

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN MIAILHE/FRANSA KARARI

Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN*

ÖZET

Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin arama ve elkoymaya ilişkin bir kararı incelenmiştir. Söz konusu koruma tedbirlerinin özel hayatın gizliliğine müdahale niteliğinde olması ve ayrıca konunun Türkiye açısından güncelliği nedeniyle kararı irdeleme gereği duyulmuştur.

Anahtar kelimeler: *Özel Hayatın Gizliliği, Arama, Elkoyma*

MIAILHE V. FRANCE CASE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

In this paper, a case of European Court of Human Rights concerning privacy, search and seizure is analyzed. It is needed to deal with the case since these kind of preventive measures occur interference to the privacy and the issue is quite actual for Turkey.

Keywords: *Privacy, Search, Seizure*

* Arş.Gör., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

§1. Olay

Filipinlerde yaşayan, hem Fransız hem de Filipinler vatandaşı olan başvuru-
cu Miailhe 1983 yılında Fransa'nın Bordo kentinde bir şirket yöneticisi ola-
rak bulunmaktadır ve o tarihlerde Manila'daki Fransız Konsoloslugu göre-
vinden henüz emekli olmuştur. 5 ve 6 Ocak 1983 tarihlerinde Gümrük gö-
revlileri tarafından, bir kıdemli polis eşliğinde başvuru-
tarafından idare
edilen şirketin merkez binası ve Konsolosluk binasında iki ayrı arama ya-
pılmıştır¹.

Aramalar başvuru-
cu ve sekreterinin hazır bulunduğu sırada ilk gün 9.30-
5.30 saatleri arasında; ikinci gün ise 9.15-12.30 saatleri arasında yapılmış;
yaklaşık 15.000 adet belgeye el konulmuş, bunlar sıralama yapılmadan kutu-
lara konularak mühürlenmiş ve Gümrük Müdürlüğü'ne götürülmüştür. 21
Ocak'ta başvuru-
cu ve polisin huzurunda kutuların mühürleri sökülmüş ve
tasnif işlemleri başlatılmıştır. Bu sırada başvuru-
cu işleri için acilen ihtiyaç
duyduğu bazı belgelerin fotokopisini talep etmiştir. Bu talep üzerine askıya
alınan tasnif işlemlerine 28 Ocak'tan itibaren devam edilmiştir.

İşlemler sonucunda gümrük görevlileri 9748 adet belgeyi kayda geçirmişler
ve araştırmayla ilgili olmadığını düşündükleri diğer belgeleri mühürleyerek
iki kutu içinde başvuru-
cuya iade etmişlerdir. Arama ve el koyma işlemleri
Gümrük Kanunu'nun 64. ve 454.maddelerine göre gerçekleştirilmiştir.

29 Ocak 1985 tarihinde başvuru-
cu hakkında ceza soruşturması başlatılmış;
20 Haziran 1985'te başvuru-
cu hakkında iddianame düzenlenerek, 3 Temmuz
1991 tarihinde dava açılmış ancak, ceza kanununda yapılan değişiklik gerek-
çesiyle 2 Aralık 1992 tarihinde yargılamaya son verilmiştir. Aynı kararla
belgelerin başvuru-
cuya iadesine hükmetmiştir.

Başvuru-
cu, el koymanın iç hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hü-
kümüne aykırılığı nedeniyle hükümsüz kılınması için 11 Ağustos 1983
tarihinde Gümrük Müdürlüğü aleyhine Paris Bölge Mahkemesi'nde dava
açmıştır². Başvurucunun talebi, görevsizlik kararıyla gönderildiği Paris Ağır

¹ Miailhe/Fransa Kararı (No:1), 12661/87, 25.02.1993. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin
Miailhe/Fransa kararı ile yazıda geçen diğer kararların İngilizce ve Fransızca metinleri için
bkz. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

² Başvuru-
cu ayrıca, avukat ve müvekkilli arasındaki mektuplara el koymanın savunma hak-
kını zedelediğini ileri sürmüştür. Aynı olayla ilgili olarak daha sonra başka bir davaya konu
olan iddiaya göre Miailhe, gelir idaresi tarafından tutulan belgelerin tümüne ulaşamadığı ge-
rekçesiyle Vergi Suçları Kurulu önündeki idari aşamada silahların eşitliği ilkesinin, ceza yar-
gılaması aşamasında da savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, bu açt-

Ceza Mahkemesi'nce 16.05.1984 tarihinde reddedilmiş; itiraz ve temyiz talepleri de 23.09.1984 tarihinde Fransız İstinaf Mahkemesi'nce, 17.07.1986 tarihinde Temyiz Mahkemesi'nce reddedilmiştir.

§2. Hukuki Sorun

Olayda hukuki sorun, Fransız Gümrük İdaresi'nce yapılan arama ve elkoyma işlemlerinin kişinin özel hayatına saygı hakkını ihlal edip etmediğidir. Bu bağlamda mahkeme özel hayata bir müdahalenin var olup olmadığı; var ise müdahalenin sözleşmenin 8.maddesinin 2.fikrasında belirtilen meşru amaçlardan birini taşıyıp taşımadığı ve demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığı sorunlarıyla uğraşmaktadır.

§3. Tarafların İddia ve Savunmaları

I. Başvurucu

Başvurucu, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurarak Sözleşmenin 6. ve 8.maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Başvurucuya göre müdahale yasal dayanaktan yoksundur. Gümrük Kanunu'nun 64.maddesi konutta arama ve elkoymayı adli makamların yetkisinde düzenlememiş olması nedeniyle 1958 Anayasası'na aykırıdır. Ancak Anayasa'dan önce yürürlüğe girmiş olduğu için Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülememektedir. Başvurucu, vergilendirmeye ilgili Anayasa Konseyi'nin, 1984 bütçesinin gelir ve işlem vergileri suçlarının yargısal güvenceden yoksun bir şekilde araştırılmasıyla ilgili 89. Bölümünü Anayasa'nın konut dokunulmazlığını düzenleyen 66. maddesine aykırı bularak reddettiğini hatırlatmaktadır³. Başvurucu, ayrıca yasal dayanak olarak gösterilen 64.maddenin yalnızca eşya aramasını düzenlediğini ve belgeleri kapsamadığını ileri sürmüştür.

Başvurucu, gümrük görevlilerinin yetkilerini kötüye kullandıklarını ileri sürmektedir. Bu durum 1986 ve 1989'da yapılan reformlardan önce, kötüye kullanmanın önünde bir engel bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Buna göre; soruşturmanın gerekleri kendisinin ve aile fertlerinin özel belgeleri de dâhil olmak üzere bütün evrakına el konulmasını haklı kılmaz⁴.

dan ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır. AIHM'in 6. maddenin ihlal edilmediği yönündeki kararı için bkz. Miailhe/Fransa (No:2), 18978/91, 26.9.1996.

³ Bkz. Miailhe/Fransa Kararının 30.paragrafi. Yazıda söz konusu karara yapılacak olan atıflar bundan sonra yalnızca "par." şeklinde kısaltılarak ve paragraf numarası yazılarak yapılacaktır.

⁴ Ibid., 34.par.

II. Hükümet

Olayda hükümet öncelikle kabul edilemezlik iddiasında bulunmuştur. Buna göre; başvuru soruşturmaya temel teşkil eden gümrük işleminin hukuka aykırılığını, ceza yargılamasının (Bordo Ceza Mahkemesi'nce yargılanması sırasında 25.11.1992 tarihinde) henüz başında çok erken ileri sürmüştür⁵.

Hükümet esasa ilişkin olarak ise; özel hayata bir müdahalenin olduğunu kabul etmekle birlikte⁶, bunun yasal dayanağı olduğunu ileri sürmektedir⁷. Buna göre Gümrük Kanunu'nun 64.maddesi konutta arama için yabancı ülkelerle iş ilişkilerini düzenleyen ilgili mevzuata ve gümrük mevzuatına gönderme yapmaktadır. Bunların anayasaya uygunluğundan şüphe edilemez. Zira, kanunların yapılmasından yayınlanmasına kadar Anayasa Konseyi'nin münhasır yetkisi sözkonusudur.

Kanunun niteliğine bakıldığında, sözkonusu yetkinin kapsam ve kullanım biçimini ortaya koyan mevzuat ve içtihat, keyfiliği bertaraf edici niteliktedir. Ayrıca 1986 ve 1989 yıllarında yapılan reformdan önce dahi mahkemeler gümrük araştırmalarını geçmişe etkili olarak ancak etkin bir biçimde korumakta idi. Hükümetin bu konudaki son argümanı ise, sözleşmenin 8.maddesinin konutta arama ve el koymanın önceden adli makamların yetkiyle gerçekleştirilmesini gerektirmediği şeklindedir.

Hükümete göre müdahale, ülkenin ekonomik refahı ve suçun önlenmesi meşru amacını taşımaktadır⁸. Konut aramalarının yabancı ülkelerle iş ilişkilerini düzenleyen mevzuattaki suçları araştırma, sermayenin kaçması ve vergi kaçakçılığını önlemenin tek yolu olduğu savunulmuştur. Zira, bu gibi durumlarda suçun delilleri olan belgeler suçlu tarafından kolaylıkla yok edilebilir. Ayrıca hükümet, aranan kişinin hukuki korunmadan yoksun olduğu iddiasını reddetmektedir. Karar makamının ilgili bölge gümrük müdürü olması; suçları saptamaya yetkili memurun mevki, arama sırasında kıdemli adli kolluk memurunun hazır bulunması; avukat ve doktorların meslek sırlarının korunması; aramanın zamanlaması, kamu yetkililerinin sorumluluğuna gidilebilmesi gibi diğer hususlar, 1986, 1989 reformundan önce var olan güvencelerdir⁹.

⁵ Ibid., 26.par.

⁶ Ibid., 28.par.

⁷ Ibid., 31.par.

⁸ Ibid., 33.par.

⁹ Ibid., 35.par.

Hükümet son olarak, başvurucuya isnad edilen suçun derecesini ve kişisel belgelerin nelerden ibaret olduğunu açıklamamalarını savunma mülahazaları olarak ortaya koymuştur¹⁰.

§4. Mercilerin Görüşleri

I. Ulusal Mahkemeler

Paris Ağır Ceza Mahkemesi, 64.maddenin başvurucunun iddia ettiğinin aksine sadece eşyayı değil, aynı zamanda suçun konusunu veya delilini oluşturan eşyayı da kapsadığını; arama ve el koymanın, anayasaya uygun olduğunu, suçun önlenmesi ve ülkenin refahı meşru gerekçeleriyle yapıldığını; Ceza Usul Kanunu'nun hakim kararıyla aramayı düzenleyen 136.maddesinin - 29 Aralık 1977 tarihli Kanun'un açık hükmü karşısında- genel hüküm teşkil etmesi nedeniyle olayda uygulanamayacağını belirtmiştir¹¹.

Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararına karşı başvurucunun itirazını inceleyen Paris İstinaf Mahkemesi ise, özel yaşamın korunmasının Gümrük Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağını; yalnızca aramanın özel belgeleri de kapsayacak şekilde yapılmasının hukuka aykırılık oluşturabileceğini ancak bunun da başvurucunun huzurunda yapılması ve hiçbir itirazda bulunulmaması, yine sınıflandırma işlemi sırasında işle ilgili belgelerin fotokopilerinin talep edilmesine karşılık bunların arasında özel belgeler bulunduğuna dair beyanda bulunulmaması mülahazalarıyla giderilmiş olduğu görüşündedir¹².

Paris Temyiz Mahkemesi, de benzer görüşlerle başvurucunun talebini reddetmiştir¹³.

II. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

Komisyon başvuruyu kabul edilebilir bulmakla birlikte sözleşmenin 8. ve 13.maddelerinin ihlal edilmediği kanaatindedir¹⁴. Komisyona göre de özel hayata bir müdahale sözkonusudur¹⁵. Müdahale, ülkenin ekonomik refahı ve suçun önlenmesi meşru amacını taşımaktadır¹⁶. Ancak Komisyon 8.maddenin ihlal edilmediği görüşündedir.

¹⁰ Ibid., 35.par.

¹¹ Ibid., 12.par.

¹² Ibid., 14.par.

¹³ Ibid., 15.par.

¹⁴ Komisyon'un gerekçeli görüşünü içeren metne, kararın yalnızca yazılı halinde ekli olarak yer verildiğinden ulaşılamamıştır. (Bkz. Ibid., par. 22)

¹⁵ Ibid., 28.par.

¹⁶ Ibid., 33.par.

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Mahkeme öncelikle kabul edilemezlik iddiasını, başvurucaunun gerekli birtakım başvurularda bulunduğu; buna karşılık aynı şekilde sonuçlanacak bir yasal başvuru imkânını kullanmadığı için eleştirilemeyeceğini belirterek reddetmiştir. Mahkeme ayrıca ceza yargılamasının durdurulmuş olduğunu da hatırlatmıştır¹⁷.

Mahkeme, olayda özel hayata ve haberleşmeye bir müdahalenin varlığı hususunun açık olduğunu belirtmektedir. Bu noktada sözleşmenin 8.maddesinin 2.fıkrasındaki koşulların sağlanıp sağlanmadığına bakılmalıdır¹⁸.

Mahkeme müdahalenin kanunla öngörölmüş olması koşulu konusunda, bu aşamada fazlaca tartışmaya gerek olmadığını, sözkonusu müdahalenin diğer yönleriyle birlikte değerlendirildiğinde 8.madde ile bağdaşmadığını belirtmiştir¹⁹.

Müdahalenin meşru bir amaç taşıması noktasında da uzun tartışmaya ihtiyaç duymayan mahkeme, sözkonusu müdahalenin esas olarak ülkenin ekonomik refahı meşru amacına dayandığını ifade etmiştir²⁰. Mahkeme, sermayenin dış ülkelere akışının engellenmesi ve vergi kaçakçılığı konularında devletlerin, bankacılık sistemlerinin ve finansal kanalların karmaşıklığı, çapı ve uluslararası yatırım için sınırsız alanlara yayılan kapsamı -ki bunların hepsi ulusal sınırların göreceli geçişkenliği ile kolaylaşmıştır- nedeniyle güçlüklerle karşılaşmıştı; bu nedenle kambiyo (döviz-kontrol) suçlarının maddi delillerini elde edebilmek ve gerektiği yerde sorumluları yargılayabilmek için konutta arama ve benzeri önlemlere gereksinim duyabileceklerini kabul etmektedir. Bununla birlikte, ilgili mevzuat ve uygulama, kötüye kullanmalara karşı uygun ve etkin koruma mekanizmalarına dayanmak zorundadır. Mahkeme, olayda gümrük yetkililerinin çok geniş yetkilere sahip olmasını; özellikle denetimlerin uzunluğunu, kapsamını, sayısını ve yerindeliğini değerlendirme konusunda münhasır yetkilerinin bulunmasını gerekçe göstererek sözkonusu güvencelerin mevcut olmadığına kanaat getirmiştir. Üstelik, yargıç güvencesinin olmadığı bir durumda, yasada öngörölen ve hükümet tarafından ortaya konulan sınırlama ve şartlar, başvurucaunun haklarına müdahale ile meşru amaç arasında olması gereken orantıyı sağlamayacak şekilde belirsiz ve boşluklarla dolu olduğu görölmektedir²¹.

¹⁷ Ibid., 27.par.

¹⁸ Ibid., 28, 29.par.

¹⁹ Ibid., 30.par.

²⁰ Ibid., 33.par.

²¹ Ibid., 37.par.

Mahkeme ayrıca, elkoyma işleminin gümrük idaresinin binlerce belgeyi so-
ruşturmayla ilgili görmeyerek iade etmesiyle sonuçlanacak biçimde toptan
ve rasgele yapılmış olmasını da kararının haklılığını ortaya koyması bakım-
ından belirtmiştir²².

§5. AİHM'e göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Sınırlanması

I. Kanunla Öngörölmüş Olma

Mahkeme öncelikle, sınırlamanın iç hukukta bir dayanağının olup olmadığı-
na bakar. Özel yaşama müdahalenin kanunla öngörölmüş olması hususunda
ortaya çıkabilecek sorunlar, yasal düzenlemenin olmaması veya çok yetersiz
olması halinde gündeme gelir. “Kanun” ifadesinden yalnızca yazılı hukuku
değil yazılı olmayan hukuku da anlaşılmalıdır²³. İç hukukta yer alan daya-
nağın tek başına varlığı yeterli olmayıp, bireyler için “ulaşılabilir olması” ve
ayrıca “bireyin davranışlarını düzenlemesine olanak verecek ölçüde açık ol-
ması” gerekmektedir. Örneğin; Mahkeme, mahpusların mektuplarının denet-
lenmesiyle ilgili olarak *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararında²⁴ idari
makamlarca çıkartılan ve yayınlanmamış talimat genelgelerini “ulaşılabilir”
bulmamıştır Mahkeme, kanunla öngörölmüş olma ilkesinden, sözleşmenin
başlangıç bölümünde ifade edilen “hukukun üstünlüğü”nü temel almaktadır.
Malone Kararında²⁵ belirtildiği gibi iç hukukun varlığı yeterli olmayıp etkin
ve nitelikli olması da gerekmektedir. Bireyin özel hayatına idarenin keyfi
müdahalelerini engellemek açısından bu ilke son derece önemlidir. Mahke-
me *Feldman/Birleşik Krallık* kararında²⁶ ulusal mahkemenin “*kanunlarda
telefon dinlemeyi yasaklamayan bir hüküm bulunmamasından ve idarenin
eylemleri ile bu alanın düzenlendiği düşüncesinden hareketle telefon din-
lenmesini hukuka aykırı bulmayan yaklaşımını, kesinliğin olmaması ve ida-
renin takdir yetkisinin sınırının belli olmaması nedenleriyle*” yerinde bul-
mamıştır. *Klass ve diğerleri/Almanya* davasında²⁷ başvuru-
cular belirli şart-
larda telefon dinleme ve haberleşmeyi izlemeye imkan veren ve terörle mü-
cadeleyi amaçlayan bir yasa çıkarılması nedeniyle ve bu yasanın kendilerine
uygulanıp uygulanmayacağını bilmedikleri halde, AİHM önünde haberleşme
haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme de yasanın başvuru-

²² Ibid., 39.par.

²³ Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı, 6538/74, 26.04.1979

²⁴ Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık Kararı, 5947/72, 25/03/1983. Benzer yönde bkz.
Huvig/Fransa 11105/84, 24.4.1990, Kruslin/Fransa Kararı, 11801/85, 24.4.1990

²⁵ Malone/Birleşik Krallık Kararı, 8691/79, 2.8.1984

²⁶ **Kilkelly, Ursula:** *Le Droit Respect a la Vie Privée et Familiale*, Une Guide sur la Mise en
Oeuvre de L'article 8 de la Convention Européene de Droit de L'homme, Strasbourg, Conseil
de L'Europe, 2001, s.19

²⁷ Klass ve diğerleri/Almanya Kararı, 5029/71, 06.09.1978

culara da uygulanabilir olduğunu kabul ederek, başvuruçuların mağdurluk statüsünün bulunduğu, ancak müdahalenin demokratik bir toplumda gereklilik ölçüsünü aşmadığına karar vermiştir. *Khan/Birleşik Krallık* kararında²⁸ mahkeme, suç tarihinde gizli dinleme cihazlarının kullanılmasını düzenleyen İçişleri Bakanlığının rehber kurallarının ulaşılabilir olmaması nedeniyle müdahalenin kanunla öngörülmüş olmadığına ve 8.maddenin ihlaline karar vermiştir.

II. Meşru Amaç Taşıma

AİHM'in içtihatlarına göre kanunla öngörülmüş olan sınırlamanın meşru bir amaç taşıması gerekmektedir. Bu amaçlar sözleşmede "milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" olarak sınırlı sayıda öngörülmüştür. Ancak bu kavramlar oldukça geniş yorumlanabilecek kavramlardır. Keza AİHM, önüne gelen davalarda müdahalenin meşru amaç taşıması noktasında yaptığı incelemede devlete geniş bir takdir yetkisi vermektedir²⁹. Mahkeme genellikle devletin takdir yetkisini kabul ettiği davalarda birden fazla sınırlama sebebini birarada kullanmaktadır³⁰. *Funke/Fransa* davasında³¹ gümrük görevlileri, vergi idaresinin ihbarı üzerine polisle birlikte başvuruçuyu ve eşinin yurtdışındaki malvarlıklarına ilişkin delil elde etmek amacıyla evlerinde arama yapmışlardır. Mahkeme ülkenin ekonomik refahını koruma amacına sahip olduğunu, bunun yanısıra komisyonun da belirttiği gibi suçun önlenmesi meşru amacına da dayanılabileceğini belirtmiştir. Milli güvenlik ve kamu emniyeti şeklindeki sınırlama sebepleri sıklıkla arama ve el koyma gibi ceza muhakemesi hukukuna ilişkin tedbirlerde gündeme gelmektedir³². *Klass/Almanya* kararında casusluk ve terörizm nedeniyle mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli denetim yetkisi veren kanunun, ulusal güvenlik nedeniyle, suç ve düzensizliği önlemek için gerekli olduğunu belirtmiştir. Benzer şekilde *Leander/İsviçre* kararında³³ mahkeme hassas işlerde çalışan kişiler için yapılan güvenlik soruşturmasının milli güvenliği koruma amacı taşıdığı gerekçesiyle haklı bul-

²⁸ *Khan/Birleşik Krallık Kararı*, 35394/97, 12.5.2000

²⁹ **Üzeltürk, Sultan**: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, Beta, 2004, s. 238

³⁰ Örneğin; *P.G ve J.H/Birleşik Krallık* davasında başkalarının haklarının korunması, suçun önlenmesi ve milli güvenlik olmak üzere üç sınırlama sebebi sayılmıştır. *Kilkelly*, s. 31

³¹ *Funke/Fransa Kararı*, 10828/84, 25.2.1993

³² **Üzeltürk**, s. 240

³³ *Leander/İsviçre Kararı*, 9248/81, 26.03.1987

muştur. Kaçak telefon hattı şüphesi ile evin aranmasında da, suçun önlenmesi sebebine dayanılmıştır³⁴.

Mahkumların dışarıyla ilişkilerinin sınırlanması ve haberleşmesinin izlenmesi³⁵ terör nedeniyle başvuruçunun fotoğraflarının çekilmesi³⁶ de düzenin korunması ve suçun önlenmesi meşru amacı kapsamında değerlendirilmektedir.

T.V./Finlandiya davasında³⁷ mahkeme HIV pozitif olan mahkumun durumunun açıklanmasının başkalarının hak ve özgürlüklerinin ve sağlığın korunması meşru amacına uygun olduğunu belirtmiştir. *Niemietz-Almanya* davasında³⁸, avukata ait mekânın, bir suçla ilgili davada kullanılmak üzere delil elde etmek amacıyla aranmasının, önceden mahkemeden izin alınmış olmasına rağmen, düzenin bozulması ve suçun önlenmesi ile başkalarının haklarının korunması hedefleriyle orantılı olmadığına, arama emrinin aşırı kapsamlı ifadelerle hazırlandığına ve yapılan aramanın, incelenen malzemelerin bazılarının tâbi olduğu meslekî gizlilik ilkesini çiğnediğine karar vermiştir.

III. Müdahalenin Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

Sekizinci maddeyle ilgili olarak yapılan testin son aşaması müdahalenin “*demokratik bir toplumda gerekli*” olup olmadığının belirlenmesidir. Esas itibariyle mahkemenin en önemli değerlendirme alanı da bu noktadadır.

Öncelikle demokratik bir toplumdaki ne anlaşılması gerektiği konusunda mahkemenin, 8.maddenin yanısıra 9., 10 ve 11. maddelerinde düzenlenen diğer nitelikli haklarla ilgili olarak yorumuna bakmak faydalı olacaktır. Mahkeme *Handyside/Birleşik Krallık* kararında³⁹ demokratik toplumun değerlerini, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğe saygı duyan ve vatandaşların haklarını buna karşı olan müdahalelere karşı koruyan toplum olarak sıralamaktadır. Yine çeşitli kararlarında mahkeme ifade özgürlüğü, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını demokratik toplumun kurucu unsurları olarak görmektedir.

Müdahalenin “*gerekli*” olması şartı olduğundan, devletin müdahale etmek için “bazı” nedenlerinin olması yeterli görülmemektedir. “Gerekli” olmanın ne anlama geldiği *Handyside* davasında “*Bu ‘vazgeçilmez’ ile eşanlamlı de-*

³⁴ Camenzind/İsviçre Kararı, 21353/93, 16.12.1997. Ayrıntı için bkz. **Sudre, Frederic: Droit Européen et International des droits de l’homme**, Paris, PUF, 2003, s. 156 vd.

³⁵ Van der Van/Hollanda Kararı, 50901/99, 4.2.2003

³⁶ Murray/Birleşik Krallık Kararı, 14310/88, 28.10.1994

³⁷ T.V./Finlandiya Kararı, 21780/93, 2.3.1994

³⁸ Niemietz/Almanya Kararı, 13710/88, 16.12.1992

³⁹ Handyside/Birleşik Krallık Kararı, 5493/72, 07.12.1976

ğildir ... 'kabul edilebilir', 'normal', 'yararlı', 'makul' veya 'arzu edilen' ifadeleri kadar esnekliği de yoktur” şeklinde açıklanmıştır. AİHM, *Olsson-İsveç* davasında bu konuyu daha da detaylı olarak ele almış ve “... gereklilik kavramı, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısız olduğunu ima etmektedir” şeklinde karar vermiştir⁴⁰.

AİHM, *Dudgeon-Birleşik Krallık* davasında⁴¹, demokratik bir toplumun iki ana özelliği olarak “hoşgörü” ve “açık fikirlilik”ten bahsetmiş ve bu madde bağlamında, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün önemini ve temel haklara keyfi müdahalelerin önlenmesi ihtiyacının da altını çizmiştir. Kararda, toplumda eşcinsel ilişkilerin cezalandırılmasını öngören yasanın uygulanmaması nedeniyle bir şikayet ve ahlaki bir bozulma olmadığına bu nedenle toplumsal bir ihtiyaçtan da söz edilemeyeceğine değinilmiştir. Ayrıca AİHM’ye göre AİHS, demokratik bir toplum ideallerini ve değerlerini korumak ve devam ettirmek amacıyla hazırlanmıştır. Ancak genel olarak demokratik bir toplumda 8’inci madde için gerekli olanın ne olduğu, orantısallık prensibinin uygulanmasıyla, bireysel haklar ve kamu yararı arasında oluşturulan dengeye göre belirlenmektedir⁴². Yukarıda bahsedilen *Niemietz/Almanya* davasında mahkeme, avukatın bürosunun aranmasının hakim kararına dayanan bir müdahale olmasına rağmen, demokratik bir toplumun gerekleri kriterine uygun düşmediği sonucuna varmıştır. Zira, aramada durumun gerektirdiğinden fazla belgenin incelenmesi amaç ve ölçülülük ilkelerinin aşılmasıdır.

Camenzind kararında mahkeme, arama ve elkoyma konularında AİHM, Sözleşmeye taraf devletlerin bazı suçlar hakkında fiziksel delil bulmak için konut araması ve el koyma gibi önlemlere başvurması gerekebileceğini kabul etmektedir. Bu tür önlemler normalde bir bireyin 8’inci maddenin birinci fıkrası çerçevesindeki, özel hayat veya aile hayatına dair haklarına müdahale anlamına gelmesine rağmen, bu önlemleri açıklamak için kullanılan nedenler ilgili ve yeterli olmalıdır ve hedeflenen amaca göre orantısız olmamalıdır. AİHM ayrıca, ilgili kanunların ve uygulamaların istismara karşı bireylere yeterli ve etkin koruma mekanizmaları sağlamasını da aramaktadır. AİHM’nin içtihatları, aramaların “yasal” olması ile “keyfiliğe ve istismara karşı usul açısından yeterli mekanizmalara sahip” olması şartlarına odaklanmıştır. Bu itibarla, taraf devletler belirtilen konuda takdir hakkına sahip olmasına rağmen, ulusal kanunların yetkililere mahkemedan alınmış arama

⁴⁰ Olsson/İsveç Kararı, 10465/83, 24.3.1988

⁴¹ Dudgeon/Birleşik Krallık Kararı, 7525/76, 24.02.1983

⁴² **Kilkelly**, s. 29-30

kararı olmadan arama emri verme ve arama yapma izni verdiği durumlarda, mahkemeler özellikle titiz davranmalıdır.

§6. Değerlendirme

Mahkemenin vergi konularıyla ilgili olarak önüne gelen 8.madde ihlali iddiaları, ya maddi vergi hukukundan ya da vergilendirme usulüne ilişkin olarak gündeme gelmektedir ki bunlardan sonuncusu esas itibariyle vergi idarelerinin bilgi edinme işlemleri sırasında sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Miailhe davası da bu örneklerden birisidir. Miailhe kararının AİHM'in içtihatlarına yapmış olduğu katkı Sözleşmenin 8 maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkının sınırlarını gösteren 2.fikrasının yorumu noktasında ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, özel hayatın gizliliğine saygıyı düzenleyen 8.maddenin 1.fikrasını tartışmaya lüzum görmemiş, yerleşik içtihatlarına göndermede bulunmakla yetinmiştir. Mahkemenin Camenzind kararında da belirttiği gibi, arama ve el koyma işlemleri koruma tedbiri niteliğinden dolayı, kaçınılmaz olarak temel hak ve özgürlüklere mahkûmiyet hükmünden önce bir müdahale teşkil etmektedir. Bu açıdan Miailhe kararı mahkemenin bu konudaki değerlendirmesini pekiştirici niteliktedir. Gerçekten, başvurucuların konutunun aranması ve belgelerine el konulmasının özel hayata müdahale teşkil ettiği ortadadır. AİHM'in 8.madde ile ilgili diğer kararları incelendiğinde özel hayatın tanımının verilmekten kaçınıldığı ancak kapsamının oldukça geniş tutulduğu görülmektedir. Sekizinci madde, temel olarak bireyin konutuna devlet veya temsilcileri tarafından yapılan saldırılara karşı koruma sağlar⁴³ Mahkeme, konut kavramını bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı ve özel hayatını sürdürdüğü yer olarak anlamakta⁴⁴, ancak bazı işyerlerini de kapsayacak biçimde genişletmektedir⁴⁵. Ticari veya mesleki faaliyetlerin sürdürüldüğü yerler de konut kavramı içinde değerlendirilir. Nitekim olayda komisyon, Bordo şehrinin Filipinler Konsolosluğunu da konut olarak kabul etmiştir⁴⁶. Miailhe davası, öğretide genellikle Funke/Fransa⁴⁷ ve Crémieux/Fransa⁴⁸ davalarıyla birlikte anılmaktadır⁴⁹. Bu üç önemli karara kadar

⁴³ Kil Kelly, s. 55

⁴⁴ Renucci, s. 154

⁴⁵ Gillow/Birleşik Krallık, 9063/80, 24.10.1986

⁴⁶ Javet, Michel: "Affaire Miailhe c. France", La France et la Cour Europeenne des droits de l'homme, La jurisprudence de 1993, Cahiers Du CREDHO N° 2, 1994, s.37, <http://www.credho.org/cedh/session02/cahier02.pdf>, 01.01.2010

⁴⁷ Funke/Fransa Kararı, 10828/84, 25.2.1993

⁴⁸ Crémieux/Fransa Kararı, 11471/85, 25.2.1993

⁴⁹ Bkz. Lawson, Rick/De Blois, Matthijs: (edt) *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Springer, 1994, s. 245; Javet, s. 37- 40 ve Saban, Nihal: "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Bir Vergi

AİHM'nin özel hayatın gizliliğine, "ülkenin ekonomik refahı" gerekçesiyle müdahaleyi ciddi anlamda haklı gördüğü olmamıştır⁵⁰. Mahkeme, sermayenin dış ülkelere akışının engellenmesi ve vergi kaçakçılığı konularında devletlerin, bankacılık sistemlerinin ve finansal kanalların karmaşıklığı, çapı ve uluslararası yatırım için sınırsız alanlara yayılan kapsamı nedeniyle güçlüklerle karşılaştığını; bu nedenle kambiyo suçlarının maddi delillerini elde edebilmek ve gerektiği yerde sorumluları yargılayabilmek için konutta arama ve benzeri önlemlere gereksinim duyabileceklerini kabul etmektedir.

Arama ve elkoymayla ilgili olan her üç davada da AİHM, gümrük idarelerinin aramayla ilgili yetkilerini kötüye kullanmalarına karşın yeterli hukuki korunmanın bulunmamasından dolayı ihlal kararı verdiği görülmektedir. AİHM, Paris İstinaf Mahkemesi'nin, "aramanın başvuru huzurunda yapılması ve hiçbir itirazda bulunmaması, sınıflandırma işlemi sırasında işle ilgili belgelerin fotokopilerinin talep edilmesine karşılık bunların arasında özel belgeler bulunduğu dair beyanda bulunmaması" şeklindeki değerlendirmelerini dikkate almamıştır. Özellikle yetkililerin çok geniş yetkilere sahip olduğuna ve mahkemeden alınmış arama kararı şartı olmadığı için, kanunlarda belirtilen sınırlandırmaların ve şartların, davacıların haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olamayacağı kadar aşırı gevşek ve hukuki boşluklarla dolu olduğuna karar vermiştir. Yine, AİHM, yargıç kararını arama tedbiri açısından bir güvence olarak görmektedir. Fransa'da 1986 ve 1989 yıllarında gümrük araştırmaları bakımından ilgili hükümlerde değişiklik yapılarak hâkim güvencesi, yalnızca kararda belirtilen adreslerde ve belirtilen görevlilerce arama yapılabilmesi, gerekçeli olması gibi oldukça ayrıntılı düzenlemeler getirilmiş olması da olayda aramanın yapıldığı tarihteki yasal güvencelerin yetersiz olduğunu kanıtlamaktadır. Nitekim *Keslassy* davasında⁵¹ Fransız hukukuna getirilen, yargı kararına dayalı arama ve elkoyma hükümleri sözleşmeye uygun bulunmuştur.

Kaynakça

Greer, Steven: The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European

Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, 1997

Javet, Michel: "Affaire Mialhe c. France", La France et la Cour

Europeenne des droits de l'homme, La jurisprudence de 1993, Cahiers Du

Hukuku Kavramını Okumak: Arama", http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/36/web/anayasa_hukuku_insan_haklari/prof_dr_nihal_saban.htm#_ftnref15 (10.03.2009)

⁵⁰ **Greer, Steven:** The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, 1997, s.213

⁵¹ *Keslassy/Fransa Kararı*, 51578/99, 8.1.2002

CREDHO N° 2, 1994, s. 37-40,

<http://www.credho.org/cedh/session02/cahier02.pdf>, 01.01.2010

Kilkelly, Ursula: Le Droit Respect a la Vie Privée et Familiale, Une Guide sur la Mise en Oeuvre de L'article 8 de la Convention Européene de Droit de L'homme, Strasbourg, Conseil de L'Europe, 2001

Lawson, Rick/De Blois, Matthijs: (edt) *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Springer, 1994

Renucci, Jean-François: Droit Européen des Droits de l'homme, Paris, LGDJ, 2002

Saban, Nihal: “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Bir Ver-gi Hukuku Kavramını Okumak: Arama”,

http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/36/web/anayasa_hukuku_in_san_haklari/prof_dr_nihal_saban.htm#_ftnref15 (10.03.2009)

Sudre, Frederic: Droit Européen et International des droits de l'homme, Paris, PUF, 2003

Üzeltürk, Sultan: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, Beta, 2004