

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ

Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddî ve manevî varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri hür bir hayat alanı tanınır.

AY m. 20, 21 ve 22 de, İHEB m. 12 ve İHAS m. 8 de, fertlerin devletin müdahalelerinden korunmuş hür bir alana sahip oldukları açıkça ifade edilmiştir.

Anayasamıza göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz (m. 20); kimsenin konutuna dokunulamaz (m. 21); herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır (m. 22). Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin YAZILI emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutu aranamaz; bu eşya ile konutta bulunan eşyaya el konulamaz; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz (m. 20-22). Demek ki, aramanın (m.123 vd. CMK); elkoymanın yani, basit elkoymanın , basılmış eserlere elkoymanın, yani basılmış eserlere basit elkoyma ile toplatmanın, postada elkoyma ve PTT ile yapılan haberleşmenin denetlenmesinin ve nihayet gaiplere ilişkin elkoymanın kanunlarda ve kanun haline getirilmiş bulunan milletlerarası sözleşmelerde aranan şartları gerçekleşmedikçe bu koruma tedbirlerine başvurulamayacaktır. Bu şartların gerçekleşmiş bulunup bulunmadığı yetkililerce hukuk devleti ilkesi esaslarına uygun olarak titiz bir şekilde araştırılacak; şartlardan biri gerçekleşmiş değilse, arama ve/veya elkoyma yapılamayacaktır.

Öğretide, insan hayatının esas itibariyle iki yönünün bulunduğu kabul edilir. Bunlar hayatın genel ve özel yönleridir; hayatın özel yönü de özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere ikiye ayrılır.

Hayatın genel yanının korunacak bir gizliliği veya sırrı bulunmadığından, konumuz bakımından bir özelliği yoktur. Buna karşılık hayatın özel yanı her hukuk devletinde koruma altına alınmıştır. Hayatın gizli alanı mutlak bir şekilde korunur, hatta dokunulmaz sayılırken, özel hayat nisbî olarak korunmuştur. Özel hayat dar bir çerçevede, örneğin bir aile içinde söz konusu olabilirken, hayatın gizli alanı sadece bireyi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez; bu nedenle de dokunulmazdır.

A . İ. H. S. AÇISINDAN YORUMU:

ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI

"Madde 8:

1-Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2- Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

Orantılılık İlkesi: Birey haklarının kullanılmasının, daima genel kamu yararı ile dengelenmesi...Sözleşme'nin bütününde, kamu yararının oluşturduğu isteklerle bireylerin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası görülür.

Roemen veSchmit / Lüksemburg Davası: Birinci başvurucu gazetece, ikincisi onun avukatıdır. İşyeri arama ve belgeye el koyma yönünden, bizi ikincisi ilgilendirmektedir.

Birinci başvurucunun bir bakan hakkındaki yolsuzluk iddiasının gazetede yayınlanması sonrası, ikinci başvurucunun bürosunda, iç hukuk çerçevesinde verilen arama kararına dayanılarak arama yapılmış; "Birim amirlerine. Bilgi için gizli olarak iletildi." Notu taşıyan bir mektuba el konulmuştur. Arama kararı ve soruşturma işlemlerine karşı iptal başvurusunu, Sorgu Mahkemesi kabul edip el koymayı iptal ederek, başvuru sahibine iade kararı vermiştir. Belge geri verilmiştir.

İkinci başvurucu, avukatın işyerinin ve avukat – müvekkil arasındaki haberleşmenin dokunulmazlığı ilkesinin çiğnendiğini ileri sürerek iptal başvurusunda bulunmuş, talep Sorgu Mahkemesi'nce reddolunmuştur. Bu karara karşı yapılan başvuruyu da İstinaf Mahkemesi reddetmiştir.

İşlemler, iç hukuka uygun olarak gerçekleşmiştir (Ceza Usul 65 ve 66. maddeler). Avukatlık Yasası'nın 35/3. maddesi ise, aramanın sadece uygun şekilde çağrılan Baro Başkanı veya onun temsilcisi huzuruyla yapılabileceğini belirtmektedir. El koyma belgeleri ve arama tutanakları, Baro yetkilisinin yöntemince çağrıldığını, gerektiğinde yapılmasını istedikleri gözlemleri içermelidir. Yoksa geçersiz olurlar.

Sözleşme'nin ihlali İddiası: İkinci başvurucu, bürosunda arama yapılarak konutuna saygı gösterilmesi hakkına el atıldığını; mektuba el koyma işlemi ile de, avukat ile müvekkili arasındaki haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının çiğnendiğini ileri sürmektedir.

Hükümet, müdahalelerin 8/2. maddeye göre haklılığını ileri sürer.

Mahkeme: 8/2. maddedeki istisnalar yorumlanmayı gerektirir. Gereklilik konusu ikna edici olmalıdır. (25 şubat 1993 tarihli, Cremieux / Fransa) Sorgu Mahkemesi, "...her türlü belge, eşya ve kullanılması soruşturmanın selametine zarar verecek ..şeyleri araştırmak ve el koymak." amacıyla, oldukça geniş kapsamlı bir arama kararı vermiştir. Üstelik, sonuçta gazetecinin kaynağını açığa çıkarmak gibi bir amaç sezilmektedir. Aramanın gerçekleştirildiği çabukluk, izlenen amaçla orantısızdır. Bu yüzden, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

Sonuç: 2. başvurucu açısından, 8 .maddenin ihlal edildiğine...

S O R U V E C E V A P L A R

116.- 134. MADDELER: ARAMA VE ELKOYMA

SORU 1- Sahte para bulunma ihtimaline karşı arama kararı verildi. Ancak bu aramada ruhsatsız tabanca bulundu. Bu durumda, bu arama sonucu şüpheli aleyhine işleme konulabilir mi? (1. ve 2. sorular: Turhan Balkan – Yenipazar hk.)

CEVAP 1- CMK 138/1. maddedir.

SORU 2- a) 116. ve 117. maddeler gereğince yapılacak aramalarda, hakim ya da savcı kararına ihtiyaç yok mu?

b) Arama kararındaki adres dışında, şüphelinin yeni bir konutu ya da arabası bulunduğu takdirde, yeni bir arama kararı mı istemek gerekir?

CEVAP 2- a) Vardır. Zaten arama talebi buna dayalı olacak, arama kararı buna dayanacaktır. Dayanaksız, objektif deliller olmaksızın arama emri verilmemelidir.

b) Arama talebi ve emrinin içeriğine bakmak gerekir. Karardan yeni konutu ve arabasına yönelik arama izni yorumu çıkarılabilirse aranır; yoksa, yeni arama kararı alınması gerektiği açıktır.

SORU 3- (130/1. MADDE)

Baro Başkanı veya temsilcisi, çağrılmakla arama yerine gelmezse, izlenecek yol nedir? (Önceki uygulamalarımızda, arandıklarında bulunamadıkları(!) zamanlar olmuştur.)

CEVAP 3- Gereğede bunun bir çözümü görünmüyor. Esasen, maddelere karşılık (paralel) gerekçe de görünmüyor. Yönetmeliği bekleyeceğiz.

Olayımızda: gelmeyenler hakkında tutanak tutup, “görevi savsaklama”, “görevi kötüye kullanma” veya “delil kaybına yol açma” gibi yorumlarla suç duyurusu yapılabilir. Ama yasanın emredici hükmü karşısında, büroyu aramak olası görünmüyor. TBB’ne ulaşım, sonuç almaya çalışılmalıdır.

SORU 4- Kolluk, yakaladığı kişinin üzerini arayabilir mi? (Şimdiki Gözaltına Alma Yönetmeliğine göre, yakalanan kişinin üzeri aranabiliyor. Yakalanan kişinin üzerinde silah varsa...)

CEVAP 4- Yakalama, suçüstü hali (olağanüstü durum) veya bir karara dayalı infaz biçimi olduğundan, kendisine, yakalayanlara ve çevreye zarar vermesini önlemek bakımından, gereklidir. Tam arama için karar istenir. Son değişikliğe göre, kolluk amiri de arama emri verebilecektir.

SORU 5- Suçüstü hallerinde şüphelinin üzerinin, hakim veya savcı kararı olmaksızın aranması mümkün müdür?

CEVAP 5- (6. SORU BENZERİ – CEVAP AYNIDIR.)

SORU 6- Arama kararında, aranılacak kişinin kimliğinin belirtilmesinin zorunlu olması karşısında, genel arama kararı (toplantı, trafik uygulaması v.b.) verilebilecek mi?

CEVAP 6- 116. ve 117. maddeler, konu itibarıyla birbiriyle bağlantılı olarak “makul şüphe” ölçütünü getirmiştir. Eğer bir suç bağlantısı ve buna bağlı “makul şüphe” yoksa, arama da yapılamayacaktır. Genel arama, adli bir arama değildir. Toplantıya, toplu yerlere ve yoldan geçenlere yönelik bu tür aramalar, yasal dayanaktan yoksun ve A.İ.H.S.’nin 8. maddesine de aykırıdır. Genel Aramada da yasal şartlara uygun arama yönteminin uygulanması gerekir.

SORU 7- Suçta kullanılan silah v.s.’nin kolluk tarafından olay yerinden veya sanıktan (şüpheliden) alınabilmesi için elkoyma kararına gerek var mıdır?

CEVAP 7- Ancak arama kararına dayalı olarak şüpheli (sanık) üzerinden veya delil araştırması kapsamında olay yerinden elde edilen silah v.b. suçta kullanılan eşya, “suç delili” özelliğinde olup arıca elkoyma kararının gerekmeyeceği görüşümdedir. Esasen arama kararı ile birlikte ve arama kararı kapsamında, suç delillerine de el konulması şeklinde bir ifadeye yer verilebilir.

SORU 8- 119/2-b maddesindeki “kişi” tabiri, açık kimliği mi ifade etmektedir? Açık kimliği belirlenemeyen bir kimsenin bulunduğu yerde arama yapılabilir mi?

CEVAP 8- Aramada yanlışlık ve tereddüde yer bırakmayacak netlik sağlanmak şartıyla, kişinin ayrıca kimlik bilgilerinin gerektiği yönünde, yasadaki ilgili maddelerde bir kayıt yoktur. Nüfusa kayıtlı olmayan ya da açık kimliği daha belli olmayan kişi veya bir yabancı, şüpheli durumunda yahut şüphelinin aleyhine delillerin elde edileceği kişi konumunda olabilir. Amaç suç delillerini araştırmak olduğuna göre, nasıl ki ev veya arabanın yeterli tarifi ile arama yapılabilirse, kişi de aynı yöntem ve tavırla aranır. Arama kararında yeterli tarif gerektiği açıktır.

SORU 9- Hakkında arama işlemi yapılan belge ve kağıtları yalnızca savcı ve hakim inceleyebilir ise, aramayı yapan kolluk görevlileri, belgelerin hangisinin suçla ilgili veya ilgisiz olduğunu nasıl ayırt edecek? Aranan yerdeki tüm belge ve kağıtlar, sözgelimi, muhasebe bürosunun dolaplarındaki dosya ve evraklara el koyup savcıya mı getirecek?

CEVAP 9- Öncelikle, aramanın “aram konusu” (ve arama kararı kapsamı) ile sınırlı olduğunu unutmayalım. Sorudaki haklılık payı açıktır. Ancak 122. maddedeki belge ve kağıtları inceleme yetkisinin savcı ve hakime tanınmasının sebebi, kişinin özel alanına gereksiz boyutta

girilmesini önlemektir. Suçla ilgisi olabilecek belge ve kağıdı baştan sona okumak gibi bir yükümlülük yoktur. Arama kararına konu suçla ilgili ise, genel bir değerlendirme ile, tespitlerini yapar; gerekirse bilirkişi incelemesi yoluna başvurur.

SORU 10- Kapsamlı koliler ve klasörler dolusu belgelerin hakim veya C. Savcısı tarafından nasıl incelenip suçla ilgisi veya ilgisizliği tespit edilecek? Bu tespit için bilirkişi incelemesi yaptırılabilir mi? (Nafi Solak – İzmir 6. S.C. Hk.)

CEVAP 10- (ÜSTTE CEVAPLANDIRILDI.)

(124/2. MADDE)

SORU 14- Arama sırasında elde edilen suç eşyasına (evde bulunan, öldürme suçunda kullanılan tabanca) 124/2. madde uyarınca el konulmasına sanık karşı koyuyor, kaçınıyorsa ne yapacağız? Eşyaya el koymayacak mıyız?

CEVAP 14- Bu fıkrada şüpheli ve sanığın (çekinebilecek tanıklar) ayrık tutulduğu durum, 60. maddenin uygulanması bakımındandır. Yoksa zorla el konulur ve karşı koyan kişi hakkında, oluşacak suç veya suçlar yönünden gereği yapılır.

SORU 15- Polis tarafından suçüstü yakalanan sanık (şüpheli olacak), arama kararı getirilinceye kadar polisin yanında, üzerinde bulunan suç unsurunu üzerinden çıkartıp atarsa ve bu husus polisin tutanağı ile belirtilip atılan suç unsuruna da el konursa, bu, kanıt olarak kabul edilebilir mi?

CEVAP 15- Elbette delil sayılacaktır. Polis, suç delilini kişi üzerinde aramak zorunda kalmadan elde etmiş olmaktadır. (Gökte ararken yerde bulmuştur.) Gerek parmak izi, gerek şüphelinin el svapı ile ve balistik incelemeyle desteklenecek bu delil, dosyaya büyük kolaylık sağlayacaktır.

SORU 16- Elkoyma işlemi üzerine Sulh Ceza Hakiminin 48 saat içinde suskun kalarak herhangi bir karar vermemesi halinde, elkoyma kendiliğinden kalkacağından (CMK 127/3), suçta kullanılan veya önemli suç delili olan eşyanın iadesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu durumda, bu hakim açısından bir sorumluluk doğar mı?

CEVAP 16- 48 saat dolmadan konuyu çözmek gerekir. Ayrıca kayıt, tespit tutanağı, fotoğraf gibi belgelendirmeye engel bir durum yoktur. Suç delilini evrakla hakim önüne çıkararak ta çözüm bulunabilir. Bütün bunlar yapılamayıp delil kaybı ve adaletin engellenmesi oluşmuşsa, "görevi savaçlama" veya "görevi kötüye kullanma" suçundan – Anayasa'daki eşitlik ilkesi gereği – hakim de sorumlu olacağı kuşkusuzdur.

SORU 17- Yakalanan kişinin nezarete alınması sırasında, önleme tedbiri olarak üst aramasının yapılması için ayrıca arama kararı da gerekir mi? Şüpheli, üstü aranmadan mı nezarethaneye alınacak?

CEVAP 17- PVSK kapsamında ve nezarethanelere ilişkin düzenlemeler çerçevesinde, üst araması yapılarak nezarethaneye almak gerekir. Ayrıca arama kararının zaten yasal dayanak ve şartları yoktur. Üst araması yapılmaması da, kendisine veya başkalarına zarar vermesi sonucunu doğurabileceğinden, gerekirse elbiseleri dahi çıkartılarak üzerinin dikkatlice aranması, atlanmaması gereken bir davranıştır.

SORU 18- Şüpheli gözaltına alınırken, PVSK ve J. Teş. K.'na göre, üzerini arama yetkisi var. Bu durum, yeni CMK'nda getirilen düzenlemelerle engelleniyor mu?

CEVAP 18- Üstte cevap verildi. Engellenmediği görüşümdedir. Çünkü burada bir suç delili araştırması değil, bir önleme çalışması yapılmaktadır ve gereklidir.

SORU 19- Şüpheli aramaya rıza gösteriyor ise, sözgelimi : "Beni bir an önce arayın; uçağımı kaçıracağım!" diyorsa, yine de arama için hakim kararı veya savcının yazılı emri mi istenecek? Danıştay'ın rızaya dayalı aramayı iptal etmiş olması bu durumu etkiler mi?

CEVAP 19- Danıştay'ın rızaya dayalı (muvafakatlı) aramayı, konut açısından kararına konu yaptığını sanıyorum. Ancak üst araması için de bunu düşünmek, hukuka uygun düşer.

Şüphelinin durumu, olayın niteliğine göre değerlendirilip gereği yapılır. Yazılı emir olmadan 116. ve 117. madde çerçevesinde arama yapılamaz. Şüphelinin ilişkili olduğu suç ciddi ise, gerçekten uçağının kalkıp kalkmayacağı araştırılır. Mümkünse yolculuğu erteletilip arama kararı temin edilir. Ya da kendisine erteleme fırsatı verilir. Çünkü bir suç soruşturması vardır. Gerekirse, gözaltı uygulanacaktır.

SORU 20- Rızayla arama, halen dahi mümkün değil mi? 75. ve 76. maddelerde rıza varsa, muayene mümkün diye akademisyenlerce söylenmiş. Bu halde de bu şekilde kıyas yapılamaz mı? Rızayla arama ve el koyma kabul edilemez mi?

CEVAP 20- Üstte değinildiği üzere, rızayla arama iptal edildi. Halen mümkün değil. Yönetmelik beklenemez. Şimdiki durumyla, yeni usul yasasına göre, rızayla arama olmaz. Elkoyma da olmaz. Üzerindeki eşyaları kendi çıkarıp gösterirse, engel bir durum olmayacağını düşünüyorum.

SORU 21- (116. MADDE)

CMK 116'da "makul şüphe", 128. maddede ise, "kuvvetli şüphe" denmiş. Bunlara örnekleme yapılabilir mi?

CEVAP 21- 116. maddedeki "makul şüphe": Hırsızlık suçu sabıkası makul şüphe sayılmazken, hırsızlık yapılan yer ve zamana yakın bölgede, bitişik binanın güvenlik kamerasında görülen çevreden olmayan kişi yönünden "makul şüphe" var sayılır. Teyp hırsızlığı sabıkalısının otoparkta görülmesi de böyledir.

128. maddedeki "kuvvetli şüphe": Elkoymada ve liste suçları içindir.

"İhaleye Fesat Karıştırma" suçu sanığının, ihale salonuna girip ihaleye katılmadan çıkarak bankaya gelmesi ve ihaleye katılanlardan birinin keşide ettiği yüklü miktardaki (hamiline) çeki bozdurmaya çalışması gibi...

_____ SON _____