmıştır. “Ancak sözcüğü ile vurgulanmış nitelikli

yasa kaydı” (Sağlam, 1982: 101) olarak nitelendirilebilecek bu hüküm karşısında, eşya aramasının bu çerçevede dışında yapılması mümkün görünmemektedir. Bu bakımdan da Anayasanın 16. maddesinin, 20. maddenin bir istisnası gibi kullanılması mümkün değildir. Anayasanın 20. maddesinin, eşya aramasını mümkün kılan nedenleri, “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” olarak sıralamıştır. 7196 sayılı Kanun ile getirilen hükmün, anayasaya uygun olabilmesi için, yapılacak olan cihaz incelemesinin, bir defa bu nedenlerden birinin varlığına dayanması icap eder. Bunun anlaşılabilirliği için de daha önceki bölümlerde açıkladığımız bazı bilgilerin dikkate alınması gerekir.

Hatırlanması gereken ilk bilgi, cihazları incelenecek olan yabancı, sınır dışı edilmek üzere idarî gözetim altına alınmış, bu nedenle de geri gönderme merkezinde tutulan yabancı olmasıdır. Cihazı incelenecek olan yabancı, bu özellikleri arz etmesi, “genel sağlık ve genel ahlâkın korunması” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” nedenleriyle, yapılacak işlem arasındaki alâkayı kesmektedir. Hatırlanması gereken diğer bilgi ise, cihaz incelemesi yapılmasının amacıdır. YUKK m. 57/8 gereği yapılacak olan cihaz incelemesi sınır dışı edilecek yabancı, vatandaşlığını tayin etme amacı taşımaktadır. Bu durumda ne bir suçun işlenmesinin engellenmesi ne de bir suça ilişkin delillerin ortaya çıkarılması söz konusudur. Yine cihaz incelemesinin amacı dikkate alınırsa, yabancı, vatandaşlığının sınır dışı edilecek ülkeyi tespit için bulunmaya çalışılmasının, millî güvenliği ilgilendiren bir konu olduğunu söylemek güçtür. Yabancı, sınır dışı edilememesinin kendisi bir millî güvenlik meselesi olarak görülebilir mi diye sorabilirsek de, idarî gözetim altında olan bir kişi için pek de gerçekçi olmayan böyle istisnaî bir olasılığın, genel ve soyut bir düzenleme yoluyla sınırlama getirmeye gerekçe olamayacağı söylenmelidir. Sonuç olarak, hükmün ve uygulanacak yöntemin amacı, “millî güvenlik”, “suçun işlenmesinin önlenmesi” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” nedenlerini, yapılan sınırlamanın nedenleri olarak değerlendirilebilmemizi olanaksızlaştırır. Böylece, kala kala geriye bir tek neden kalmıştır ki o da kamu düzenidir. Kanımızca, cihaz incelemesi yoluyla yapılan sınırlama, bu geriye kalan “kamu düzeni” nedeniyle gerekçelendirilebilmeye elverişlidir. Türkiye’ye yabancıların girişlerini ve Türkiye’de kalışlarını düzenleyen kurallar, genel olarak sınır güvenliğinin ve kamu düzeninin sağlanmasına ilişkin kuralları olup, yabancı, sınır dışı edilmesi de temel olarak bu icaplara aykırılık nedeniyle gerçekleştiğinden, bunun vatandaşlığın tespit edilememesi nedeniyle yapılamaması kamu düzeninin bozulmasına yol açan bir durumdur. Cihaz incelemesi yoluyla yabancı, vatandaşlığının tespit edilmesi ve sonrasında sınır dışı edilmesinin mümkün kılınması, kamu düzenini sağlamak gerekçesiyle

yapılan bir sınırlama olarak görünmektedir. Dolayısıyla, sayılan nedenlere uygunluk bakımından hükmün anayasaya uygun olduğu sonucuna varılabilir.

Anayasanın 20. maddesinin ikinci fıkrası ile YUKK m. 57/8 hükmünün gerçek bir çatışma içerisinde olduğu husus, anayasa hükmü ile sağlanan hâkim kararı güvencesi bakımından vücut bulmaktadır. Anayasanın açık hükmüne göre, birazdan ele alacağımız tek bir istisnaî hal haricinde, eşya araması ancak hâkim kararı ile gerçekleştirilebilir. Hatırlayacağımız üzere, YUKK m. 57/8 ile düzenlenen yabancıların cihazlarının incelenmesi yönteminin uygulanabilmesi için hâkim kararı aranmamaktadır. Kanun koyucu incelemenin hâkim kararı neticesinde yapılmasını öngörmemiş, bunun doğrudan bir idarî karar ile gerçekleştirilmesini mümkün kılmıştır. Öyleyse, bu bakımdan YUKK m. 57/8 hükmünün, Anayasanın 20. maddesi ile uyum içerisinde olmadığı barizdir. Bununla birlikte, Anayasanın 20. maddesi istisnaî bir halin varlığı halinde, ama yine özel bazı güvencelere bağlayarak, hâkim kararı olmadan eşya araması yapılabilmesine cevaz vermektedir. Bu istisna yalnızca “gecikmesinde sakınca bulunan haller” için getirilmiştir (Üzeltürk, 2004: 87). Fakat bu istisnanın da kullanılabilmesi için, birincisi daha önce saymış olduğumuz özel sınırlama nedenlerinden birinin varlığı, ikincisi eşya araması için “kanunla yetkili kılınmış merciin” yazılı emrinin varlığı gereklidir. Bundan sonrasında da, eşya araması için yazılı emir veren yetkili merciin kararının, yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulması, hâkimin kararını yine belirlenmiş süre içerisinde açıklaması, aksi halde kararın kendiliğinden ortadan kalkması gibi ek güvenceler tesis edilmiştir. 7196 sayılı Kanun ile getirilen hükmü, bu istisnaî hal kapsamında açıklamak mümkün müdür?

Evvelâ uyulması gereken karar verme usulü açısından bakarsak, YUKK m. 57/8 ile karar ve yazılı emir verme konusunda bir yetkili merciin belirlenmediği açıktır. Daha önce bu konuyla ilgili açıklamalarımızda, ilgili mevzuatın bir arada değerlendirilmesi ile cihaz incelemesi yapılması kararının Göç İdaresi İl Müdürlüğü tarafından verilmesi gerektiği sonucuna varmıştık. Acaba bu idarî makamın yetkili merci olan il müdürünün ya da onun adına irade açıklama yetkisini haiz bir görevlisinin yazılı emri, Anayasanın aradığı koşulu yerine getirir mi? Anayasanın yazılı emir şartını arayan hükmünü, kanunî düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın doğrudan uygulanabilir bir hüküm olarak görsek (Özbudun, 2014: 460, Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2012: 542, Karahanoğulları, 2018: 124) ve zikrettiğimiz yazılı emrin yetkili kişilerce verileceğini varsaysak dâhi sorun tam olarak çözülemez. Çünkü Anayasa yazılı emrin kanunen yetkili merci tarafından verilmesini yeterli görmemekte, bu kararın daha sonra hâkim onayına sunulmasını aramaktadır. Cihaz incelemesi yapılması kararının onayına sunulabileceği bir hâkimin bulunması, anayasa hükmünün doğrudan uygulanması ile mümkün olmayıp, bunun kanunla düzenlenmiş olması gerekir ve böyle bir düzenleme ne YUKK’ta ne de başka bir kanunda yoktur. Öyleyse,

YUKK m. 57/8 hükmü ile yapılacak cihaz incelemesinin, hâkim kararı aranmayan istisnaî halin gerektirdiği usulü karşıladığı iddia edilemez.

Diğer yandan, hâkim kararı olmaksızın eşya araması yapılmasını mümkün kılan, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin, YUKK m. 57/8 ile yapılacak olan cihaz incelemesi durumunda söz konusu olup olamayacağını da ele alalım. Anayasa Mahkemesi, geçmiş tarihli bir kararında, mülki idare amirlerine, sınır kapılarında “giren çıkan yolcuların” eşyalarını arama yetkisini, hâkim kararı aranmaksızın veren bir kanun düzenlemesini, “taşıt ve yolcu trafiğindeki yoğunluğu” dikkate alarak “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kapsamında değerlendirmiş ve Anayasanın 20. maddesine uygun görmüştür²⁴. Literatürde, kanun metninde kullanılan yetki nedeninin, gecikmesinde sakınca bulunan hale tekabül etmediği yönünde haklı bir eleştiri yapılmıştır (Üzeltürk, 2004: 88), yine de kararda AYM’nin incelediği düzenlemenin, sınır kapıları ile ilgili olduğuna dikkat etmek gerekir. Konumuz açısından değerlendirme yaparsak, yine cihaz incelemesinin kimlere ve hangi amaçla yapıldığını hatırlamamız gerekir. YUKK m. 57/8 hükmünün uygulanmasında, söz konusu olan yabancı, sınır dışı etmek üzere idarî gözetim altına alınmış, yani sınır kapısıyla, giriş-çıkış ile ilgisi şöyle dursun, hiçbir hareket kabiliyetine sahip olmayan, dış dünya ile bağlantısı denetlenebilen ve idarenin egemenliği altında olan bir yabancıdır. Tespit edilmesi için uğraşılacak bilgi de bu yabancının vatandaşlığı olup, bu bilgi ne bir suçun engellenmesi ne de başka bir tehlikenin savuşturulması gibi ivedilikle halledilmesi gereken bir meseleyle ilgilidir. Öyleyse, gerek yöntemin kendisine uygulandığı yabancı bakımından, gerekse yöntem ile edinilmeye çalışılan bilgi açısından, Anayasanın 20. maddesinde, hâkim kararı aranmaksızın eşya araması yapılmasına imkân veren, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı iddia edilemez.

Sonuç olarak görülmektedir ki, YUKK m. 57/8 hükmü, Anayasanın 20. maddesinin ikinci fıkrası gereği olan, hâkim kararı zorunluluğunu karşılamamakta ve ayrıca hâkim kararı olmadan eşya araması yapılabilmesini mümkün kılan “gecikmesinde sakınca bulunan” bir hale ilişkin olmayıp, böyle bir hale ilişkin olsaydı dâhi uyması gerektiği diğer usulî güvenceleri de sağlamamaktadır. Anayasanın 13. maddesi gereğince, anayasanın “sözüne” aykırı sınırlama getirilemeyeceğinde göre, 7196 sayılı Kanun ile getirilen hükmün, Anayasanın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu sonucu ortadadır. Bu aykırılığın, anayasa hükmünün doğrudan uygulanması veya anayasaya uygun yorum metotlarıyla “düzeltilebilmesi” de mümkün görünmemektedir. Kanun koyucunun böyle bir sonucun ve sorunun ortaya çıkmasını engellemesi, yine CMK m. 134 hükmü ve uygulaması dikkate alınsaydı belki de mümkündü. CMK m. 134, gerek hukuk tarihimizde yaşanan acı tecrübelerin etkisi, gerekse Anayasa

24 E.1996/68, K.1999/1, Karar Tarihi 06.01.1999, RG Sayı: 24292, Tarih: 19.01.2001.

ve AİHS'e uygun olarak temel hak ve hürriyetlerin korunması gayesiyle, Anayasanın 20. maddesi dikkate alınarak oluşturulmuştur. Denilebilir ki, CMK m.134 suç gibi görece ciddi bir hukuka aykırılığın engellenmesi ve soruşturulması için ya da ceza yargılaması gibi tedbirleri ve yaptırımları bakımından, kişi üzerinde görece daha ağır sonuçları olan bir yargılama için getirilmiştir. Yabancılar hukukuna ait idarî tedbirler bu nitelikte olmadıklarından, bu arada vatandaşlığın tespiti için cihaz incelenmesi gibi bir tedbirin uygulanma alanı ve sonuçları daha sınırlı olduğundan, Anayasanın 20. maddesinin sağladığı güvencelerin uygulanmaması, bu nedenle önemli görülmemeyebilir. Böyle bir karşılaştırmaya veya görüşe olur vermek mümkün görünmemektedir. Birincisi Anayasanın 20. maddesi böyle bir ayırım yapmamıştır ve güvenceleri yalnızca adlî ve önleme eşya aramalarına özgü olarak getirmemiştir. İkinci olarak da ifade etmek gerekir ki, suç gibi toplumsal yaşam ve kamu düzeni için daha ciddi bir hukuka aykırılığın ve çoğunlukla daha ciddi bir tehlikenin önlenmesinde bile bu kadar kurula ve güvenceye uyulması beklenirken, bununla karşılaştırılmayacak kadar basit bir mesele için bu kuralların ve güvencelerin uygulanmamasını izah etmek güçtür.

Sonuç

1. 7196 sayılı Kanun ile getirilen “cihaz incelemesi” yöntemi, Türk yabancılar hukukunda bir ilktir. Benzerlik kurulabilecek hiçbir uygulama ile aynı içeriğe sahip olmayıp, yabancıların elektronik ve iletişim cihazının içeriğine erişilmesini ve bunun içinde kayıtlı bilgilerin kullanılmasını öngörmektedir. Yabancılar hukuku alanında bir ilk olma özelliğini taşıyan bu yöntemin, bu alanda kamu hizmetini yerine getiren kuruluşlar ve kişilerce ifade edilen ihtiyacı ve önerileri karşılamaya yönelik olduğu anlaşılabilir. Sınır dışı edilmek üzere idarî gözetim altına alınmış yabancıların, vatandaşlığının tayin edilmesi ihtiyacı, sınır dışı etme kararının fiilen uygulanabilmesi için gerçek bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyacı karşılamak üzere, alternatif bir yöntem getirilmesi yerinde olmuştur.

2. 7196 sayılı Kanun ile YUKK'un 57. maddesine eklenen 8. fıkranın uygulanma alanına, yalnızca “sınır dışı edilmek üzere idarî gözetim altına alınmış yabancılar” girer. Hükümün, uygulamada asıl olarak ihtiyaç duyulacak hallerin dikkate alınarak, bu yabancılara özgülenmesi olumlu bir tercihtir. Bu tercihin sonucu olarak, getirilen yöntemin bu özellikleri arz etmeyen, örneğin uluslararası koruma başvurusu sahibi yabancıya veya kabul edilemez yolcu kapsamına alınıp girişine izin verilmeyen yabancıya uygulanması mümkün değildir. Hükümün uygulanabilmesi için, mutlaka sınır dışı etme kararı ve ayrıca sınır dışı etmeye bağlı olarak idarî gözetim kararı alınmış olmalı, bunların da yöntemin uygulanacağı sırada geçerliliğini koruyor olması gerekir. Farklı bir idarî gözetimi düzenleyen YUKK m. 68'e göre idarî gözetim altına alınmış uluslararası koruma

başvurusu sahipleri, hükmün uygulanma alanı dışındadır. Haklarında sınır dışı etme kararı alınmış olmasına rağmen, idarî gözetim altına alınmayanlara ya da idarî gözetime alternatif yükümlülüklerle tâbi tutulanlara da bu hüküm uygulanamaz.

3. YUKK m. 57/8 getirilirken kanun koyucunun, yöntemin konusu olan eşyayı göstermek için kullandığı tanımlama ya da terimler, gerek hükmün getirilme amacı, gerekse teknolojik bilgiler ışığında, tam olarak açık ve elverişli görünmemektedir. Belirsizliğin giderilmesi, “elektronik ve iletişim cihazları” ibaresinin, “elektronik olup iletişim amacıyla kullanılan cihazlar” biçiminde anlaşılması ile sağlanabilir. Bu tanımın kapsamı dışında kalan herhangi bir eşyanın incelemesi yapılamaz. Tanımlama çabasındaki temel kaygının “akıllı cep telefonlarını” yöntemin uygulanma alanına sokmak olduğu varsayılabilir. Buna karşılık bu tercihin sonucu, idare tarafından bilgi edinmeye elverişli olan, içerisinde kayıtlı veri taşıyan ama iletişim cihazı olmayan eşyanın incelenememesi olmuştur. Uygulanmak istenen yöntemi daha etkili ve faydalı hale getirecek, bu anlamda elverişli her türlü cihazı kapsayacak bir tanımlamanın yapılması gereklidir. Bu çaba için, Alman İkamet Kanunu’nun tercih ettiği, “veri taşıyıcı” terimi daha uygun olabilir.

4. Hükmün öngördüğü yöntemin icra edilebilmesi için yalnızca idarî gözetim kararı alınmış olması yeterli değildir. Çünkü hükmün icrası, idarî gözetim kararının zorunlu bir sonucu olarak düzenlenmemiş, “incelenebilir” denerek, idareye takdirî yetki verilmiştir. Bu yetkinin hangi sonuca dönük olarak kullanılacağı hususunda ayrı bir irade açıklamasının, yani bir kararın verilmesi, hukuksal ve pratik bir zorunluluktur. Kanun koyucunun, sınır dışı etme kararı veya idarî gözetim kararında olduğu gibi, yetkili mercii açıkça göstermemesi bir eksikliktir. Konu yönünden yetkiye ilişkin mevzuatta bulunan diğer hükümlerden yola çıkılarak, bu kararın Göç İdaresi Genel Müdürlüğü görev alanına girdiği dikkate alınmalı, dolayısıyla bu kuruma bağlı olarak geri gönderme merkezlerinde görev ve yetki sahibi olan İl Müdürlükleri tarafından bu karar verilmelidir.

5. Cihaz incelemesi kararı verilmesi ile cihaz incelemesinin fiilen icra edilmesi birbirinden ayrı iki aşamadır. İcranın hangi görevliler tarafından, nasıl ve nelere dikkat edilerek yapılacağına dair bir düzenleme yapılmamıştır. Bu hususların yönetmelik ve idarenin diğer düzenleyici işlemleri ile düzenleneceği varsayılmaktadır. Hükmün bu konularda suskun kalması, güvence eksikliği yaratmaktadır, bu güvence eksikliği idarenin düzenleyici işlemleri ile giderilebilirse de kanunî güvence her zaman daha sağlam bir güvencedir. Yöntemin icrası bakımından, cihazın kendisinin ve içerdiği bilgilerin niteliğine dikkat edilmeli, amacın vatandaşlığı tespiti yarar bilgi bulmak olduğu unutulmamalıdır. Cihaz incelemesi esnasında ve sonrasında, özel hayatın gizliliğine saygı konusunda azamî özenin gösterilmesi, buna dönük güvencelerin

oluşturulması gerekir. Kanun koyucu, böyle bir kanunî güvenceyi, çok da detaylı olmayan bir biçimde, yalnızca inceleme sonrası edinilen bilgilerin başka amaçla kullanılmasını engellemek için getirmiştir. Bu hususlarda kanunî düzenlemenin geliştirilmesi gerekli olup, CMK m. 134 ve Alman İkamet Kanunu m. 48/3a ve 48a düzenlemeleri yol gösterici olarak kullanılabilir. Yöntemin icrasının mutlaka böyle bir incelemeye ehil, bunun için gerekli olan teknolojik bilgiye ve tecrübeye sahip uzman kişilerce ve uygun donanımla yapılması icap eder. Cihazların kendisine ve içerisinde kayıtlı olan bilgilere zarar verilmemesi için bu gereklilik var olup, ayrıca böyle bir ihtimali ortadan kaldıracak diğer gerekli teknolojik tedbirlerin de uygulanması düşünülmelidir.

6. Kanun koyucu “inceleme” ifadesini kullanmış olmasına rağmen, gerçekleştirilen eylem yabancıların bir eşyasının aranmasıdır. Yöntemin konusu olan cihazların teknik özellikleri hatırlanırsa, yabancıların özel yaşam alanına ait bilgilere erişilmesi, hatta hiç kimse ile paylaşmak istemeyebileceği gizli alanına ait bilgilerin de ortaya çıkabileceği anlaşılabilir. Gerek yöntem ile yapılan eylemin niteliği, gerek yöntemin uygulanması ile müdahale edilen alanın içeriği nedeniyle, Anayasanın 13. maddesine ve özellikle de 20. maddesine uygunluk aranmalıdır. Yöntemin uygulanmasının gerekçesi olarak “kamu düzeni” kabul edilebildiği ölçüde, Anayasanın 20. maddesinin ikinci fıkrasında aranan “özel sebep” şartı karşılanmış kabul edilebilir. Bununla birlikte, Anayasanın aynı hükmünün aradığı “hâkim kararı” şartı ne YUKK m. 57/8 ile ne de başka bir hükümle karşılanamamaktadır. Yöntemin uygulanacağı yabancıların özel koşulları ile yöntemin uygulanmasının amacı dikkate alınır, “hâkim kararı” olmadan eşya aramasını olanaklı kılan, “gecikmesinde sakınca bulunan” bir halin olmadığı da açıktır. Bu nedenle, 7196 sayılı Kanun ile getirilen yeni hüküm, Anayasanın 13. ve 20. maddesine esas bakımından aykırı görünmektedir. Getirilen yeni yöntemin akıbetini ve hukuka uygunluğunu şüpheli hale getiren bu sakatlığın hızla giderilmesinde ve mümkünse yine CMK m. 134 örnek alınarak yeni bir kanunî düzenleme oluşturulmasında fayda vardır.

7. Gerek öğretilerde, gerek uygulamada, gerek yargılamada, hüküm ile ilgili hususlar tartışılırken, değerlendirilirken, yorumlanırken ve uygulanırken, akılda tutulması gereken önemli noktalar vardır. Birincisi, insan aklına maalesef ilk gelenin aksine, yöntemin uygulanacağı yabancılar, her zaman “toplum için tehlike” oluşturduğu varsayılan, sözde “kötü”, “zararlı”, “yasa dışı”, “kaçak” veya “derhal kendilerinden kurtulması gereken” yabancılar olmayacaklardır. Kanun koyucu bu hükmü böyle olduğu varsayılan yabancılar özgü olarak ya da onları cezalandırmak için getirmemiştir. Yöntemin uygulanıp uygulanmaması konusunda ya da nasıl uygulanacağı konusunda, ne idarî gözetim kararının nedenine bağlı olarak, ne sınır dışı etme kararının nedenine bağlı olarak, ne de yabancıların somut kişisel durumuna bağlı olarak hiçbir ayırım yapılmamıştır. Kanun koyucunun bu tercihi çok isabetli olmuştur. Çünkü önemli olan olayın ya

da yabancının öznel koşulları değil, vatandaşlığın tespit edilememesidir. Böylece aynı zamanda yabancılar arasında yapılacak öznel ve keyfi değerlendirmelerin de önü kesilmiştir. Her zaman akılda tutulması gereken ikinci nokta da hükmün uygulanma alanı ve uygulanma amacıdır. Hüküm yalnızca sınır dışı etmek üzere idarî gözetim altına alınmış yabancılara uygulanmak için getirilmiş olup, incelenmesini istediği eşya da yalnızca “elektronik nitelikte olup iletişim amacıyla kullanılan” yani elde edilmeye çalışılan bilgiyi taşımaya elverişli olan eşyadır. Hükmün getirilme ve uygulanma amacı da yabancının sınır dışı edilebilmesi için ihtiyaç duyulan “uyrukluk” bilgisinin sağlanabilmesidir. Bu amaç aynı zamanda, yöntemin uygulanması gerekliliğini ve icra edilmesinde dikkat edilecek hususları da belirler. Çalışmamızın sonunda özellikle altını çizme ihtiyacı duyduğumuz, her zaman hatırlanması gerektiğini düşündüğümüz bu noktaların, yeni getirilen hükmün gelecekte uygulanmasında ve ihtiyaçlara göre geliştirilmesinde yol gösterici olacağına inanıyoruz.

Kaynakça

- Alman Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı (2020a), “*Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*”, https://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/ (Son Erişim: 30.01.2020).
- Alman Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı (2020b), “*Act on the Residence, Economic Activity and Integration of Foreigners in the Federal Territory*”, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aufenthg/index.html (Son Erişim: 30.01.2020).
- Alman Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı (2020c), “*Deutsches Richtergesetz*”, <https://www.gesetze-im-internet.de/drigr/BJNR016650961.html> (Son Erişim: 30.01.2020).
- Alman Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı (2020d), “*The German Judiciary Act*”, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drigr/englisch_drigr.html#p0029 (Son Erişim: 30.01.2020).
- Arslan Öncü, Gülay (2011), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı* (İstanbul: Beta Yayınevi).
- Atay, Ender Ethem (2018), *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi).
- Aybay, Rona ve Esra Dardağan Kibar (2010), *Yabancılar Hukuku* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları).
- Aydın, Devrim (2014), *Ceza Muhakemesinde Deliller* (Ankara: Yetkin Yayınevi).
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm (2013), “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013 (108): 211-258.
- Çelikel, Aysel (1983), *Yabancılar Hukuku Dersleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları).

- Dardağan Kibar, Esra (2014), "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Sınırdışı Etmeye İlişkin Hükümlerinin Getirdiği Yenilikler", Daniş, Didem ve İbrahim Soysüren (Der.), *Sınır ve Sınırdışı, Türkiye'de Yabancılar, Göç ve Devlete Disiplinlerarası Bakışlar* (Ankara: Nota Bene Yayınları): 182-205.
- Değirmenci, Olgun (2014), *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil* (Ankara: Seçkin Yayınevi).
- Doğru, Osman ve Atilla Nalbant (2013), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt* (Ankara: Avrupa Konseyi).
- Ekşi, Nuray (2014), 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdarî Gözetim (İstanbul: Beta Yayınevi).
- Ekşi, Nuray (2015), *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi).
- Ertlen, Rifat (2015), "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (1): 3-51.
- European Migration Network-EMN (2017), "Challenges and practices for establishing the identity of third-country nationals in migration procedures", https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/00_eu_synthesis_report_identity_study_final_en_v2.pdf (Son Erişim: 30.01.2020)
- Göğler, Erdoğan (1979), *Yabancılar Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları).
- Gören, Zafer (2011), *Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınevi).
- Gözler, Kemal (2003), *İdare Hukuku Cilt 1* (Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları).
- Huysal, Burak ve Begüm Şermet (2014), "6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 57. Maddesi Çerçevesinde Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancıların İdarî Gözetimi", *Feridun Yenisey'e Armağan Cilt II* (İstanbul: Beta Yayınevi): 2195-2222.
- İnceoğlu, Sibel (2013), "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", İnceoğlu, Sibel (Der.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (İstanbul: Beta Yayınevi): 23-52.
- Kapani, Münci (1993), *Kamu Hürriyetleri* (Ankara: Yetkin Yayınevi).
- Karahanoğulları, Onur (2018), *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler* (Ankara: Turhan Kitabevi).
- Kuşçu, Döndü (2017a), *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık).
- Kuşçu, Döndü (2017b), "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdarî Gözetim Altına Alınmaları", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22 (37): 241-284.
- Mültecilerle Dayanışma Derneği (2019), "Ortak Değerlendirme: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Yapılması Öngörülen Değişiklikler", 04.12.2019, <http://www.multeci.org.tr/haberler/ortak-degerlendirme-yabancilar-ve-uluslararasi-koruma-kanununda-yapilmasi-ongorulen-degisiklikler/> (Son Erişim: 30.01.2020).
- Nomer, Ergin (1962), *Teb'a ile Yabancıların Hukukî Müsavatı* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları).
- Özbek, Nimet (2015), "AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdarî Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015 (118): 15-50.
- Özbek, Veli, Koray Doğan, Pınar Bacaksız (2019), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi).
- Özbudun, Ergun (2014) *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınevi).

- Özen, Muharrem ve Gürkan Özocak (2015), "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134)", Ankara Barosu Dergisi, 2015 (1): 41-77.
- Öztürk, Neva Övünç (2015), Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi (Ankara: Seçkin Yayınevi).
- Polater, Yusuf Ziya (2010), Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması (Ankara: Adalet Yayınevi).
- Sağlam, Fazıl (1982), Temel Hakların Sınırlanması ve Özü (Ankara: AÜSBF Yayınları).
- Sargın, Fügen (1997), "Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 17 (1-2): 318-354.
- Seviğ, Vedat Raşit (1981), Türkiye'nin Yabancılar Hukuku (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları).
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu (2012), 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (İstanbul: Beta Yayınevi).
- TBMM (2019), "Antalya Milletvekili Kemal Çelik ile 104 Milletvekilinin Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2368) ile Tekirdağ Milletvekili Mustafa Şentop'un Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2385) ve İçişleri Komisyonu Raporu", <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss144.pdf> (Son Erişim: 30.01.2020)
- Tekinalp, Gülören (2003), Türk Yabancılar Hukuku (İstanbul: Beta Yayınevi).
- Tiryakioğlu, Bilgin (1997), "Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 46 (1-4): 67-84.
- Uluslararası Mülteci Hakları Derneği (2019), "6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi" Kasım 2019, <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/kanun-tasla%C4%9F%C4%B1-incelemesi.pdf> (Son Erişim: 30.01.2020).
- Üzeltürk, Sultan (2004), 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı (İstanbul: Beta Yayınevi).
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu (2019), Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Seçkin Yayınevi).