

**T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI VE
AVRUPA
İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE GÖRE
KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Yavuz ATAR

HAZIRLAYAN
Esra VAROL

Konya, 2008

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
1- KAVRAM	2
2- KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI VE İHLALİ	4
3- ÖNCEKİ ANAYASALARDA KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI	6
a. 1961 Anayasasına Kadar Olan Dönem	6
b. 1961 Anayasası Dönemi	8

BİRİNCİ BÖLÜM

1982 ANAYASASINA GÖRE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI

I. 1982 ANAYASASINDA KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ DÜZENLENMESİ

A. GENEL OLARAK	10
1. Konut Dokunulmazlığı Hakkı	11
2. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı	16
B. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ KAPSAMI	20
C. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SINIRLANMASI VE GÜVENCELERİ	21
1- 1982 Anayasasının İlk Halinde Konut Dokunulmazlığı Hakkı İçin Öngörülen Özel Sınırlama Sebebi	24
2- 2001 Anayasa Değişiklikleri ile Getirilen Yeni Sınırlama Sebepleri	25
a. Kanunla Sınırlama	29
b. Demokratik Toplum Düzeninin ve Laik Cumhuriyetin Gerekleri	30
c. Öze Dokunma Yasağı	31
d. Ölçülülük İlkesi	32

e. Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Aykırı Olmayan Sınırlama	34
f. Nedene Bağlılık İlkesi	34
g. Hakkın Kötüye Kullanılması	35
D. OLAĞANÜSTÜ HALLER VE SIKİYÖNETİM HALLERİNDE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ KORUNMASI.....	36
II. MEVZUATA GÖRE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI	
A. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ KORUNMASI	39
1. MEDENİ KANUNUMUZ AÇISINDAN	39
2. CEZA KANUNUMUZ AÇISINDAN	41
a. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme	42
b. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme	43
c. 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarının Karşılaştırılması	43
3. CEZA MUHAKEMESİ KANUNU AÇISINDAN	47
B. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SINIRLARI	48
1. CEZA KANUNU AÇISINDAN	48
a. Suçun Unsurları	48
(1) Suçun Maddi Unsurları	48
(a) Fiil	48
(b) Suçun Faili	53
(c) Suçun Konusu	56
aa. Konut	56
bb. Eklenti	59
cc. İşyeri ve Eklentileri	63
(d) Suçun Mağduru	63
(e) Suç ile Korunan Hukuki Yarar	64

(f) Suçun Nitelikli Halleri	66
aa. M. 116/4. Fıkıradı Düzenlenen Ağırlatıcı Nedenler	66
bb. M. 119/1. Fıkıradı Düzenlenen Ağırlatıcı Nedenler	67
(2) Manevi Unsur	68
(a) Kast	68
(b) Taksir	69
(c) Olası Kast	70
(d) Saik	70
(3) Hukuka Aykırılık	71
b. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	72
(1) İştirak	72
(2) Teşebbüs	72
(3) İçtima	73
c. Kovuşturma, Görevli Mahkeme, Suçun Yaptırımı ve Dava Zamanaşımı	73
(1) Kovuşturma	73
(2) Görevli Mahkeme	74
(3) Suçun Yaptırımı	74
(4) Dava Zamanaşımı	75
2. CEZA MUHAKEMESİ KANUNU AÇISINDAN	75
a. Arama Tedbiri	75
(1) Arama Kavramı	75
(2) Arama Müessesinin Kanunda Düzenleniş Biçimi	76

(3) Aramanın Çeşitleri	77
(4) Konutta Arama ve Buradaki Eşyaya El Koyma	78
(5) Aramayı Emretme Yetkisi	81
b. El Koyma	83
(1) Genel Olarak	83
(2) Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara El Konulması	84
c. Yakalama	85
d. Teknik Araçlarla İzleme	85
(1) Genel Olarak	85
(2) Tedbirin Uygulanacağı Alan	86
e. Keşif	87
3. POLİS VAZİFE VE SELAHİYET KANUNU AÇISINDAN	87
4. SIKIYÖNETİM KANUNU AÇISINDAN	90

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE GÖRE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ DÜZENLENMESİ

A- AİHS 8.Madde Çerçevesinde Konut Dokunulmazlığı Hakkının Koruduğu Alan	92
1. Genel Olarak	92
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Temel Hak ve Özgürlüklerin Yeri	94
3. AİHS 8. Madde ile İlgili Durum	97

a. Konut Kavramı	100
b. Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkı ve Müdahale	101
B- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Konut Dokunulmazlığı Hakkı	103
C- Mülkiyet Hakkı	105
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SINIRLARI VE GÜVENCELERİ	
A - AİHS 8.madde 2.fıkra Çerçevesinde Konut Dokunulmazlığı Hakkının Güvenceleri	109
1. Kanunlara Uygunluk	110
2. Meşru Amaç	111
3. Demokratik Toplum Bakımından Gereklilik	111
B- AİHS 8.madde 2.fıkra Çerçevesinde Konut Dokunulmazlığı Hakkının Sınırları	112
1. Kasıtlı Saldırıları	113
2. Kamulaştırma ve Dönüşün Engellenmesi	113
3. Arama ve El Koyma	113
4. Terör Suçları	114
5. Vergi Suçları	114
6. İmar Uygulamaları	114
7. Gürültü ve Çevre Kirliliği	115
C- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Konut Dokunulmazlığının Sınırları ve Güvenceleri	115
SONUÇ	120
KAYNAKÇA	123

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AKİP	: Açıklamalı Kanun İçtihat Programı
AM	: Anayasa Mahkemesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜSB	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
AY.	: Anayasa
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
a-	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
E.	: Esas sayısı
E.T.	: Erişim Tarihi
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHD	: İnsan Hakları Derneği
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar sayısı
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.T.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
Nak.	: Nakleden
OHALKHK:	Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
S.K.	: Sayılı Kanun
SK	: Sıkıyönetim Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
Y.	: Yıl
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

İnsan haklarının doğuşu ve gelişiminde bir çok belirleyici etken bulunmaktadır. Düşünceler tarihi, toplumsal mücadeleler, ulusal ve uluslararası ölçekteki hukuki düzenlemeler, hak ve hürriyetlerin bugünkü aşamaya ulaşmasını sağlamıştır. Hak ve hürriyetlerin toplumsal temelleri, onların sürekli evrim halinde olduklarını göstermiş ve bu gelişmeci özellikleri geçmişten günümüze gözlemlenebilmiştir.¹

Günümüzde insan haklarına ilişkin gerek büyük uluslararası belgelerde gerekse anayasalarda hak ve hürriyetler tanınmıştır; ve konumuzu oluşturan konut dokunulmazlığı hakkı da bunlardan biridir.

Yüzyıllar boyunca yaşanan deneyimler, insan haklarının etkin bir biçimde korunmasını sağlamak için, sadece temel hakları belirlemenin yeterli olmadığını, bu hakların ayrıca somut koruma yöntemlerini güçlendirecek muhakeme hukuku temel kurallarıyla gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde güvence altına almak gerektiğini göstermiştir.²

İnsan hakları, hem anayasa hem de uluslararası hukuk kavramıdır. İnsan hakları deyimini geniş kapsamlıdır; bir yandan insanların haklarının devlet organlarına karşı korunmasını, diğer yandan da çok boyutlu olan insan kişiliğinin geliştirilmesini içerir. İnsan hakları deyimini ile kimi kez tüm insanlara tanınması gereken haklar anlatılmak istenir. Buna soyut anlamda insan hakları da denir. Bu anlamda insan hakları olanı değil, olması gerekeni gösterir.³

Hak ve hürriyetlerin başlıca hukuki kaynağı anayasadır; tabi ki anayasal değer taşıyan başka kaynaklar da mevcuttur. “İnsan hakları” kavramı Anayasa hukukunun büyük bir konusunu oluşturmaktadır. İnsanın bazı temel

¹ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı), Ankara 2002, s.12.

² Tezcan Durmuş - Erdem M. Ruhan - Sancaktar Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s.1.

³ Gözübüyük, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 2005, s.480.

hak ve hürriyetlerinin ulusal hukuk dışında uluslararası alanda korunması düşüncesi özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra savaş dönemindeki soykırım da dahil olmak üzere kitlesel insan hakları ihlallerine karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

04.11.1950 tarihinde Roma'da imzalanan ve on devlet arasında 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerinin Korunması Konusunda Avrupa Konvansiyonu (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AİHS olarak anılacaktır) bu alanda atılmış önemli bir adımı oluşturmaktadır. Ülkemizde ise insan haklarının ve hukuk devletinin tohumları, belli bir metin üzerinde, 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanının da atılmıştır.⁴

1- KAVRAM

İnsanın yaşamını güzel, sağlıklı ve huzurlu sürdürmesi onun toplu yaşamasına bağlıdır, ki bu toplu yaşam, insanı doğaya karşı güçlü kılmaktadır. Ancak bu toplu yaşam bir takım zorlukları da beraberinde getirir; özellikle bireyi topluma ve devlet gücüne karşı koruyan ona bir çeşit “dokunulmaz alan” ayıran haklar ve özgürlüklerin güvence altına alınması gibi. Bu haklardan biri de kişi dokunulmazlığının doğal sonucu olan konut dokunulmazlığıdır.⁵

Sözlüklerde, genellikle konut için aynı anlamlar verilmiştir. Türk Dil Kurumunun sözlüğünde konut, “İnsanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken, ikametgâh” olarak tanımlanmıştır.⁶ Ceza Hukukunda ise, konut bir kimsenin geçici veya sürekli olarak fiilen oturduğu her yer, diye tanımlanmıştır.⁷ Konut dokunulmazlığının ihlali de, kişi hürriyeti ve kişinin güven ve huzurunun korunması ile sağlanan durumun ihlal edilmesidir.

⁴ Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s.206.

⁵ Şensoy, Naci, “Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürmü”, İÜHF, Y - 1945, S - 3-4, s.16.

⁶ Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr/TR/Arama.aspx?>, E.T. 20.03.2008.

⁷ Çınar, Ali Rıza, Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları, Ankara 1999, s.5.

Konut, en yalın tanımı ile “yerleşmek kast ve niyeti olmaksızın yaşanılan veya kalınan yer”dir. AİHM, genel anlamıyla konutu, “kişinin özel hayatını sürdürdüğü yer” olarak tanımlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, meslek ve ticaret faaliyetinin yürütüldüğü yeri de konut saymıştır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında “konut” kavramına ev ve işyerlerinin ayırım yapılmaksızın dahil olacağını belirtmiştir.⁸

“Konut” ile “ikametgah” karıştırılmamalıdır. Bazı yazarlar “ikametgah” için de “konut” kelimesini kullanmakta iseler de büyük çoğunluk karışıklığa neden olduğu için bu kullanıma karşı çıkmaktadır. Konut, “kişinin özel yaşamını sürdürdüğü, çevreden ayrılmış” yerdir. İkametgah bazen konut olabildiği gibi konut da ikametgah olabilir. “Konut”, tek değildir, zorunlu değildir ve bir yerin konut sayılabilmesi için yerleşmede süreklilik aranmaz.

Konut dokunulmazlığı, kişi hürriyetlerinin bir parçasıdır. Kişi hürriyetleri ise, kamu hürriyetlerinin bir alt grubudur, dolayısıyla kamu hürriyetlerini tanıma ve korumadaki gerekçe ne ise, konut dokunulmazlığını tanıma ve koruma gerekçesi de aynıdır. Konut dokunulmazlığında korunan konutun kendisi değil, kişinin orada tecelli eden iradesi ve hürriyetidir.⁹ Kişi hürriyetlerinin tam ve etkin olarak gerçekleşebilmesi için konut dokunulmazlığını tanımak şarttır. Zira insanın kişiliğini tam olarak gerçekleştirebildiği ve geliştirebildiği tek yer konutudur. Konutun korunması, insanın kişiliğini serbestçe gerçekleştirmesi ve geliştirmesi bakımından şarttır. Konutunu korumadan mahrum olan kişinin kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi söz konusu olmayacaktır. Kişinin konutu her türlü tecavülden korunmalıdır ki kişi de korunmuş olsun. Konut dokunulmazlığı kişi dokunulmazlığı hakkı ile paralellik arz eder; biri etkin olarak korunduğu ölçüde diğeri de korunabilir. Birinin etkin şekilde korunamıyor olması, diğerrinin de korunamaması sonucunu doğurur. Konut dokunulmazlığı, kişinin, diğerr bireylere, topluma ve hatta devletin

⁸ AM, E.1973/1, K.1974/14, K. T. 25.04.1974; AMKD, S-12, Ankara 1977, s.145.

⁹ Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C - III, Ankara 1985, s.41.

müdahalelerine karşı korunmasının ve kişiliğini serbestçe gerçekleştirip geliştirmesinin ön şartıdır.

2- KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI VE İHLALI

Konut dokunulmazlığı fikrini çok eski devirlere kadar götürmek mümkündür. Konut dokunulmazlığı, sözlük manası ile bir kimsenin konutuna zorla girilmemesini ifade eder. Daha doğru bir ifade ile konut dokunulmazlığını ihlal eskiden sadece zorla girilme halinde kabul edildiğinden, bu ihlali koruyan konut dokunulmazlığı kavramı da bunun etkisi ile sözlüklerde zorla girilememe olarak tanımlanmıştır.¹⁰ Oysaki günümüzdeki tanımında yalnız zorla giriş değil, rızaya aykırı olarak her türlü konuta giriş veya rıza ile girdikten sonra rızaya aykırı olarak her türlü konutta kalmalar, konut dokunulmazlığı hakkının ihlali sayılmaktadır.

Konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı ilkesi ile de iç içedir. Konut her çeşit saldırıdan korunmadıkça özel hayatın korunması olanağı yoktur. Bu nedenle ulusal ve uluslararası belgelerde çok eski zamanlardan beri konut dokunulmazlığı koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Nitekim 1982 Anayasası'nın 21. maddesinde kimsenin konutuna dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Konut dokunulmazlığı kişinin temel haklarından ve kişi özgürlüğünün devamı niteliğindedir. Konut dokunulmazlığı, özel yaşamın korunmasına ilişkin ilkelere de sıkı sıkıya bağlıdır ve konut özel yaşamın bir sahnesi olup her türlü saldırıdan korunmadıkça özel yaşam da korunmamış olur. Konut kişinin kendisini huzur ve güvencede duyduğu bir yerdir, bu nedenle konut dokunulmazlığı kişi dokunulmazlığının da doğal bir sonucudur. Modern hayatta bir insanın oturduğu bir yer, yani konutu olması gerekir ve konut dokunulmazlığı ile insanların oturduğu konuta, rızaya aykırı, her türlü giriş ve rıza ile girdikten sonra rızaya aykırı her türlü kalma önlenmektedir.

¹⁰ Çınar, s.4.

Konut dokunulmazlığı, çağdaş yönetimlerde başlıca temel hak ve hürriyetlerden sayılmaktadır. Kişinin temel haklarından olması dolayısı ile taşıdığı önemden dolayı konut dokunulmazlığı hemen bütün anayasalarda ve uluslararası siyasi belgelerde yer almıştır. Bu nedenle de konut dokunulmazlığı kavramı aynı zamanda evrensel nitelikte bir kavramdır.¹¹

Bütün çağdaş anayasalarda tanınan bu hakkın ihlali, ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmek suretiyle ulusal düzeyde; uluslararası metinlerde yer verilmek suretiyle uluslararası düzeyde korunmaya çalışılmaktadır. Konut dokunulmazlığına bütün önemli uluslararası belgelerde yer verilmekle, bunun insan hakları ve temel hürriyetler kapsamında bir hak olduğu kabul ve ilan edilmiş olmaktadır. Çünkü konut dokunulmazlığı hakkı yoksa kişi hakları da yoktur ve kişi hakları yoksa kişi de yoktur. Yani konut dokunulmazlığı hakkının reddi veya ihlali kişinin reddine kadar varabilecek ciddi sonuçlar doğurabilecektir.

Konut dokunulmazlığı hakkı Anayasamızda yer alan klasik haklardan olup, 1982 Anayasasında da bu hakkın bulunduğu kısım “kişinin hakları” bölümüdür. Bu bölümde yer alan haklar kişinin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve hürriyetlerdir ve kişinin devlet tarafından aşlamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizer ve kişiyi devlete karşı korur.¹² Konut dokunulmazlığı hakkı negatif statü haklarından. Çünkü devlet kişiye tanıdığı bu hürriyet alanına dokunamaz. Kişi bu dokunulamaz alanda her türlü ve her kaynaktan gelen tecavüzlere karşı tam bir koruma altındadır. Bu koruma sayesinde ve bu korunaklı alanda kişiliğini dilediği gibi gerçekleştirme, faaliyetlerine dilediği gibi devam etme hürriyetine sahiptir.

Anayasamızın 21. maddesinde güvence altına alınan konut dokunulmazlığı hakkı, kişinin kendisine özgü, barış ve sükununu,

¹¹ Çınar, s.5.

¹² Yüzbaşıoğlu, Necmi, Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2003, s.20.

yuvasındaki yaşamını sulh ve selametle cereyanı için varolması gerekli olan güvenlik duygusunun sarsılmamasını ifade etmektedir. Hatta bu hakkın korunmasını sağlamak için ceza hukuku açısından da, bireylere karşı işlenen ve aynı zamanda onların muhtaç oldukları güvenlik ve sükunu ihlal eden bu fiillerin, hürriyete karşı işlenen suçlar arasında bir suç olarak tanımlanması uygun görülmüştür.¹³

3- ÖNCEKİ ANAYASALARDA KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI

b- 1961 Anayasasına Kadar Olan Dönem

Ülkemizde insan haklarının ve hukuk devletinin tohumları, belli bir metin üzerinde, 3.11.1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile atılmıştır. Can, mal ve ırz güvenliklerini sağlayıcı ifadeler; vergi ve yargı işlemlerinin adaletle sağlanması buyruğu; kanunsuz suç ve ceza olmaz, yargılamasız kimseye ceza verilmez ilkelerinin tanınması, hukuk devletine doğru ilk adımlar olarak nitelenebilir. Yasallık ve eşitlik ilkeleri, bu yolda kanunlaştırma hareketlerinin başlatılmış olması, Padişah'ın sınırsız gücünün, kendini sınırlama ilkesiyle belli kayıtlara bağlanacağı anlamına gelir. İktibas yoluyla, modern hukuk ve devletin temellerinin atılmış olduğu söylenebilir.

Islahat Fermanında ise inanç, dil, din, mezhep özgürlüğü gayrimüslimlere tanınırken yine dolaylı olarak kişilerin özerklikleri bağlamında özel yaşamlarının korunduğu görülmektedir.¹⁴

1876 Anayasası (Kanun-i Esasi) “Cemiyet- i Mahsusa” adını taşıyan bir kurulca Belçika, Polonya ve Prusya anayasalarından yararlanılarak hazırlanmış ve 23 Aralık 1876’da “ferman” biçiminde ilan edilmiştir. Bu anayasa, Osmanlı Devleti tebaasının temel hak ve hürriyetlerini zamanının

¹³ T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Ankara 2007, s.242.

¹⁴ Sezer, A. Necdet, Anayasa Mahkemesi Başkanı Açış Konuşması, “1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat”, www.mevzuatdergisi.com, E.T. 09.03.2008, s.619.

anayasalarına benzer bir biçimde düzenlemiştir. Anayasada, kişi hürriyeti (m.9), kişi güvenliği (m.10), ibadet hürriyeti (m.11), basın hürriyeti (m.12), ticaret, sanat ve ziraat alanlarında şirket kurma hakkı (m.13), dilekçe hakkı (m.14), öğretim hürriyeti (m.15), eşitlik ilkesi (m.17), mali güce göre vergilendirme ilkesi (m.20), mülkiyet hakkı (m.21), konut dokunulmazlığı (m.22), tabii hakim ilkesi (m. 23, 89), hak arama hürriyeti (m.83, 84), müsadere ve angarya yasağı (m.24), vergilerin kanuniliği ilkesi (m.25), işkence ve eziyet yasağı (m.26), vatandaşlık hakkı (m.8), devlet memurluğuna girme hakkı (m.19) gibi hak, hürriyet ve ilkeler yer almıştır.¹⁵

İlk Osmanlı- Türk Anayasası olarak 1876 Kanun-i Esasi'si, uyruklara geleneksel kişi hürriyetlerini tanımaktadır. 1909 değişiklikleri ile dernek ve toplantı hürriyetleri ile basın hürriyeti tanınmıştır.¹⁶

Cumhuriyetin ilk anayasası olan 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, doğal hukuk temeline dayandığı ve sadece 1789 Haklar Bildirgesi anlayışını yansıttığı için birinci kuşak özgürlüklerle sınırlı kalmıştır.¹⁷

1924 Anayasası, Beşinci Bölümünü bireye ve onun hak ve hürriyetlerine ayırarak, bu bölümü 20 maddeden oluşturmuştur. Anayasa, 1789 tarihli “İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi”nin kullandığı anlatım ile özgürlüğü “başkasına zarar vermeyecek her türlü davranışta bulunma” şeklinde tanımlamıştır.¹⁸ Hürriyet, tabii bir hak olarak bunun herkes için sınırı, başkalarının da sınırı olarak tanımlanmış ve bu sınırı ancak kanunun çizeceği belirtilmiştir (m. 68). Cana, mala, ırza, konuta hiçbir türlü dokunulamaz (m. 71), postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetler, yetkili sorgu yargıcı veya yetkili mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefonla haberleşmenin gizliliği bozulamaz(m. 81). Bağlıların, çalışmaların,

¹⁵ Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2007, s.21.

¹⁶ Kaboğlu (2005), s.201.

¹⁷ Kaboğlu (2005), s.206.

¹⁸ Gören, Zafer, Anayasa Hukuku, Ankara 2006, s.55.

mülk edinme ve hak kullanmanın, toplanmaların, derneklerin ve ortaklıkların serbestlik sınırı kanunla çizilir(m. 79).

1924 Anayasası, bireylerin doğal özgürlüklerini saymakla, devletin bu alana müdahale edemeyeceğini, devlet iktidarının sınırlandığı oranda birey özgürlüklerinin varolabileceğini anlatmak istemiştir.¹⁹ Bütün temel haklar, basit yasa kaydına tabi tutulmuş ancak anayasada, özgürlükleri güvence altına alacak bir mekanizma kurulmamıştır. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek ve anayasanın üstünlüğünü gerçekleştirecek bir anayasa mahkemesinin kurulması öngörülmemiştir. Bütün bunlar, temel hakların düzenlenmesi yetkisinin, meclis çoğunluğu tarafından modern hukuk devletinin temel hak anlayışı ile bağdaşmayacak şekilde kullanılması sonucunu doğurmuştur.²⁰

c- 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası, 14. maddede düzenlediği kişi dokunulmazlığının ardından 15.-17. maddeler arasında açıkça “Özel Hayatın Korunması” başlığı altında, Özel Hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Hürriyetini düzenlemektedir.²¹

1961 Anayasası'nın 16. maddesine göre; “Konuta dokunulamaz.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.”

Anayasası'nın 10. maddesinde yer alan herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu kuralı, 1961 Anayasası'nın doğal hukuk anlayışına yakın olduğunu

¹⁹ Arsel İlhan, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1965, s. 103; Gören (2006), s.55.

²⁰ Gören (2006), s.55. vd.

²¹ Üzeltürk, Sultan, 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004, s.14.

ortaya koymuştu.²² 11. maddeye göre ise, temel hak ve hürriyetler anayasasının sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanun ile sınırlandırılabilirdi; yani kanundan başka yollarla mesela tüzük, yönetmelik gibi yürütme işlemleri ile özgürlüklerin sınırlanmasına anayasa izin vermemiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, kanun ile “kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet, milli güvenlik” gibi nedenlerle bile olsa bu hak ve hürriyetlerin özüne dokunulamayacağı belirtilmiştir.²³

BİRİNCİ BÖLÜM

1982 ANAYASASINA GÖRE KONUT DOKUNULMAZLIğI HAKKI

²² Gören, Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1997, s.56.

²³ Gören (1997), s.57.

I. 1982 ANAYASASINDA KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ DÜZENLENMESİ

A. GENEL OLARAK

Anayasalar, bir takım hak ve hürriyetleri tanımaktadırlar. Ancak bununla yetinmeyerek, düzenleme, sınırlama ve güvence hükümleriyle, hem hak ve hürriyetlere ilişkin ortak hükümler koymakta, hem de her birini daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedirler.²⁴ Bir hak, anayasada düzenlenmiş ise “temel haktır.” Anayasal güvenceye bağlanmamış ve kanun ya da düzenleyici işlem ile tanınan haklar da “temel olmayan hak” olarak kabul edilebilir. İnsan hakları kavramı bütün hakları içermektedir. Araştırma konusu bakımından diğer hakların kullanılmasında önemli işlev gören, bu haklar olmaksızın diğer hakların anlamsızlaşacağı haklar, temel haklar olarak kabul edilebilir. Bu hakların büyük çoğunluğu uluslararası sözleşmelerde ve özellikle AİHS’nde kabul edilmiştir. Bu haklara yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, düşünce ve inanç özgürlüğü, konut dokunulmazlığı gibi haklar örnek gösterilebilir.

1982 Anayasası’nın İkinci Kısımında Temel Hak ve Ödevler, Birinci Bölümde Genel Hükümler düzenlenmiştir. İkinci Bölümde ise Kişinin Hakları ve Ödevleri başlığı altında 17. madde de kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı; 18. maddede zorla çalıştırma yasağı, 19. maddede kişi hürriyeti ve güvenliği, 20. maddede özel hayatın gizliliği, 21. maddede ise konut dokunulmazlığı hakkı düzenlenmiştir.

Konut dokunulmazlığı hakkı, bir temel hak olarak 1982 Anayasası’nın 21. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Bu hak, kişinin özel hayatını tam olarak sürdürebilmesi için; ve mahiyeti gereği, yalnızca Anayasa tarafından

²⁴ Kaboğlu (2005), s.204.

korunmakla kalmamış, hukuk düzenimizdeki diğer mevzuat içinde de (örneğin TCK, TMK...gibi) düzenlenerek koruma altına alınmıştır. Bu nedenle aşağıda öncelikle, konut dokunulmazlığı hakkının mahiyeti; sonrasında da konut dokunulmazlığı hakkının bir sac ayağı olduğu özel hayatın gizliliği hakkı incelenecektir.

1. Konut Dokunulmazlığı Hakkı

Konut, çalışmamızın başında da açıkladığımız üzere kişilerin yaşamsal faaliyetlerini sürdürdükleri ve bu kişilerin rızası olmadan girilemeyen yer, meskendir. Konut dokunulmazlığı hakkı, anayasal güvence altına alınarak Anayasamızın 21. maddesinde “konut dokunulmazlığı hakkı” olarak yer etmiştir.

Konut dokunulmazlığının korunması bu madde ile hüküm altına alınmıştır. Bilindiği gibi konut dokunulmazlığı da özel hayatın korunmasına ilişkin diğer bir unsurdur. Konut, her türlü ihlalden masum tutulmadıkça kişinin özel hayatı korunmuş olmayacaktır. Çünkü özel hayatın belli başlı sahnesini konut teşkil etmektedir.

Konut dokunulmazlığının kaldırılması ancak hakim kararıyla olacak; istisnaen hakimden başka bir mercii, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bu dokunulmazlığı kaldırabilecektir. Böylece konuta girilebilecek, konutta arama yapılabilecek ve buradaki eşyaya el konulabilecektir.

1982 Anayasası'nın 21. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkının madde gerekçesinde; hakkın sınırlanmasındaki özel haller AİHS çerçevesinde yeniden düzenleneceği belirtilmiştir. Gerekçede devamlı, özellikle konuta girme, arama yapma ve eşyaya el koymada yazılı emir şartı getirildiği ve yapılan değişikliklerle, hakim kararı ile konuta girilip arama yapılması ve buradaki eşyaya el konulması Anayasa'da sayılan “*Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması hususlarıyla sınırlı olacak ve yine bu sebeplere bağlı olarak yetkili mercii*

emri” yazılı olmak şartı ile hüküm ifade edebileceği, emirin sözlü olarak verilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca yapılan değişiklik ile yetkili merciin kararının 24 saat içinde yargıç onayına sunulacağı ve hakim, el koymadan itibaren kararını 48 saat içinde açıklayacağı, aksi halde el koymamanın kendiliğinden ortadan kalkacağı yer almıştır.

Bir temel hak ve hürriyet olan konut dokunulmazlığı hakkı, Anayasanın 21. maddesinde düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının ilk hali 2001 yılında değiştirilmiş ve yukarıda belirttiğimiz hale bürünmüştür. Bu değişikliğe göre, özel hayatın gizliliği hakkında aramaya ilişkin sınırlama sebepleri ve müdahale usulü konut dokunulmazlığı hakkı için de geçerlidir.

Konut dokunulmazlığına müdahale kararını hakim verebilir; ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri” olmalıdır. Anayasamızın 21. maddesinde, bu hak konuta girememeyi, burada arama yapmamayı ve buradaki eşyaya el koymamayı içermektedir. Anayasal olarak hakim kararını el koymadan itibaren 48 saat içinde açıklayacak, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkacaktır. Hakimin kararını vermesi için 48. saatin sonuna kadar beklenmeyeceği, her somut olaya göre ve fakat en geç 48 saat içinde kararın açıklanacağı ve bu karar bu süre zarfında açıklanmazsa sadece el koyma kararının ortadan kalkacağı açıktır.

Anayasanın 21. maddesinin ikinci cümlesindeki “*kanunun açıkça gösterdiği hallerde*” ibaresi 2001 değişikliği ile çıkarılarak onun yerine, Anayasa’da sayılan sebeplere bağlı olarak ibaresi getirilmiş, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yine bu sebeplere bağlı olarak “*yazılı emir*” koşulu getirilmiştir. Ayrıca maddeye;

“Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim, onayına sunulur. Hakim kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” cümlesi eklenmiştir. Gerçekleştirilen değişiklikle “konut dokunulmazlığı”, “basit yasa kaydı”na

tabi olmaktan çıkarılarak “nitelikli yasa kaydı”na bağlanmıştır. Yani kanun koyucu 21. maddedeki özel nedenlere dayanarak bu temel hakta sınırlama yapabilecektir. Bunun dışında artık sınırlama hakim kararı veya yetkili merciin emri ile anayasada önceden belirlenmiş olan “özel sınırlama nedenlerine” göre yani; “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak” yapılacaktır.

Değişikle getirilen, kanunla yetkili kılınmış merciin emrinin “yazılı” olması koşulu ve yetkili merciin kararının “yirmi dört saat içinde görevli hakimin onayına sunulacağı”, “hakimin kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklayacağı, aksi halde el koymanın kendiliğinden kalkacağı”na ilişkin kurallar ile konut dokunulmazlığı olabildiğince anayasal güvenceye bağlanmıştır. Maddenin yeni şekli 13. madde ile birlikte değerlendirildiğinde, bu temel hakkın benzer nedenlerle (ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması) ve kanun ile sınırlanabileceğini öngören AİHS madde 8 ile uyum içindedir.²⁵

Özel ve ailevi yaşamın, bağımsızlık ve gizlilik alanının, korunması için hukuk önemli “araçlar” geliştirmiştir. Bunlardan birincisi, doğrudan kişinin kendisine ve eşyasına ilişkin olan kayıtlamadır. İkincisi, *konut dokunulmazlığı*, üçüncüsü ise, haberleşme özgürlüğüdür.

Konut, bireye serbestlik sağlayan asgari alanı oluşturur. Konut, gizliliği koruması yanında kişi güvenliği ile mülkiyeti de güvence altına alır. Birey ya da aile yaşamının korunmasında temel öge olan konut serbestçe seçilir, dokunulmaz özelliğiyle kişilerin özel “yuvası” ya da “kalesi” olarak adlandırılabilir. Dokunulmazlık, başkasının konuta girme, arama yapma ve

²⁵ Üzeltürk, s.62.

buradaki eşyaya el koyma yasaklarını da kapsamına almaktadır. Konut içerisinde kişi, “yaşamını dilediğinde düzenleme ve başkalarının istemediği ölçülerdeki algı ve müdahalelerinden koruma özgürlüğü”ne sahiptir. Bu çerçevede, kişinin konut içerisindeki başkalarına kapalı yaşamını dışarıdan algılamaya yönelik dinleme, ses kaydı, gözetleme ve benzeri davranışların da dokunulmazlık alanında yer alması gerekir.²⁶

Gerçekten konut dokunulmazlığı ile sağlanan özel yaşamın gizliliği, kolluk güçlerinin sahip olduğu modern kovuşturma araçları karşısında özel bir öneme sahiptir. İnsan Hakları Avrupa Divanı, “kişisel güvenlik ve huzur” temelinde özel yaşamın kullanıldığı yerlerin mahremiyetinin sağlanmasında, bu hakkın sosyal ve ekonomik boyutunu da vurgulayarak, konuta saygının birey için “önemi”ni gerçekleştirmiştir.²⁷

Konuta saygı hakkı, her yurttaşın ikametgahını izin almadan seçebilmesi, dilediği gibi kullanabilmesi ve onu değiştirebilme öğelerini de kapsamına almaktadır. Hatta birey, bir ikametgaha sahip olma yükümlülüğünde bulunmayıp göçmen yaşamını tercih etme hakkına da sahiptir.²⁸

Şehircilik ilkeleri, imar planları ve ortak mülkiyetin getirdiği kayıtlar altında, konutu tercih ve kullanma serbestliği esastır. Bir yerde oturan kişinin bu hakkını kötüye kullanmaması koşuluyla, yani evinde yürüttüğü faaliyetin üçüncü kişileri etkilememesi kaydıyla, özgürlüğü genişler. Konut sakinlerinin, kamu dinginliği, güvenliği ve sağlığına saygı göstermeleri gerekir. Buna mülkü kullanmanın sınırlarını gösteren komşuluk hukukuna ilişkin TMK madde 661 örnek olarak gösterilebilir.²⁹

²⁶ Gören, Zafer, TBMM Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu (22-24 Nisan 2003), No.1, Ankara 2003, s.258.

²⁷ İzgi, Ömer - Gören, Zafer, T.C. Anayasasının Yorumu, C - I, Ankara 2002, s.261.

²⁸ Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1999, s.191.

²⁹ Kaboğlu (1999), s.194.

Konut dokunulmazlığında dikkat edilmesi gereken husus, yasaklamanın mülkiyet hakkı ile ilgisi olmadığıdır. Korunan husus ikamet edenin şahsi haklarıdır. Evde oturmaktan doğan şahsi hak, kişinin evinde şahsi emniyetinin teminat altına alınması ve huzur içinde yaşamak arzusudur.³⁰

Konut dokunulmazlığı hakkı, gerek ulusal hukuk gerekse uluslararası hukuk metinleri tarafından her insanın sadece insan olması sebebiyle sahip olduğunun belirtildiği bir temel haktır. Bu hak, somut bir eşya olarak konutu değil, bilakis konutun içinde cereyan eden özel yaşam hakkını, aile yaşamını, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkını ve insan onurunu korumaktadır.

Konut dokunulmazlığı temel hakkının sınırı anayasada belirtilmiştir. Bunlar hakim kararıyla ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunun yetkili kıldığı merciin emriyle konuta girme, arama ve oradaki eşyaya el koymadır. Bunun dışındaki bir amaçla ve usulle konuta girilmesi, konut dokunulmazlığı temel hakkını ihlal eder. Konut dokunulmazlığı temel hakkının ihlalinde kullanılan araç ve yöntemler, ihlalin varlığını ortadan kaldıramaz. Bu itibarla konutun akustik ya da optik yöntemlerle gözetlenmesi arasında fark yoktur. Önemli olan konut içerisinde cereyan eden özel yaşam ilişkilerinin anayasaya aykırı olarak gözetlenmesi, tespit edilmesidir. Hukuk devletinde hukukun insana garanti ettiği bireyin küçük dünyasının özellikle devlet müdahaleleri karşısında, bireyin son sığınma kalesi olan özel yaşamın dar alanının ve insan onurunun güvence altına alınması zorunludur. Bireyin gizli tutma isteğine rağmen hangi amaçla olursa olsun özel yaşamının bu yollarla deşifre edilmesi, tespiti, bireyin özel yaşamını ortadan kaldırır. Hukuk devletinde birey değil, devlet şeffaf olmalıdır. Devletin bireyinden gizleyeceği bir şeyin olmaması gerekirken; bireyin devletten, üçüncü kişilerden gizlemek ve çevrenin müdahalesine kapatmak istediği bir özel yaşamı, hatta yakın çevresine dahi giriş izni vermek istemeyebileceği ve doğası gereği giz karakterine sahip olan özel

³⁰ Aldıkaçtı, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982, s.214.

yaşamının dar bir alanı bulunmaktadır. Kişinin bütün bu haklarını ve özel yaşamını, konutu içerisinde gerçekleştirme hakkı vardır. Konut dokunulmazlığı temel hakkının bu çerçevede düşünülmesi gerekmektedir.³¹

2. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

1982 Anayasasında da 1961 Anayasasına koşut olarak “özel yaşamın gizliliği hakkı” Anayasa’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı 2. Kısmının “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı 2. Bölümünün, “Özel Yaşamın Gizliliği ve Korunması” başlıklı IV. ayırımındaki üç madde ile düzenlenmiştir.

1982 Anayasasının 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı şöyledir;

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”

Anayasa’nın 20, 21, ve 22. maddelerinde özel yaşam; “aile yaşamı”, “üst, özel kağıt ve eşya”, “konut”, “haberleşme” dokunulmazlıkları biçiminde düzenlenmiş bulunduğundan “özel yaşamın gizliliği hakkını” bu bağlamda irdelemek gerekmektedir. “Özel yaşamın gizliliği hakkı” ile

³¹ Şimşek, Orhan, “Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1998, s.107.

yakından ilişkisi bulunan diğer alanlar da yukarıda “özel yaşamın gizliliği hakkı”nın içeriği bölümünde sayılmıştır.

Hakların anayasalarda düzenlenmiş bulunması, devlet açısından bu haklara anayasada düzenlendiği biçimde saygı gösterilmesi zorunluluğunu getirmektedir. Anayasa güvencesi sayesinde, hakların içerikleri ile oynamak olanağı azalmaktadır.³²

Herkesin, kamuya mal olmuş yaşantısının yanında, kendi maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi, toplum hayatı bakımından kendisi için hedeflediği yere ulaşabilmesi ve uygun gördüğü şekilde yaşayabilmesi için, başkasının denetim ve gözetiminden uzak, diğer bir ifadeyle, kendi tarzına göre yaşayabildiği özel bir hayatı yaşayabilmesine ihtiyacı bulunmaktadır. Bu itibarla, insanın kendini yönetme hakkı kapsamında, kendi tercihleri doğrultusunda şekillendirebileceği özel hayatı kural olarak başkalarının ve devletin ilgi alanı dışında kalmalıdır.³³

Anayasa'nın 20/1. maddesinde yer alan “özel yaşamın gizliliğinin dokunulmazlığı” kavramı, Anayasanın 17.-19. maddelerinde düzenlenmiş “kişi dokunulmazlığı”nın bir uzantısıdır.³⁴ “Özel yaşamın gizliliği hakkının” dokunulmazlığı, kişinin özel yaşam alanı içerisindeki yaşam biçimine karışılmaması, özel yaşamının istemediği kişiler tarafından ve istemediği zaman ve ölçüde algılanmamasını kapsamaktadır.

Türk Anayasaları 1961 Anayasasından sonra açık hükümlerle “özel hayatın gizliliği”ni hükme bağlamışlardır. Anayasa Mahkemesi de kararlarında özel hayatın gizliliğini kişinin temel haklarından olduğunu

³² Araslı, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenleniş, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1979, s. 109.

³³ Eryılmaz, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003, s.65.

³⁴ Araslı, s.116.-117.

vurgulayarak, kişi hürriyetinin bir devamı olduğunu ve bu sebeple anayasal koruma altında bulunduğunu belirtmektedir.³⁵

1982 Anayasasının 20. maddesi gereği birey, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Madde ayrıca özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağını belirterek bu alandaki esas ortaya koymuştur. Bu esas konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği esasları ile tamamlanmaktadır. Bu kısım özel hayatın gizliliği hakkının sert çekirdeği olarak tanımlanabilir.³⁶

Özel hayatın gizliliği hakkını, bireye bu hakkı gerçekleştirmek için tanınan yetki ve dokunulmazlıklar olarak ifade edebiliriz.³⁷ 1982 Anayasasının 20-21 ve 22. maddelerinde tanınan arama, el koyma, konut ve haberleşmenin gizliliği gibi dokunulmaz alanlar da; özel hayatın gizliliği hakkını sağlamak amacıyla hizmet etmektedirler.

Hukukumuzda bireysel hayatın korunması kavramına ilk olarak 1961 Anayasasının 15 ilâ 17'nci maddelerinde yer verilmiştir.³⁸ 1982 Anayasasında da "Özel hayatın gizliliği ve korunması" kenar başlığı altında 20 ilâ 22'nci maddelerde bu konu düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, özel hayatın gizliliği, kişi hürriyetinin bir devamıdır.³⁹ Anayasa Mahkemesi, 1412 sayılı CMUK'un 94'üncü maddesinin iptali istemiyle açılan davadaki kararında şu ifadelere yer vermiştir: "Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Orada cereyan edenlerin yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler

³⁵ AM, E.1963/100, K.1965/48, K.T. 28.09.1995, AMKD, S-13, s.220; Önceki anayasalarda yer alan düzenlemeler için bkz., s.13. vd.

³⁶ Üzeltürk, s.61.

³⁷ Araslı, s.339.

³⁸ Şen, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996. s.84.

³⁹ Armağan, Servet, Temel Haklar ve Ödevler, İstanbul 1980. s.19.

tarafından bilinmesini istemek hakkı, kişinin temel haklarından biridir. Bu niteliği sebebiyledir ki; özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde korunması istenilmiş, ayrıca tüm demokratik ülke mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı onun kişiliği için temel bir hak olup yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır.”⁴⁰

İnsanların toplum halinde yaşaması sonucunda oluşan ortak hayat da, herkesin diğerlerinin gizli alanına, başka bir ifadeyle mahremiyetine saygı göstermesi, kişilerin özel hayatının başkalarının onu öğrenme merakından uzak kalması esasına dayanır.⁴¹ Özel hayatın gizliliği, “sınırsız değildir”, ancak özel hayatın gizliliğine yönelik ihlaller de yaptırımlara tâbi tutulmuştur.

Özetlemek gerekirse, özel hayatın korunması, her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilememesi demektir. Bu niteliği nedeniyledir ki; özel hayatın gizliliğine dokunulmaması, insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerle korunmak istenmiştir.

Ayrıca demokratik ülkelerin mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında bu hak; devlet organlarına, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur.

⁴⁰ AM, E.1986/24, K.1987/8, K.T. 31.03.1987; www.Anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K_1987/K_1987_-08.htm, E. T. 10.01.2008.

⁴¹ Akipek, Jale G. - Akıntürk, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, C-I, s.410.

Özel hayat son birkaç yıldır, hukuk hayatımızda önemli tartışma konularından birini oluşturmuş ve yine bu süre içinde başta anayasa olmak üzere en fazla yasal değişikliğe uğramış konudur.

B. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ KAPSAMI

Konut dokunulmazlığı, bireyin özel hayatının içinde yer almakla, bireyin özel hayatını oluşturan temel taşlardan biridir. Herkesin, kamuya mal olmuş yaşantısının yanında, kendi maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi, toplum hayatı bakımından kendisi için hedeflediği yere ulaşabilmesi ve uygun gördüğü şekilde yaşayabilmesi için, başkasının denetim ve gözetiminden uzak, diğer bir ifadeyle, kendi tarzına göre yaşayabildiği özel bir hayatı yaşayabilme ihtiyacı bulunmaktadır. Bu itibarla, insanın kendi tercihleri doğrultusunda şekillendirebileceği özel hayatı kural olarak başkalarının ve devletin ilgi alanı dışında kalmalıdır.

Anayasa Mahkemesine göre, özel hayatın gizliliği ve dolayısı ile konut dokunulmazlığı kişi hürriyetinin bir devamıdır.⁴²

Sosyal ve akıl sahibi bir varlık olan insan, düşündüğünü özgürce söyleyebilmek, istediği yere gidebilmek, istediği yerde yerleşmek, yaşamı ve geleceği üzerinde düşünüp karar vermek haklarının yanında bireysel hayat kapsamında, özel hayatını, aile hayatını, konutunu istediği gibi düzenleyebilmek hak ve yetkisine de sahiptir.

Özel hayatın gizliliği genellikle, kişinin üstünün, özel kağıt ve eşyasının aranmaması ve bunlara el konulamaması, konutuna girilememesi ve özel haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamaması gibi üç unsuru kapsar. Anayasanın 20, 21 ve 22'nci maddelerinde de sırasıyla bu unsurlar teminat altına alınmıştır.

⁴² AM, E.1986/24, K.1987/8, K.T. 31.03.1987; www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K_1987-08.htm, 10.01.2008.

Bu bağlamda konut dokunulmazlığı hakkı; özel hayatı oluşturan bir bütünün parçacıkları olup, kişinin özgürce kalacağı yeri seçebilmesi, özel yaşamını sürdürebilmesi, çevreden ayrılmış yerleri yani yaşamsal faaliyetlerini gerçekleştirebildiği meskeni yani konutuna dokunulmamasını ifade eder.

C. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SINIRLANMASI VE GÜVENCELERİ

Sınırlama kavramı insan hakları yönünden yaşamsal öneme sahiptir. Çekirdek haklar dışındaki hak ve hürriyetler kanunlarla sınırlanabilmektedir. Sınırlama kavramı, sözlük anlamında bir kayıtlama, bir daraltma durumunu anlatmaktadır. Sınırlama kavramı teknik-hukuki bakımdan, bir temel hak normunun güvence altına aldığı yaşam alanını daraltma sonucunu doğuran düzenlemeleri ifade etmektedir. Sınırlama; belli bir hakkın anayasaca öngörülmüş ya da belirlenmiş bulunan “norm alanına” kanun yoluyla, belirli ilkelere uygun olarak dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir karışmadır. Anayasa temel haklar konusunda çoğu kez sınırlama terimini kullanmıştır.

Anayasamızda belirtilmiş olmasa bile bazı hak ve hürriyetlerin kendi niteliklerinden doğan, başka bir ifade ile eşyanın tabiatında varolan sınırları vardır. İşte bunlara objektif sınırlar adı verilir. Bu sınırlar söz konusu olduğunda, hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı değil, geçerlilik ve muhtevalarının nereye kadar uzandığının belirlenmesi gerekir.⁴³ Objektif sınırların anayasada yer alması veya kanunla konulması gerekli değildir. Bu sınırlar kendiliğinden vardır ve herkes tarafından dikkate alınmaları gerekir.⁴⁴

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, hak ve hürriyetlerin anayasa ile öngörülen veya belirlenen alanları içinde kişiye sağlanan imkanların kanunla daraltılması anlamına gelir.⁴⁵ Temel hak ve hürriyetlerin anayasal

⁴³ Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s.49.

⁴⁴ Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2005, s.115.

⁴⁵ Sağlam, s.23.

sınırları, doğrudan anayasa tarafından konulan sınırlardır. Anayasa bazı hak ve hürriyetleri düzenlerken onları sınırlarıyla birlikte tanımlamakta, başka bir ifadeyle bazı hakları ancak belli sınırlar içinde tanımaktadır.

Anayasamızda düzenlenen bütün bu hak ve hürriyetlerin milletler arası antlaşma ve belgelerle kapsam bakımından büyük bir benzerlik göstermesi, hatta bazı hükümlerin aynen alınması, anayasanın hazırlanmasında, bunlardan büyük ölçüde yararlanıldığı gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Ancak anayasada yer alan, temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamalar, uluslararası sözleşmelerde yer alan sınırlarla kıyaslanamayacak ölçüde fazladır. Hak ve hürriyetleri düzenleyen maddelerde genel bir yaklaşım olarak birer cümle ile haklar belirtilmiş, ancak hemen ardından gelen uzun ve ayrıntılı fıkralarda bu haklara ilişkin sınırlamaların neler olduğu açıklanmıştır.⁴⁶

1982 Anayasasında temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin olarak, Anayasanın 13. maddesinin önceki hali şöyledir; “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

2001 yılında yapılan değişiklik ile 1982 Anayasası'nın özgürlüklere ilişkin hükümlerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Anayasanın 13. maddesindeki düzenleme ise şöyledir; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine

⁴⁶ Atar, Yavuz, “Demokratikleşme Kriterleri Açısından Türkiye'nin Anayasal-Siyasal Sisteme Bakışlar: Demokrasi, İnsan Hakları, Hukukun Üstünlüğü” , Demokrasi Platformu Dergisi, Y-1, S-2, s.31.

dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

2001 değişikliğinden sonra Anayasa'nın 13. maddesi ‘genel sınırlama’ hükmü olmaktan çıkarak, “genel koruma” hükmüne dönüşmüştür. Böylece 13. maddedeki “genel sınırlama sebepleri” metinden çıkarılmış, sınırlamada uyulması gereken şartlar ise yeniden düzenlenmiştir.

2001 anayasa değişikliği özgürleşme ve demokratikleşme yönündeki en önemli yenilik, haklar ve özgürlükler rejiminin temelini oluşturan Anayasanın 13. maddesindeki değişikliktir. İlk metindeki anlayışın aksine özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu yaklaşımıyla, 13. maddenin tümüyle yeniden düzenlendiği değişik metinde, bu madde temel hak ve hürriyetler için genel sınırlandırma maddesi olmaktan çıkarılarak, genel koruma maddesine dönüştürülmüştür.

Anayasa bu düzenlemesiyle, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak şu şartları öngörmüştür:

Sınırlama kanunla yapılmalıdır.

Sınırlama anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanmalıdır.

Sınırlama anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.

Sınırlama demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olmalıdır.

Sınırlama, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunamamalıdır.

Sınırlama ölçülülük ilkesine uygun olmalı, yani makul, dengeli ve kabul edilebilir bir dereceyi aşmamalıdır.⁴⁷

⁴⁷ Atar (2005), s.118.

Özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğünü düzenleyen maddelerde yapılan değişikliklerle, bu hürriyetlerin hangi sebeplerle ve nasıl sınırlandırılabilceği maddelere eklenmiş, ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılacak müdahaleler için ‘hakim onayına sunulma’ zorunluluğu getirmiştir.⁴⁸

Anayasamızda konut dokunulmazlığı temel hak ve hürriyeti de yukarıda açıkladığımız sınırlama sebeplerine bağlı olarak sınırlanabilecek; ancak bu hakkın özüne dokunmadan, Anayasamızın sözüne ve ruhuna bağlı olarak, demokratik toplum ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olması şartıyla da ölçülülük ilkesi çerçevesine bir takım sınırlamaya tabi tutulabilecektir. Sınırlamanın nasıl ve hangi sebepler ile yapılacağı ve genel olarak temel hak ve hürriyetlerde nasıl olması gerektiğinin açıklanmasının ardından belirtilen sınırlama sebeplerini ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.

1- 1982 Anayasasının İlk Halinde Konut Dokunulmazlığı Hakkı İçin Öngörülen Özel Sınırlama Sebebi

1982 Anayasasının ilk halinin 13. maddesinde yer alan genel sınırlama sebeplerinin yanında, Anayasanın 20. maddesinde “adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar”⁴⁹ şeklinde özel bir sınırlama sebebi de öngörülmüştü. 1961 Anayasasının 15. maddesinde ise bu özel sınırlama sebebi “adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır” şeklinde yer almıştır.

Özel hayatın kapsamı çerçevesinde konut dokunulmazlığı hakkında ilişkin, 13. maddeden ayrı bir sınırlama sebebi belirtilmemiştir. Bu durum 1961 Anayasasında da “adli kovuşturma” istisnası açısından aynıdır. Bu durumda 20. maddede belirtilen sınırlama sebebinin 1982 Anayasasının

⁴⁸ Atar (Demokrasi Platformu Dergisi), s.35.

⁴⁹ Bu istisnaya Danışma Meclisinden çıkan metninde sadece ‘adli kovuşturma’lar istisna olarak sayılmış, buna MGK’da ceza yargılaması usulünde adli kovuşturma yanında bir de soruşturma yer aldığı için ‘soruşturma’ sözcüğü de ilave edilmiştir.

konutun ve haberleşmenin gizliliğini düzenleyen 21 ve 22. maddeleri için de geçerli olacağı açıktır.

2- 2001 Anayasa Değişiklikleri ile Getirilen Yeni Sınırlama Sebepleri

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının; uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasî açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gereği, ayrıca Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasî kriterlerin karşılanmasının, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmaz olmuştur. 2001 yılı değişikliği teklifi, toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş-demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir anayasa değişikliğini hedef almış ve bu gerekçe ile yapılmıştır.

Anayasada yapılan değişiklikle, 13'üncü maddedeki, temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlama sebepleri kaldırılmış, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın “yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla” sınırlandırılabilceği kabul edilmiştir.

Anayasamızın 21. maddesi şöyledir; “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” Madde bu haliyle konut dokunulmazlığı hakkını düzenlemiştir.

Konut dokunulmazlığı hakkı, 13. maddenin değiştirilmesi ile sınırlama sebeplerinin aktarıldığı hak ve hürriyetlerden biridir.⁵⁰ Değişikliğin sonucu olarak; bu hakka ilişkin getirilecek özel sınırlama sebepleri maddede tahdidi olarak sayılmıştır. Konutla ilgili olarak kişinin konutuna girilmesi, aranması gibi haller ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sebeplerinden biri veya bir kaçına bağlı olarak usulüne uygun hakim kararı ile olabilecektir.

13. madde de belirtilen; “temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” güvenceleri ile hangi hallerde konut dokunulmazlığı hakkında sınırlama yapılabileceği belirtilmiştir. Bu hallere kısaca değinmek gerekirse;

Milli güvenlik: Bu ilke 1961 Anayasası ve AİHS'nin 8. maddesinde de bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmiştir. Kişi hürriyetinin bir parçası olarak konut dokunulmazlığı hakkının sınırlanma sebebi olarak milli güvenlik kavramına devletin bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü, millet egemenliğinin ulusal ya da uluslararası alanda gerçek ve yakın bir tehlikeye düştüğü zamanlarda devlet tüzel kişiliğinin korunması sebebi ile başvurulabileceği, bu tehlikenin yer bakımından tüm ülkeyi ve ülkede oturan herkesi ilgilendiren bir durum olması gerektiğini ve zaman bakımından milli güvenliğin tehlikeye düşme hali ile sınırlı olarak uygulanabileceği belirtilmektedir. AİHM gündemine konut dokunulmazlığına ilişkin olarak milli güvenlikle ilgili konular daha çok terörizm nedeni ile konuta müdahale edilmesi meselelerinde gelmiştir⁵¹.

⁵⁰ Atar (2005), s.119.

⁵¹ Üzeltürk, s.71.

Kamu düzeni: Kamu düzenini toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaç alan her şey olarak tanımlayarak bu düzenin sağlanması çerçevesinde konut dokunulmazlığı hakkının sınırlanabileceği belirtilmiştir. Yine kamu düzeninin bozulmaması ve var olan düzenin korunması için bireyin konut hakkı anayasal güvencelere uygun olarak ihlal edilebilir. Bu kavramda 1961 Anayasası ve AİHS’nde yer almıştır.⁵² Anayasa Mahkemesi de kamu düzeni kavramını “toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaç alan her şey” olarak tanımlamaktadır.⁵³

Suç işlenmesinin önlenmesi: Bu sınırlama da suç işlenmesinin ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla bir sebep olarak öngörülmüştür. Örneğin, yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla kişinin konutuna girilebilir. Düzensizliğin önlenmesi ile birlikte AİHM kararlarında 8. madde ile ilgili olarak en çok kullanılan sınırlama sebebidir. Arama ve el koymaya ilişkin davalarda, terör nedeni ile başvuru konutuna girilmesi davalarında sınırlama sebebi olarak suçun ve düzensizliğin önlenmesine dayanılmıştır.⁵⁴

Genel Sağlık: Bu kavramın bir sınırlama sebebi olarak bireyin sağlığına ilişkin bilgilerin açıklanması ile özellikle gündeme gelen bir konudur. Kamunun güvenliği, esenliği ve sağlığı olarak nitelendirilen ve buna genel ahlakın korunmasının da ilave edildiği kamu düzeni kavramı içinde de genel sağlık kavramı zaten yer almaktadır.⁵⁵ AİHS’nin 8. maddesi ve 1961 Anayasasında da bulunan bu sınırlama nedeni devletin her kişinin beden ve ruh sağlığını korumakla yükümlü olduğuna ilişkin bir ilkedir. Bu amaçla veya bu yükümlülüğe yönecek tehlikeler karşısında konut dokunulmazlığı hakkının sınırlanabileceği kabul edilmektedir.

⁵² Araslı, s.191.

⁵³ Gözübüyük, A. Şeref, - Tan, Turgut, İdare Hukuku - Genel Esaslar, C-I, Ankara 1998, s.472.

⁵⁴ Üzeltürk, s.75.

⁵⁵ Gözübüyük – Tan, s.474.

Genel Ahlak: 1961 Anayasasında ve AİHS'nin 8. maddesinde kabul edilen bir sınırlama nedeni olan bu kavram 1982 Anayasasının ilk halinde de genel sınırlama sebepleri arasında yer almaktaydı. Açık olmayan bu kavramların içeriğinin tam olarak saptanması güçtür. Ancak Anayasa Mahkemesinin genel ahlak ile alakalı olarak “belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan, ahlak kuralları ile ilgili hareketlerdir” şeklinde bir anlayışı vardır.⁵⁶ Yine Anayasa Mahkemesi Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun bazı maddelerini iptal ederken genel ahlak kavramından da sınırlama sebebi olarak yararlanmışır.⁵⁷

Bütün bu belirttiğimiz sınırlama sebeplerine bağlı olarak hakim kararı ile ancak; gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığında yazılı emir koşulu ile konuta girilebilir, arama yapılabilir ve eşyaya el konulabilir.

Sınırlama sebebi olarak öngörülen bu genel kavramlar Anayasa'da tanımlanmış değildir. Bu nedenle bu kavramların ne anlama geldiği konusunda Anayasa Mahkememsi kararları büyük öneme sahiptir. Anayasa Mahkemesi de bu kavramların muhteva ve kapsamlarını belirlerken doktrindeki görüşlerden, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden ve diğer demokratik ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin benzer kararlarından yararlanmaktadır.⁵⁸

α. Kanunla Sınırlama

Bir temel hak olarak anayasal güvence altında olan konut dokunulmazlığı hakkının sınırlandığı kanunun, herkesin ulaşabileceği, hukuki güven ihtiyacını karşılayan, açık bir kanun olması gerekir.⁵⁹

⁵⁶ AM, E.1963/128, K.1964/8, K.T. 28.01.1964; AMKD, S-2, 1971, s.43.

⁵⁷ AM, E.1986/12, K.1987/4, K.T. 11.02.1987; Üzeltürk, s.77.

⁵⁸ Bu konuda bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. E.1985/21, K.1986/23, K.T. 06.09.1986; AMKD, S-22, s.224.

⁵⁹ Tanör Bülent - Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s.32.

Temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanması zorunluluğu çağdaş devletlerde kolay işleyen bir yol olmadığı için yürütme makamlarının daha önce kanunların açıkça koyduğu çerçeveler içinde kalmak şartıyla bazı düzenlemeler yapabilecekleri kabul edilmektedir. Kural olarak temel haklar ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilirler, yani yönetmelik, tüzük gibi düzenleyici işlemler ile bu haklar sınırlanamazlar. Kanun hükmünde kararname ile de bu alan düzenlenemeyecektir, yani özel hayatın bir kısmını kapsayan konut dokunulmazlığı hakkının da mutlaka kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir.⁶⁰

Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler kanunla sınırlanabilir. O halde kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik veya diğer yürütme işlemleriyle temel hak ve hürriyetler sınırlanamaz. Kanunla yapılabilen düzenlemelerin kanun hükmünde kararnamelerle de yapılabilmesi mümkünse de, Anayasanın 91/1. maddesi, kanun hükmünde kararnameler ile temel haklar, kişi hakları ve siyasi hakların düzenlenemeyeceğini öngörmüştür. Ancak, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleriyle temel hak ve hürriyetler sınırlandırılabilir. Bu durum, Anayasanın 91/1. maddesinin istisnasıdır.

Konut dokunulmazlığına kanunla yapılabilecek müdahale, müdahalenin koşul ve çerçevesini açık ve bireylerin anlayabileceği biçimde olmasını ve getirilen düzenlemenin normun açıklığı ilkesine uygun bulunmasını gerektirmektedir. Yani herhangi bir idari düzenleyici işlem ile kişinin konutuna müdahale edilemez. Bununla beraber olağanüstü dönemlerde yürürlüğe giren kanun hükmünde kararnameler ile idarenin yetkisi genişleyip, Anayasanın 91. maddesine göre, bu gibi durumlarda temel hak ve hürriyetler kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilir.⁶¹

Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması konusunda bir kararında; Anayasa'nın 15/1. maddesine göre, olağanüstü yönetimlerde

⁶⁰ Üzeltürk, s.82.

⁶¹ Tezcan- Sancaktar- Erdem, s.25.

temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması veya bunlar için anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilmesi, bunların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olmaması koşuluyla olanaklıdır demiş ve milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel ilkeleri, sonrada devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin girdiğinin kabul edilmekte olduğunu belirtmiştir. Bu durumda olağanüstü yönetimlerde kişinin hak ve hürriyetlerine getirilebilecek sınırlandırmaların önce milletlerarası hukukun genel ilkelerine sonra da Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu sözleşmelere aykırı olmaması gerekir. İnsan hakları alanında ülkemizin taraf olduğu en önemli sözleşme AİHS'dir. Anayasa'nın 15. maddesi, AİHS'nin 15. maddesinin hemen hemen bir yinelenmesidir. Bu nedenle de, olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve hürriyetlere getirilen bir sınırlandırma, Anayasa'nın 15. maddesine uygun görüldüğünde AİHS'ne de uygun olacağına kuşku olmadığını belirtmiştir.⁶²

b. Demokratik Toplum Düzeninin ve Laik Cumhuriyetin Gereklere

Gerek anayasamızda gerekse AİHS'nde temel hakların sınırlanmasının sınırı olarak demokratik toplum düzeninin gereklere ölçütü kabul edilmiştir. Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamalar “demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklere, ... aykırı olamaz” demektir, “laik Cumhuriyetin gereklere” ibaresi 2001 değişikliği ile madde metnine eklenmiştir. Madde 13, hem ilk şeklinde hem de 2001 yılı anayasa değişikliğinden sonra temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların, bu kritere aykırı olamayacağını belirlemiştir.⁶³

Demokratik toplum düzeninin gereklere, demokrasinin gereklere, yani demokrasinin unsurları ile aynı anlama gelmektedir. 2001 yılı değişikliği ile

⁶² Başlar, Kemal, Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2008; AM, E.1990/25, K.1991/1, ve E.1991/6, K.1991/20, s.28.

⁶³ Gören (2006), s.377.

önceki anayasalarda temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının güvenceleri içinde açıkça sayılmayan “laik Cumhuriyetin gerekleri” ifadesi ilk defa Anayasanın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ile birlikte anılmıştır.⁶⁴ Anayasanın 13. maddesi; temel hak ve hürriyetleri ancak kanunla sınırlanabileceğini ve bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağını belirtmiştir. Bir temel hak ve hürriyet olarak konut dokunulmazlığı hakkı da, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmek suretiyle, bireyin özgürlüğü, özerkliği, bağımsızlığı demokratik toplum açısından çok önemli olup laik Cumhuriyet ve demokratik toplumun gereklerine uygun olarak sınırlanabilecektir.⁶⁵ Bu hakka yapılan herhangi bir müdahalede bu iki husus da dikkate alınacaktır.

c. Öze Dokunma Yasağı

"Temel hakların özüne dokunma yasağı" 1961 Anayasasına 1949 Bonn Anayasasından alınmıştır. Bir hak ve özgürlüğün özü, onun vazgeçilmez ögesi, dokunulduğunda hak ve özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeği olarak tanımlanabilir. 1961 Anayasası döneminde öz kavramı, olağanüstü ortam ve koşulların ürünü olan 1961 ve 1982 Anayasaları ile bunların gölgesinde hazırlanmış 2949 sayılı Kanun ile görev ve yetkilerini çok dar bir statü de öngördüğü Anayasa Mahkemesince⁶⁶ açıklanmış ve bu konuda önemli içtihat geliştirmiştir. 1982 Anayasası, temel hakların korunması, düzenlemesinde öz kavramını terk etmiş, bunun yerine demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü getirmiştir. Ancak son değişiklikle anayasanın ruhu kavramını getirerek öz kavramını bir ölçüde tanımış olmaktadır.

⁶⁴ Üzeltürk, s.30.

⁶⁵ Üzeltürk, s.81.

⁶⁶ Başlar Kemal, “Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma”, Demokrasi Platformu Dergisi, Hukuk Devleti ve Yargıda Reform, Bahar 2005, S - 2, s.87.

Öğretide, öze dokunma yasağının her temel hakta bir öz bulunduğu varsayımından hareket edilerek hak öznesinin dokunulamaz asgari bir alan sağladığı, buna karşılık, "demokratik toplum düzeni" kavramının ise özgürlüğe yabancı, demokrasi inancına ve demokrasiye bağlılığa göre değişen nispi nitelikte bir kavram olduğu, bu nedenle, öze dokunma yasağının hak ve hürriyetlere daha güçlü bir koruma sağladığı ileri sürülmüştür.

Çağdaş demokratik toplum düzenleri insan haklarına dayanan rejimlerdir. Çağdaş demokrasilerde, bir hak ve özgürlüğün özüne dokunma, özünü ortadan kaldırma kabul edilemez. Bu nedenle, "demokratik toplum düzeni gerekleri " kavramı içinde "öze dokunma yasağı " ölçütü de bulunmaktadır.⁶⁷

Konut dokunulmazlığı hakkında, Anayasamızda “kimsenin konutuna girilemez” denilmiş ve kanunda belirtilen nedenlere bağlı olarak ve ancak hakim kararı ile konuta girilebileceği, arama yapılabileceği ve konuttaki eşyaya el konulabileceği belirtilmiştir. Buna göre de konut dokunulmazlığı hakkının özünü “vazgeçilmez, değiştirilmez, yerine başkası konulmaz” unsurlar olarak belirleyebiliriz. Ancak bu durumu her somut olaya göre saptamalıyız.

d. Ölçülük İlkesi

1982 Anayasasının 2001 değişikliğinden önceki halinde Anayasanın 13. maddesinde yer alan “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar...öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz” hükmü, Anayasamızın 15. maddesinde olağanüstü haller için belirtilen ilkenin öncelikle varlığının kabul edilmesi (13. maddede) açıkça ifade edilemese de anayasa hukuku öğretisinde ve Anayasa Mahkemesi kararlarında yer almıştır.⁶⁸

⁶⁷ Sezer, s.619.

⁶⁸ Üzeltürk, s.38.

Anayasanın 13. maddesinin şimdiki, değişiklikle gelen son halinde ise, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması çerçevesindeki bir husus da ölçülülük ilkesidir. Burada temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçü olması gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenleme ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından önemli bir kriter olan ölçülülük ilkesi açık bir anayasal dayanağa kavuşturulmuş olmaktadır.⁶⁹

Ölçülülük ilkesi hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olarak kabul edilebilir.⁷⁰ Bu ilkenin elverişlilik, gereklilik ve oranlılık şeklinde üç unsuru vardır.⁷¹ Elverişlilik ilkesi, sınırlandırmanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak aracın seçilmesi gereğini belirtmektedir. Eğer amaca ulaşacak nitelikte birden çok araç varsa, bunlardan temel hak ve özgürlüğü en az sınırlayan önlem kullanılmalıdır. Gereklilik ilkesinde bir amaç ile, bir ya da birden çok araç arasındaki bir ilişki söz konusu iken, oranlılık ilkesinde, amaç ile araç ikilisinin karşılıklı niteliksel ilişkisi söz konusudur.

Bu ilke de amaç kamu gücünün gereksiz ve aşırı bir şekilde kullanımını önleyerek temel hak ve hürriyetleri güvence altına almaktır.

Konut dokunulmazlığı hakkının, sınırlandırılması durumunda alınan sınırlama önlemi ile sınırlama amacı arasında gereklilik, elverişlilik ve oranlılık bakımından denge olması gerekmektedir. Konut dokunulmazlığı hakkı içinde ölçülülük ilkesi bir güvencedir. 1982 Anayasasının 21. maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak bu hakta sınırlama yapılabilir. Ancak 13. maddede güvence olarak belirtilen ve her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilme yapılması gereken ölçülülük ilkesinin, bu değerlendirme sonucunda belirlenmesi gerekmektedir. Özellikle kamu otoriteleri konuta girerken ölçülülük ilkesine uygun davranmalı ve yasal düzenlemeler de bu ilkeyle çelişmemelidir.

⁶⁹ Atar (2005), s.127.

⁷⁰ Sağlam, s.118.

⁷¹ Sağlam, s.114 - 116.

e. Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Aykırı Olmayan Sınırlama

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında bir sınır olarak da anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmamak aranmıştır. Bu düzenleme hem 1961 Anayasasında hem de 1982 Anayasasında yer almaktadır. Burada “anayasanın sözü” kelimesinden lafzı ve metnini anlamak gerekmekte, “anayasanın ruhu”ndan ise anayasanın bütününe ve bu bütünden ortaya çıkan anlamı anlamak gerekmektedir.⁷²

Kişinin konut dokunulmazlığı hakkında bir sınırlama yapılırken anayasanın sözüne ve ruhuna uygun davranılmalı ve anayasanın bütününe bakılmalıdır. Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesi, sınırlama ilkeleri içerisinde en kapsamlı ilkedir. Anayasanın ruhu denildiğinde, anayasanın özü anlaşılmalıdır. Ruh, felsefi olarak bir bütünü, eyleme geçiren, onu var kılan bir öz anlamında kabul edilmektedir. Öz kelimesi de, bir sistemin kendinde taşıdığı içeriğin gerçekleşmesini anlatmaktadır. Anayasanın ruhu ve özüne bakılırken anayasanın bütünlüğü ilkesi gözetilmelidir.

f. Nedene Bağlılık İlkesi

Bu ilkeden, temel hak ve hürriyetlerin ancak belli sebeplerle sınırlanabileceğini anlamak gerekmektedir. Yani sınırlama yetkisinin ancak belli sebeplere dayanabileceği ve bunun da bir güvence olarak anayasa da yer alması sağlanmıştır.

1982 Anayasasının 2001 değişikliğinden önceki halinde, Anayasanın 13. maddesi; genel sınırlama sebeplerini belirtmiştir. Bu durum hem genel sınırlama sebeplerinin artması hem de özel sınırlama sebeplerinin artmasına

⁷² Kaboğlu İbrahim, Kolektif Özgürlükler, İzmir 1989, s.287.

neden olmuş ve sınırlamanın ancak belli sebeplerle sınırlanabileceğinin güvencesini sağlayamamıştır.

1982 Anayasasının 2001 değişikliğinden sonraki hali ise, Anayasanın 13. maddesinde genel sınırlama sebepleri maddeden çıkarılarak, yeni hali ile temel hak ve hürriyetlerin güvencesi haline gelmiştir. Konut dokunulmazlığı hakkında ise, Anayasanın 21. maddesinde yer alan; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlama yapılabilecektir. Bu hakkın güvencesi olarak da bu nedenler madde metninde açıkça yer almıştır.

g. Hakkın Kötüye Kullanılması

Anayasanın 14. maddesi ile temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması yeniden düzenlenmiştir.

Anayasanın 14. maddesinin ilk hali şöyledir; “Anayasa da yer alan hak ve hürriyetlerden hiç biri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğinin sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.

Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.”

2001 yılındaki değişiklikle ise, 14. madde; “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan

kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.” şeklindedir. Böylelikle temel hakların kötüye kullanılması yasağına ilişkin kötüye kullanma biçimleri sayı olarak azaltılmış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine paralel olarak, kişilerin yanı sıra devletinde temel hakları yok etmesi ve sınırlama yetkisini kötüye kullanması yasaklanmıştır⁷³.

Hakkın kötüye kullanılmaması yasağının konut dokunulmazlığı hakkına uygulanması halinde “Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti” ortan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamayacağı açıktır.

D. OLAĞANÜSTÜ HALLER VE SIKIYÖNETİM HALLERİNDE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ KORUNMASI

1982 Anayasası olağanüstü hal ilanı sebeplerini iki grup altında düzenlemiştir.

1. Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım halleri (m.119)

2. Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi

⁷³ Erdoğan, Mustafa, “Anayasa Değişiklikleri Ne getiriyor?”, www.liberal-dt.org.tr, E. T. 23.03.2008.

belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halleri (m.120)

Olağanüstü hal ilân kararının amacı, olağanüstü hal ilânına yol açan sebepler yüzünden bozulmuş olan kamu düzeninin yeniden sağlanmasıdır. Aslında, olağanüstü hal ilân kararının sebep ve amaç unsurları kaynaşmış durumdadır. Yani, olağanüstü hali gerekli kılan sebeplerin var olması, bu sebeplerin ortadan kaldırılması yolundaki “kamu yararı”nın da olduğu anlamına gelir.

Anayasanın 121’inci maddesi, gerek tabii afet, salgın hastalık veya ağır ekonomik bunalım sebebiyle, gerekse şiddet olaylarının yaygınlaşması sebebiyle ilân edilecek olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanabileceğini ve durdurulabileceğini öngörmektedir. 121’inci madde bu sınırlamanın veya durdurmanın Anayasanın 15’inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda yapılacağını belirtmektedir.

Anayasanın 122’nci maddesi ise, Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması sebepleriyle ilan edilecek bir sıkıyönetim halinde hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağını kanunla düzenleneceği belirtmektedir.

Yukarıda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemini incelediğimiz bölümde gördüğümüz gibi, Anayasanın 15’inci maddesine göre, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Ancak, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.⁷⁴

Olağanüstü ve sıkıyönetim hallerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında uyulması gereken madde, Anayasanın 13'üncü maddesi değil, 15'inci maddesidir. Buna göre, 13'üncü maddede getirilen güvenceler olağanüstü hallerde geçerli değildir. Örneğin, olağanüstü hallerde sınırlamanın kanunla yapılması şart değildir. Kanun hükmünde kararname ile de sınırlandırma yapılabilir. Keza olağanüstü hallerde sınırlamaların anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, anayasada belirtilen genel sebeplere uygun olması şartı aranmaz. Nihayet, olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, demokratik toplum düzeninin gereklerine de uyulması şart değildir.⁷⁵

Olağanüstü ve sıkıyönetim hallerinde 15. maddede yer alan sınırlama ve güvenceler konut dokunulmazlığı hakkı içinde uygulanacak ve Anayasanın 119. ve 122. maddeleri arasında düzenlenen bu haller rejimi içerisinde aynı esas geçerli olacaktır.⁷⁶ Anayasanın 15. maddesi çerçevesinde konut dokunulmazlığı hakkının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi ve Anayasal güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi, bütün temel haklarda olduğu gibi bu hak bakımından da çok ağır bir daraltma anlamına gelmektedir. Ancak bu aşırı daraltma sadece sıkıyönetim veya olağanüstü hallerin yürürlükte olduğu yerlerde ve sürelerde uygulanabilecektir⁷⁷.

⁷⁴ Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s.810.

⁷⁵ Gözler, s.816.

⁷⁶ Üzeltürk, s.97.

⁷⁷ Atar (2007), s.131.

II. MEVZUATA GÖRE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ KORUNMASI VE SINIRLARI

A. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ KORUNMASI

1. MEDENİ KANUNUMUZ AÇISINDAN

Kişinin yerle olan bağlantısı devletle ve aynı devlet içindeki bir yöreyle ilgili olabilir. Kişinin dünya üzerindeki yer olarak bir devletle olan bağlılığı “tabiiyet”; buna karşılık, kişinin bağlı olduğu devlet içinde yerle olan bağlantısı ise, yerleşim yeri konusuyula ilgilidir.⁷⁸

Medeni Kanun, düzenlemelerinde konut tanımına yer vermemiş buna karşın yerleşim yeri kavramını benimsemiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 19. maddesine göre yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Hukukumuzda, kişinin yerleşim yerinin düzenlenmesinde iki ilkeye dayanılmıştır. Bunlardan biri “yerleşim yerinin gerekliliği” ilkesi, diğeri “yerleşim yerinin tekliği” ilkesidir.⁷⁹ Medeni Kanunumuz ikametgah kavramını tanımlamamıştır. Kanunumuzun bir tanım getirmemesine karşılık bir yerin ikametgah (yerleşim yeri) olabilmesi için, kişinin fiilen orada oturması ve oturmanın da yerleşmek niyetiyle olması gereklidir. Oturma devamlı nitelik taşııyorsa bu yer ikametgah sayılmaz; fakat burada hiç ayrılmayı uzaklaşmayı öngörmeyen bir devamlılık söz konusu değildir.⁸⁰

Kişi kural olarak kendisine dilediği yeri yerleşim yeri olarak seçebilir. Bu bir anlamda kişinin yerleşme özgürlüğüdür. Bu özgürlük anayasamızda temel hak ve hürriyetler arasında sayılmıştır. Ancak kişinin dilediği gibi seçme özgürlüğüne sahip olduğu bir yerin yerleşim yeri sayılabilmesi için, yerleşmek niyetine dayalı olarak az çok süreklilik arz eden bir oturmaya

⁷⁸ Kılıçoğlu, Ahmet, Medeni Hukuk, Ankara 2004, s.170.

⁷⁹ Gözübüyük, A. Şeref, Hukuka Giriş, Ankara 2004, s.106.

⁸⁰ Çınar, s.3.

dayanması gerekir. Bu unsur yerleşim yerini geçici olarak oturlan yerden (meskenden) ayırır.⁸¹

Kural olarak kişilerin yerleşim yerlerini diledikleri şekilde seçmeleri esastır. Ancak bu kuralın yasalarımızda öngörülen istisnaları vardır. Bu istisnai durumlarda kişinin yerleşim yerinin neresi olduğunu kanun göstermektedir. Bir kimse aile ve iş ilişkilerinin merkezi olarak belirlediği yeri özgür iradesiyle yerleşim yeri olarak seçebilecektir. Buna karşın istisnai hallerde kişide yerleşme niyetine ve bu niyetine uygun olarak oturduğu yere bakılmaksızın bizzat kanun kişinin yerleşim yerini belirlemiştir. Bu istisnai hallere örnek olarak: velayet altındaki çocukların ikametgahının ana babalarının ikametgahı olmasını ve vesayet altındaki kişilerin ikametgahının vesayet mahkemesinin bulunduğu yer olmasını (TMK madde 21/1) göstermek mümkündür.

Her kişinin zorunlu ve bir tane yerleşim yeri olmasını ilke edinen Medeni Kanunumuz bu düzenlemeyle hukuk dünyasında ortaya çıkabilecek kargaşayı önlemek istemiş ve yerleşim yerinin belli olmasına çeşitli hukuki sonuçlar bağlamıştır. Yerleşim yeri usul hukukunda yetkili mahkemeyi belirlemede oldukça önem taşır. Usul hukukunda yetkili mahkeme konusunda genel kural, her davanın davalının yerleşim yerinin bulunduğu yerde açılmasıdır. Yine borçlar hukuku bakımından yerleşim yerinin önemli olduğu alanlar vardır. Örneğin, her borç, kural olarak borcun doğduğu tarihte borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yerde ifa edilir.

Konut kavramı ile yerleşim yeri (ikametgah) kavramları arasında doğal olarak ilişki vardır. Ancak bu ilişki özdeşlik şeklinde kendini göstermemektedir. Başka bir deyişle, konut yerleşim yeri (ikametgah) değildir. Konut kavramı yerleşim yeri kavramından farklıdır. Yerleşim yeri konutun bir türüdür.⁸² Her yerleşim yeri aynı zamanda konut olduğu halde her konut medeni hukuk anlamında yerleşim yeri (ikametgah) değildir.

⁸¹ Kılıçoğlu, s.170.

⁸² Çınar, s.3.

Kişilerin geçici oturdukları yazlık ev, otel, pansiyon gibi yerler konut olarak kabul edildikleri halde yerleşim yeri olarak nitelendirilmemektedir.

2. CEZA KANUNUMUZ AÇISINDAN

İnsanlar toplumsal bir ortam içinde yaşarlar. Toplumdaki ilişkilerin bir düzen içinde yürütülmesi, toplumsal yaşamın zorunlu bir sonucudur. Toplumsal yaşam, bir düzeni gerektirir.⁸³ Toplumsal düzeni sağlayan kurallar, bir yandan bireylerin özgürlüklerini bir engelle karşılaşmadan kullanmalarını sağlarken, bir yandan da her bireyin bundan istifade etmesini temin amacıyla çeşitli kısıtlamalar getirmektedir.

İnsanın bireysel yaşamdan sıyrılıp toplu yaşama geçmesi aynı zamanda çeşitli sorunların doğmasına neden olmuştur. Özellikle bireyi topluma ve devlet gücüne karşı koruyan ona bir çeşit “dokunulmaz alan” ayıran haklar ve özgürlüklerin güvence altına alınması gibi. Bu hakların biri de kişi dokunulmazlığının doğal bir sonucu olan konut dokunulmazlığıdır.⁸⁴ Konut, kişinin kişiliğini bulması, özgürlüğü, güvenliği ve kendisini ifade etme ve geliştirmesi için en uygun olan yerdir.⁸⁵ Bu nedenle Anayasamızda temel hak ve hürriyetler arasında sayılmış ve koruma altına alınmıştır. Gerçekten 1982 Anayasası'nın 21. maddesinde “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz

⁸³ Gözübüyük, s.1.

⁸⁴ Çınar, s.1.

⁸⁵ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.220.

saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” denilerek kişinin konutunun onun açısından önemi vurgulanmış, bir konuta hangi hallerde ve hangi usulle girilebileceği açık olarak yazılarak bu konuda bir boşluk bırakılmamıştır.

Anayasamızın bu kadar önem vererek koruma altına aldığı konut dokunulmazlığı hakkını ihlal halinde, hukuk düzeninin bu ihlali bir yaptırıma bağlaması zorunlu hale gelmiştir. Bir hakkı sadece tanımlayıp koruma altına almak o hakkın kullanımını sağlamak için tek başına yeterli olmamaktadır. Hakkın ihlali halinde öngörülen müeyyideler koruma açısından oldukça önem arz etmektedir. İşte bu durumda karşımıza ceza hukuku çıkmaktadır. Ceza kanunu konut dokunulmazlığını ihlal fiilini suç sayarken konutu değil, bir yeri konut olarak edinmiş olan kimsenin hürriyetini korumaktadır. Ceza hukuku bakımından konut, kişi hürriyetinin oluşması için bir yer koşuludur.⁸⁶

Bundan sonraki kısımda konut dokunulmazlığı hakkının, en önemli koruma alanını oluşturan, Ceza Hukuku alanında yer alan düzenlemeler ayrıntılı olarak incelenecektir. Türk Ceza Adalet Sistemi 2004 yılında yapılan çalışmalar neticesinde tamamen yenilenmiş bu kapsamda 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu 01/06/2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmış yerine 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. Konut dokunulmazlığını cezai müeyyide ile koruma bakımından her iki kanun açısından çeşitli farklılıklar ortaya çıkmıştır.

a. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Düzenleme

Eski Türk Ceza Kanunumuz (ETCK) konut dokunulmazlığını ihlal fiillerini iki çeşit olarak kabul ederek buna göre düzenlemiştir.⁸⁷ Bunlardan birincisi kanunun 193. maddesinde öngörülen kişilerce işlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçudur. Maddenin 1. fıkrasında, mağdurun şikayeti aranmış ve suçun oluşumunu konut dokunulmazlığı hakkına haiz olan kişinin

⁸⁶ Çınar, s.1.

⁸⁷ Yaşar, Osman, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, Ankara 2001, s.291.

rızasına aykırı olarak girmek veya rızası ile girdikten sonra çıkmamak şeklinde düzenlenmiştir. 2. fıkrasında ise YTCK'dan farklı olarak geceleyin, kişiye şiddet kullanarak, silahla, veya birden fazla kişi tarafından işleme hallerini suçun nitelikli hali olarak saymıştır. Diğer düzenleme ise 194. maddedeki memurların görevlerini kötüye kullanarak işledikleri konut dokunulmazlığını ihlal suçudur. Burada da memurun görevini kötüye kullanarak veya kanunda belli olan usul ve esaslara aykırı olarak kişinin konutuna veya eklentisine girilmesi suç olarak düzenlenmiştir.

b. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda (YTCK) konut dokunulmazlığının ihlali fiilleri 116. maddede düzenlenmiştir. Maddede kişinin konutuna veya eklentilerine rızası dışında girmek ya da girdikten sonra çıkmamak şeklinde suçun oluşacağı belirtilmiş ve soruşturma için mağdurun şikayeti aranmıştır. Devam eden fıkralarda da suçun değişik görünümleri düzenlenmiştir.

Suçun nitelikli hallerine ise "ortak hüküm" başlıklı 119. maddede yer verilmiştir. Bu maddede de, suçun "silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak" halleri nitelikli hal olarak saymıştır.

c. 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarının Karşılaştırılması

Konut dokunulmazlığının ihlali suçunu düzenleyen YTCK'nun 116. maddesi, ETCK'nun 193. ve 194. maddelerine karşılık gelmekle beraber aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır.⁸⁸

YTCK'nun m. 116/1.fıkrasında, ETCK'nun 193. ve 194. maddelerinden farklı olarak "mesken" veya "müştemilat" kavramları yerine "konut" veya "eklenti" kavramları kullanılmıştır. Keza, 765 sayılı Kanunda sivil kişiler

⁸⁸ Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C - I, Ankara 2007, s.928.

tarafından konuta girilmesi ve girdikten sonra çıkılmaması suç olarak kabul edilmiş iken memur tarafından işlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu açısından sadece konuta girmek suç olarak kabul edilmişti. Bu husus doktrinde tartışmalara sebep olmuş ve memurun rıza ile konuta girmesinden sonra çıkmaması halinde hangi suçun oluşacağı hususunda değişik fikirler ileri sürülmüştü. Mevcut düzenleme ile memurun işlediği konut dokunulmazlığını ihlal suçu bağımsız bir suç olmaktan çıkarıldığı ve suçun temel şekli bakımından konuta rıza hilafına girme veya rıza ile girdikten sonra çıkmama suç olarak kabul edilerek tartışmaya son verilmiştir.⁸⁹ Suçun maddi unsurunun oluşumu bakımından 5237 sayılı TCK'nın rızaya aykırı olarak girme ve rıza ile girdikten sonra rızaya aykırı olarak çıkmama yeterlidir. 765 sayılı TCK'nın ise rıza hilafına, gizlice ve hile ile konuta veya eklentisine girme rıza ile girdikten sonra rızaya aykırı olarak çıkmama suç olarak kabul edilmiştir. Yeni kanunda, "gizlice veya hile ile girme" de rızaya aykırı olarak girme kabul edilmiştir.

YTCK'nun m. 116/2. fıkrası hükmü ile getirilen yeni bir düzenleme ile "birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde" mağdurun şikayetine bağlı olarak failin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu husus ETCK'da yer almamakla birlikte m. 194/2. fıkrasında "memurların efradın ticaretgahları veya idarehaneleri gibi hususi mahaller usulsüz olarak araştırılırsa fail.. ..hapsolunur" şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı.

ETCK'nun 194. maddesinde "bir memurun görevini kötüye kullanarak veya kanunda belirli olan usul ve şartlar haricinde olarak bir kimsenin mesken veya müstemilatına girmesi" bağımsız bir suç olarak düzenlenmişti. YTCK'da ise m. 119/1-e bendinde failin "kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi" konut dokunulmazlığının ihlali

⁸⁹ Gökçen, Ahmet, "Hürriyete Karşı Suçlar", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc, s.27.

suçunun cezasının ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olarak kabul edilmiştir.

5237 sayılı Kanununun 116. maddesinin 3'üncü fıkrasında yeni bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *“evlilik birliğinde aile bireylerinden veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden birinin rızası varsa, ihlal oluşmayacak ve maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmayacaktır. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir.”* 765 sayılı TCK'nun 193'üncü maddesinde, suçun oluşması bakımından rıza hilafına konuta veya eklentilerine girmek veya rıza hilafına çıkmamak gereklidir. Ancak söz konusu maddede rızanın kim tarafından açıklanacağı hususuna yer verilmiş değildir. 5237 sayılı TCK'nın 116. maddesi ile ise, evlilik birliği içinde aile bireylerinden birinin, müşterek kullanılan konutlarda bu konutu kullananlardan birinin rıza beyan edebileceği ifade edilerek konuya açıklık getirilmiştir. Rızanın açıklanması halinde fiil hukuka uygun olduğundan söz konusu suç oluşmayacaktır. Konuta girişin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için rıza beyanı meşru bir amaca yönelik olmalıdır. Örneğin konuttaki teknik bir arızanın giderilmesi için diğerinin bilgisi olmaksızın eşlerden birinin tamircinin konuta girmesine rıza göstermesi halinde bu rıza geçerlidir. Ancak eşlerden birinin bir başkasını zina yapmak üzere konuta kabul etmesi halinde, rıza hukuka uygun olmayacak ve konut dokunulmazlığını ihlal suçu gerçekleşecektir.

ETCK'nun m. 193/2. fıkrasında fiilin "eşhas aleyhine, şiddet istimaliyle", "gece vakti", "silahla", "bir çok kimseler tarafından toplu olarak" işlenmesi ağırlatıcı sebep olarak yer almaktaydı. YTCK'nun 116/4. maddesinde ise bu sebepleri karşılayacak şekilde fiilin "cebir kullanılmak suretiyle", "gece vakti" işlenmesi, ortak hüküm olan m. 119/1-a bendinde fiilin "silahla", (c) bendinde ise "birden fazla kişi tarafından birlikte" işlenmesi bu suçun nitelikli halleri olarak öngörülmüştür. Silah kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda ETCK'nundan farklı olarak YTCK'nunda

bu husus ayrıntılı bir şekilde ayrı bir maddede açıklanmıştır. YTCK'nun 6. maddesi “tanımlar” başlığını taşımakta ve ceza kanununun uygulanması sırasında silah ibaresinden ne anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.

Konut dokunulmazlığını ihlal suçları ile ilgili getirilen yeni bir düzenleme 5237 sayılı Kanunun 119'uncu maddesinin son fıkrasında; *“Bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır”* şeklinde yer almıştır.

765 sayılı TCK'nun 193. maddesinin 1 inci fıkrasında, Mesken Masuniyetinin İhlali suçunun temel şeklinin cezası şikayete tabi bir suç olarak “1 aydan 6 aya kadar hapis” dir. 193. maddenin 2 inci fıkrasında kovuşturmanın resen yapılması öngörülmüş ve ceza “6 aydan 3 seneye kadar hapis” olarak kabul edilmiştir. Memurun işlediği mesken masuniyetinin ihlali suçu söz konusu ise 194. maddeye göre ceza “6 aydan üç seneye kadar hapis”i gerektirmektedir. Fiilin hususi bir maksatla işlenmesi halinde ceza “üçte birden yarıya kadar artırılarak” uygulanması öngörülmüştür. 194. maddenin son fıkrasına göre ceza “2 aydan 2 seneye kadar hapis”tir.

5237 sayılı TCK'nun 116. maddesinin 1. fıkrasında suçun temel şeklinin cezası takibi şikayete bağlı olarak “6 aydan 2 yıla kadar hapis” olarak belirlenmiştir. 116. maddenin 3. fıkrasındaki suçun cezası ise “6 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır”. Fiili işlemek için cebir, tehdit kullanmak veya fiilin gece vakti işlenmesi durumunda ceza “1 yıldan 3 yıla kadar hapistir”.

119. maddede düzenlenen nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda ceza “bir kat artırılarak” verilecektir.

Suçun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde takibat, resen yapılacaktır. İş yerlerine yönelik konut dokunulmazlığını ihlal fiilleri de (m. 116/3) 1. fıkrada olduğu gibi şikayete tabidir.⁹⁰

⁹⁰ Gökçen, s.29.

5271 sayılı CMK'nun 253. maddesinde 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişlikle Şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın konut dokunulmazlığının ihlali başlıklı 116.maddede yer alan suçlar "uzlaşma" kapsamına alınmıştır. Bu nedenle bu suçların nitelikli halleri de dahil olmak üzere, Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek ve özel hukuk tüzel kişininin uzlaştırılması girişiminde bulunulması gerekmektedir.⁹¹

3. CEZA MUHALEMESİ KANUNU AÇISINDAN

Uluslararası belgelerde ve anayasamızda koruma altına alınan konut dokunulmazlığı hakkına kanunla getirilen en önemli sınırlama Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenen "arama" müessesesi ile kişilerin konutuna belli şartların varlığı halinde girilmesine ve burada arama yapıp elde edilen çeşitli eşyalara el konulmasına olanak tanınmaktadır. Anayasa'nın 21. maddesi ile koruma altına alınan ve uluslararası belge olarak da AİHS'nin 8. maddesinde yer alan konut dokunulmazlığı hakkı CMK'da bir takım kayıtlara tabi tutulmuştur, bu hakkın burada nasıl sınırlanacağı ileride açıklanacaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde bireyin "hususî ve ailevi hayatı, meskeni ve muhaberatı" korunmuş, kanunla sınırlanabilen alanlar gösterilmiştir.⁹² Ceza muhakemesi hukukunda suçluların yakalanması ve suç delillerinin ortaya çıkarılması amacıyla başvuru olan geçici bir koruma tedbiri olarak düzenlenen ve bu amaçla bir kimsenin konutunda, etrafı çevrili sair mahallerde yapılan araştırmaya "arama" denmektedir. Arama anlaşıldığı gibi kişinin özellikle konut dokunulmazlığını ortadan kaldıran bir tedbirdir. Bu nedenle arama yolu ile

⁹¹ Parlar - Hatipoğlu, s.929.

⁹² Kunter, Nurullah - Yenisey, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2000, s.676.

yapılan müdahalelerde hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin kriter ve güvencelerin sağlanması gerekmektedir.⁹³

B. KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SINIRLARI

1. CEZA KANUNU AÇISINDAN

a. Suçun Unsurları

(1) Suçun Maddi Unsurları

(a) Fiil

Bir suçun maddi unsurundan söz edebilmek için, dış alemde bir değişikliği gerektiren veya böyle bir değişikliğe yönelik olumlu veya olumsuz bir hareketin bulunması gerekir. Kanundaki tanıma uygun tipik bir eylem için her şeyden önce olumlu veya olumsuz bir hareketin yapılmış olması gereklidir.

Kanunda suçun oluşumu için öngörülen hareketlerden herhangi birinin yapılması halinde suçun meydana geleceği, kanun tarafından düzenlenmiş ise, suç seçenek hareketli bir suçtur. Kanunda gösterilen hareketlerden herhangi birinin yapılması ile suç oluşur. Çünkü bu hareketlerden her biri bağımsızdır. Konut dokunulmazlığını ihlal suçunu düzenleyen kanunumuz konut ve eklentisine girmek veya çıkmamak hareketlerinin herhangi birinin yapılmasıyla suçun oluşacağını düzenlemiş olduğundan bu suç seçenek hareketli bir suçtur ve seçenek hareketlerden herhangi birisinin icra edilmesiyle suç tamamlanmış olur.

Bu suçun maddi unsuru, failin hak sahibinin rızası dışında konuta veya eklentisine “girmesi” veya “girdikten sonra çıkmaması”dır.

⁹³ Üzeltürk, s.142.

Bu suç icrai bir davranışla işlenebileceği gibi ihmali bir davranışla da işlenebilir. Başkasının konutuna veya konutun eklentilerine rızayla girdikten sonra çıkmama halinde konut dokunulmazlığı ihmali bir davranışla ihlal edilmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun m. 116/1. fıkrasında düzenlenen ve konut dokunulmazlığını ihlal suçunun temel şeklini içeren suçun maddi unsuru failin hak sahibinin rızası dışında konuta veya eklentilerine girmesi veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamasıdır. Suçun tipikliğinin özelliği içinde kanunumuz konut dokunulmazlığını ihlal suçunda maddi unsur olarak konut veya müstemilatına girmek veya çıkmamak unsurlarını tespit etmiştir.⁹⁴

Girmek unsurunun gerçekleşmesi için fiziki olarak failin bu yerlere bütün vücudu ile tamamen girmesi gerekir. Kısmen vücudun girmesi halinde bu unsurun tamamlandığı kabul edilemez. Suçla korunan hukuki yarar kişi hürriyeti olduğu için her ne kadar kısmen konuta girmek, o yerde bulunanların huzurunu bozabilecek bir nitelik gösterebilirse de bu hali teşebbüs hükümleri karşılamaktadır ve fiilin tamamlanmış haliyle değil de teşebbüs hükümleriyle fail cezalandırılabilir.⁹⁵ Konut ve eklentisine yönelik dışarıdan yapılan hareketler, dışarıdan evin gözetlenmesi, camın tıkrırdatılması, dış kapı zilinın çalınması, telefon edilmesi gibi eylemler girme unsurunu taşımadığı için bu suçu oluşturmaz.⁹⁶ Bu durumda diğer koşulların da varlığı halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu oluşabilir.

Konuta veya eklentilerine girmenin bütün vücut ile dahil olmasına karşın konuta veya eklentilerine nerelerden girildiğinin önemi yoktur; pencere, baca veya damdan girilmesi durumlarında da konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşur.

⁹⁴ Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, s.64.

⁹⁵ Önder, s.65.

⁹⁶ Savaş - Mollamahmutoğlu, s.2262.

Ceza kanunumuzun suçun oluşumu açısından seçenek hareket olarak öngördüğü diğer hareket ise failin rıza ile girdiği konuttan rıza hilafına çıkmamasıdır. Çıkmama fiilinin suçu oluşturabilmesi için hak sahibinin kendisine söz, hareket ve tavırlarıyla çıkmaya davet etmesine rağmen failin bu yerden ayrılmamış olması gerekir. Kanunumuzda konuttan çıkmamak halinin ne kadar sürmesi gerektiği açıklanmamıştır. Ancak konuttan çıkmamak mütemadi bir suç teşkil ettiği için temadiyi oluşturacak derecede bir zaman içerisinde hukuka aykırı durumun devam etmesi gerekir. Bu nedenle her olayın niteliğine, içinde bulunulan duruma ve koşullara göre hakimin takdir edeceği az veya çok bir devamlılığın oluşması gerekir.⁹⁷

Yargıtay'ın rıza ile konuta girip çıkmamak şeklinde gerçekleşen suç açısından bir kararında, müştekinin evine rızası ile giren sanıkların daha sonra küfür edip kavgaya başladıktan sonra artık müştekinin sanıkların evinde kalmasına rızasının bulunduğu kabul edilmesini yaşamın olağan akışına ve müşteki anlatımına uygun düşmediğini belirtmiştir.⁹⁸

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun oluşabilmesi için yetkili kişinin konuta girme konusunda rızasının olmaması gerekir. Suçun hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldıran rızanın, hukuken geçerli rıza olması gerekir. Kişinin konuta girme konusunda rıza açıklamaya yetkili olmasının yanı sıra, açıklanan rızanın da sakatlanmamış olması gerekir. Mağdurun faili görmemesi olanağından yararlanarak konuta veya eklentilerine girilmesi halinde gizlilikten bahsetmek gerekir. Failin bu durumda gizlice konuta girdiği kabul edilmelidir. Bu durumda da yine rızasızlık olduğundan suç oluşacaktır. Aynı şekilde failin mağduru hataya düşürerek konut veya eklentilerine girmesi halinde de rızanın varlığından söz edilemez. Örneğin failin mağdura sahte isim vererek bu isme güvenen mağdurun güveninin kötüye kullanılması hali bir hile teşkil eder. Bunun gibi kendisini sahte vasıflarla tanıtarak mağdurun iradesini yanıltan kişinin girmesi halinde de

⁹⁷ Çınar, s.90.

⁹⁸ Yargıtay 2. CD, E.2004/8595, K.2005/22942; AKİP.

hileli bir girmeden bahsedilir. Tüm bu hallerde de mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilen eylemler olduğundan ihlal suçu oluşacaktır.⁹⁹

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunda kanunumuz, girme ve girdikten sonra çıkmama şeklinde tarif ettiği hareketler açısından önemli bir unsur olarak bu hareketlerin rıza hilafına yapılmasını şart koşturmaktadır. Bu nedenle konut veya eklentisine girmek veya rıza ile konut veya eklentisine girdikten sonra çıkmamak rıza hilafına olmalıdır. Çünkü suçun oluşması için hak sahibinin rızasının bulunmaması şarttır. Konuta girilmesine dair rızanın varlığı halinde ortada bir suç yoktur. Rıza hilafına tabiri, konuta müsaadesiz girmek manasına gelmez. İnsanlar arasındaki günlük hayat her defasında konuta girmek için müsaade alınmasını şart koşmaya elverişli değildir.¹⁰⁰ Rızanın açık olarak belirtilmiş olması şart değildir. Zımnî olarak da rıza açıklanabilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun 116. maddesinin 3. fıkrasında girmek ve çıkmamak hareketleri bakımından kimlerin rıza açıklamaya yetkili olduğuna dair özel bir hüküm öngörmüştür. Buna göre evlilik birliğinde aile bireylerinden ya da konutun veya işyerinin birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda, bu kişilerden birinin rızası varsa, 116/1 ve 2. fıkralar hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir. Evlilik birliğinde aile bireyleri arasında bir kimsenin konuta girmesi konusunda rıza açıklanırken ihtilafa düşülmesi halinde, birbirlerinin haklı çıkarlarına zarar vermemeleri kuralı esas alınmalıdır. Örneğin TMK'nun m. 185/3. fıkrası, eşlere sadakat yükümü getirdiğinden karı veya kocanın aşğının konuta girmesi konusundaki eşlerden birinin rızası sadakat yükümü ile bağdaşmadığından geçerli olmaz ve bunun meşru bir amaca yönelik olduğu kabul edilemez.¹⁰¹

⁹⁹ Soyaslan, s.223.

¹⁰⁰ Savaş - Mollamahmutoğlu, s.2262.

¹⁰¹ Parlar - Hatipoğlu, s.933.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun konut dokunulmazlığını ihlal suçuna yönelik bir değerlendirilmesinde, cinsel ilişkide bulunmak gayesiyle, karının çağırması üzerine, kocasının rızasının söz konusu olmayacağını bilerek ve kendi iradesiyle konuta girdiği ve varsayılan rızasızlık nedeniyle de konuta girmek eyleminin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacağı kanısına varılmıştır.¹⁰²

Burada ortaya çıkan sorun, meşru olmayan bir amaca yönelik olarak konuta giren kişi bakımından konut dokunulmazlığını ihlal suçunun oluşacağı kuşkusuz ise de; konuta girmeye rıza gösteren aile üyesi bakımından da suçun oluşup oluşmayacağıdır. Kanaatimizce konutu birlikte kullanma yetkisine sahip olan kişiler bu suçun faili olamayacağına göre, yalnızca meşru olmayan bir amaçla konuta giren kişi bu suçtan dolayı cezalandırılmalıdır.¹⁰³

Aynı durum, konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda da geçerlidir. Bu durumda da, bu kişilerden birinin rızası varsa, bunun meşru bir amaca yönelik olması kaydıyla, suç oluşmayacaktır. Örneğin, aynı evi paylaşan üç üniversite öğrencisinin her biri, birlikte çalışmak için diğer bir arkadaşını davet edecek olursa, suç oluşmayacaktır.¹⁰⁴

Aynı odayı birden fazla kişinin konut olarak kullanması durumunda burada oturanların hepsi rıza açıklamaya yetkilidirler. Ancak burada şu sorun ortaya çıkabilecektir. Birden fazla oturan kişilerden her biri rıza açıklamaya yetkili olduğuna göre bunlardan sadece birinin girmeye razı olup diğerlerinin razı olmaması halinde suç oluşacak mıdır? Bu durumda suçun koruduğu hukuki yararın kişilerin hürriyetini korumak olduğu dikkate

¹⁰² Yargıtay 2. CD, E.2005/7752, K.2006/4882; AKİP.

¹⁰³ Durmuş Tezcan - M.Ruhan Erdem - Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2008, s.418.

¹⁰⁴ Buna karşılık, bir konutu birden fazla kimsenin paylaşması, fakat konutun her odasında farklı bir kimsenin oturması durumunda, her odanın burada oturan bakımından konut sayılacağından bahisle, yalnızca ilgili oda sakininin rıza beyanına yetkili olduğu belirtilmektedir. Elbette bu durumda, konutun ortak kullanılan yerleri bakımından orada oturan herhangi bir kimsenin rızası yeterliyken; bireysel olarak kullanılan yerler bakımından, ilgili kişinin rızası aranır.; Tezcan - Erdem - Önok, s.419.

alınarak beraber oturan kişilerden birisinin yasal hakkının ihlal edildiğini söylemesi halinde buna öncelik verilerek suçun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir. Birlikte oturanların hiç birinin, diğerinin yasal hakkını ihlal edecek şekilde rıza açıklamasında bulunamayacağının baştan kabul edilmesi gerekir.¹⁰⁵

Tümü bir konut olan fakat her odasında değişik kişilerin oturduğu yerlerde her oda ayrı bir konut teşkil eder. Örneğin bir evin veya bir apartman dairesinin birden fazla odası olup, bu odaların her birinde değişik kişiler oturuyorsa, her oda, oturan bakımından konuttur. Bu nedenle, ne kadar oda varsa o kadar hak sahibi vardır. Her odada oturan kişi, o odaya girilmesinde rıza açıklamaya yetkilidir. Ancak ortaklaşa kullanılan yerlere girmek açısından her birinin rıza açıklamaya yetkili olması nedeniyle birbirlerine yönelik olarak suçun oluştuğundan bahsedilemez.

TCK'nun 116. maddesinin 2. fıkrası "1. fıkroda belirtilen fiillerin açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde" ihlal suçunun oluşacağından bahsetmiştir.

İşyeri, işçinin çalıştığı iş faaliyetlerinin yürütüldüğü yerdir. İşyerinin eklentisi ise işyerinin kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan, kolaylaştıran yapıdır. Madde 116/2. fıkranın uygulanmasında 1. fıkroda söz konusu olan koşullar aranmalıdır. Bu bakımdan maddi unsur itibarıyla, açık bir rızaya gerek bulunmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerlerine rıza hilafına girmek veya rıza ile girdikten sonra rıza hilafına çıkmamak halinde suç oluşacaktır.

(b) Suçun Faili

Suçların bir çoğu herkes tarafından işlenebilir. Bazı suçlar haricinde o suçun faili olabilmek için özel bir nitelik aranmaz. Fakat bazı suçların işlenebilmesi için kanun koyucu suç failinin belirli bir nitelik ve özellikte

¹⁰⁵ Çınar, s.111.

bulunmasını şart koşabilir. Örneğin zimmet suçunu işleyecek kişinin mutlaka kamu görevlisi olması gerekmektedir. Ceza hukuku uygulamasında failinde belirli sıfat veya niteliklerin arandığı suçlara mahsus (özümlü) suçlar denilmektedir. Bunun dışında kalan suçlarda ise failin sıfat ve niteliği önem taşımamaktadır. Her kişi bu nitelikteki suçların faili olabilmektedir.

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun faili herhangi bir kimse olabilir. Bu suçun faili olabilmek açısından herhangi bir sıfat ya da nitelik taşımak gerekmemektedir. Ceza kanunumuz konut dokunulmazlığını ihlal suçunu herkes tarafından işlenebilen bir suç olarak kabul ederken, suçun kamu görevlisi tarafından kamu görevinin sağladığı nüfusu kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halini 119/1-c maddesinde cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Konut dokunulmazlığını ihlal suçunu herhangi bir kimsenin işlemesi halinde fail suçun temel cezasıyla cezalandırılacak, bu suçun kamu görevlisi tarafından görevin sağladığı nüfuz kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde temel cezada artırımı gidilecektir. Failin sıfatı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir.

Aynı konutta birlikte yaşayan aile bireylerinin, bu konutta birbirlerine karşı bu suçu işleyebilmeleri ve suçun faili olabilmeleri mümkün değildir. Çünkü kanun koyucu konutu bir bütün olarak ve aynı konutta bulunan aile bireyleri hakkında küllük olarak korumaktadır. Bu nedenle aileden bir kimse rızası olmasa dahi aileden diğer bir kimsenin veya aile ile birlikte yaşayan kimselerin odasına girerse, konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemiş olmaz.¹⁰⁶ Buna karşın ailenin bir ferdi aile ile birlikte oturma hakkını kaybetmiş ise konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işleyebilir. Örneğin babasıyla tartışıp ayrı bir eve taşınan erkek çocuğun babanın rızası olmadan onun yaşadığı yere girmesi halinde ihlal suçu oluşacaktır.

Ailenin fertleri olmakla beraber birlikte yaşamayıp da ayrı yaşayanlar arasında konut dokunulmazlığını ihlal suçunun işlenmesi mümkündür.

¹⁰⁶ Savaş - Mollamahmutoglu, s.2261.

Yalnız bu suçun işlenebilmesi için birbirlerinin konutuna girilmemesi konusunda rızanın bulunmadığının açıkça belirtilmiş olması gerekir. Ailenin fertleri olmakla beraber ayrı yaşayanlar ve akrabalar arasında birbirlerinin evine girmeleri durumunda böyle bir açık rızasızlık halinin bulunmadığı zamanlarda fiil suç olmayacaktır. Çünkü ayrı yerlerde yaşayan aile fertleri ve akrabalar adet gereği birbirlerinin evine her zaman girebileceklerinden, rıza hilafına girilip girilmediğinin bu durumda tespiti ancak rızanın bulunmadığının açıkça belirtilmiş olması halinde mümkün olmaktadır. Yoksa girmede rıza varsayılr.¹⁰⁷

Karı koca arasında evlilik birliği devam ettiği ve verilmiş bir ayrılık kararı bulunmadığı sürece eşlerin diğerinden bağımsız konuta girmeleri halinde, ihlal suçu oluşmaz. Karı ve koca arasındaki evlilik birliği devam ettiği halde ikisinden biri bağımsız bir konutta fiilen ayrı oturuyor olabilir. Bu durumda karı veya kocanın diğerinin bağımsız olarak oturduğu konuta girmesinde konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmaz. Suç oluşmadığı için de karı ve koca suçun faili olamaz. Buna karşın karı veya koca ortaklaşa yaşamın tatili gibi durumlarda ayrı yerlerde konut edinebilmektedirler. Hakimin ayrılık kararı üzerine kadın ayrı bir ikametgah seçebilir. Ayrılık kararı verilmiş ve bu karar üzerine karı kocadan herhangi birisi kendisine ayrı bir konut seçmiş ise bunlardan birinin rızası hilafına diğerinin ayrı olarak seçilmiş olan bu konuta girmesi durumunda konut dokunulmazlığını ihlal suçu meydana gelir.

Birden fazla kişi aynı odayı konut olarak paylaştığı durumlarda bu odaya girmede birbirlerine karşı konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından fail olamazlar. Örneğin bir otel odasında birden fazla kişi birlikte kalıyorsa bunlar da bu birlikte kaldıkları odaya girmede birbirlerine karşı fail olamazlar.

¹⁰⁷ Çınar, s.81.

Kiraya verilen evin sahibi, kiracısı aleyhine konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işleyebilir. Aynı zamanda bu suçun faili de olabilir. Zira konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile korunan konutun fiziki varlığı, mülkiyet hakkı ve konutun mal niteliği değil, burada bulunan ve orayı kendisine hukuki meşruiyet dahilinde konut olarak tahsis eden kişinin hürriyetidir. Bu nedenle ev sahibinin mülkiyet hakkı kiracının konut dokunulmazlığını ihlale neden olamaz.¹⁰⁸

(c) Suçun Konusu

Suçların hukuki konuları ile maddi konuları arasında çoğu zaman sıkı bir bağ vardır. Hal böyle olmasına rağmen “suçun hukuki konusu” ile “suçun maddi konusu” kavramları aynı değildir.¹⁰⁹ Suçun maddi konusu, daima, suçun cismini oluşturan insan veya cismani şeydir, yani somut olarak keşfedilebilen, tespit edilip değerlendirilebilen maddi şeylerdir. Buna karşın suçun hukuki konusu ise, soyut olguları ifade eder. Sosyal ve psikolojik bir realite olabileceği gibi doğal bir gerçeklikte hukuki konuyu oluşturabilir. Örneğin; ‘özgürlük’, ‘haysiyet’, ‘onur’ ve ‘şeref’ gibi kavramlar hukuki konuyu teşkil edebilir. Bu açıdan hukuki konu maddi konudan daha geniş bir anlamı bünyesinde ihtiva etmektedir.

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun hukuki konusu daha önce açıklanmaya çalışılmıştır. Bu suçun maddi konusunu ise TCK’nun m. 116/1. fıkrada yer alan suç tanımında ifade edilen “konut” ve “ekleni” kavramları ile m. 116/2. fıkradaki suç tanımında yer alan açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan “işyerleri ve eklentileri” oluşturmaktadır.

aa. Konut

Ceza Kanunumuz “konut” tan bahsettiği halde bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğini açıklamamıştır. Türk Dil Kurumunun sözlüğünde

¹⁰⁸ Savaş - Mollamahmutoğlu, s.2262.

¹⁰⁹ Çınar, s.47.

konut sözcüğünün anlamı “İnsanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken, ikametgah”, konut dokunulmazlığı kavramı ise “belli hukuki şartların dışında kişilere ait konutlara girilmemesi, arama yapılmaması ve eşyaya el konulmaması durumu” olarak açıklanmıştır.¹¹⁰ Ceza kanunumuzda konutun ne anlama geldiği açıklanmadığı gibi konut ile ikametgahın aynı anlama gelmediği de daha önce izah edilmeye çalışılmıştı. Ceza hukuku açısından konut kavramının kişinin bireysel ya da toplu olarak yasal bir şekilde serbestçe devamlı veya geçici olarak oturduğu her çeşit yer olarak kabul edilmesi gerekir.¹¹¹ Bir yerin konut sayılması, ferdin o yeri, faaliyetlerine barınak kabul ettiğine dair tahsis iradesine bağlıdır.¹¹² Tahsis iradesinin haricen anlaşılması sonucunu doğuracak şartların mutlaka bulunması yani o yerin dış alemde ayrı tutulduğunun ve kişi için özellik arz ettiğinin hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılması gerekmektedir. Bir yerin konut olarak ayrıldığı çeşitli yollarla dış aleme izah edilmemişse burayı konut saymak mümkün değildir. Tahsisi ortaya koyacak işaret ya da engellerin, sağlam olması veya insan emeği ile ortaya çıkarılması, aşılması mümkün olmayacak derecede yüksek olması önemli değildir. Kişi, bu nedenle, bir mağarayı konut olarak kullanıyorsa burası konut sayılır.¹¹³ Tahsis iradesiyle dış alemde ayrılan bu yer açık ya da kapalı olabilir. Tahsisin sürekli ya da geçici olmasının önemi yoktur. Örneğin kişinin birkaç gün kalmak için yerleştiği otel odası orada kalan için konuttur. Konutun muhakkak bina olması zorunlu değildir. Bu nedenle bir kulübe ya da gezginlerin seyahatlerinde kullandıkları karavanlarda konut olarak kabul edilmelidir. Konutta oturan kişinin burayı günün yalnızca birkaç saatinde kullanıyor olması ile tüm gün kullanılmasının da bir önemi yoktur. Aynen bunun gibi konutun kırdaki ya da kentte olması da önem taşımaz.

¹¹⁰ Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr/TR/sozBul/, E.T. 25.03.2008.

¹¹¹ Parlar - Hatipoğlu, s.930.

¹¹² Savaş - Mollamahmutoğlu, s.2260.

¹¹³ Çınar, s.60.

Konut olarak kabul edilen yerin gece istirahatına tahsis edilmiş olması zorunlu değildir. Konut kişi yaşamının önemli niteliklerini oluşturan yemek, içmek, yatmak, misafirlerini kabul etmek gibi çeşitli gereksinimlerin hepsinin veya bir bölümünün görüldüğü yerdir. Konut yalnızca gece istirahatının yapıldığı bir yer değildir. Bu nedenle gece istirahatına ayrılmamış fakat diğer bir veya bir kısmının yerine getirildiği yerde konut sayılır.

Bir yerin konut sayılabilmesi için kişinin o yeri konut olarak tahsis ettiğine dair iradesinin devam etmekte olması gerekir. İleride konut olarak tahsis edilmesi düşünülen ancak inşaat aşamasında olan bina konut olarak kabul edilemez, zira burada henüz tahsis iradesi mevcut değildir. Bunun gibi içinde fiilen oturulmayan, inşası bitmiş bir bina veya kiracısı tarafından boşaltılmış bir ev veya terkedilmiş bir kulübe konut olarak kabul edilemez. Sahibinin rızası olmadan boş bir eve girmek ihlal suçunu oluşturmaz. Ev sahibinin bu ev üzerinde mülkiyet ve zilyetlik gibi haklarının varlığı ihlal suçunun oluşmasında önemli değildir. Daha öncede vurgulandığı gibi ihlal suçu bakımından önemli olan kişinin o yeri faaliyetleri için barınak kabul ettiğine dair tahsis iradesinin varlığıdır.

Konut olarak kabul edilen yerlerin bu şekilde kabul edilmemesi için önemli olan tahsis iradesinin kalkmasıdır. O mahalde ferdin bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur. Bu sebeple meskun fakat suç anında içinde kimse bulunmayan bir konuta girilmiş olması halinde ihlal suçu oluşur. Buna karşın uzun zamandan beri terkedilmiş bir yere girilmesi halinde suç oluşmayacaktır.

Tahsis iradesinin varlığı zorunlu ise de tahsisin hangi nitelikte olduğunun da önemi vardır. Yani tahsisin meşru olması da gerekmektedir. Örneğin boş bir eve giren kişi açısından ihlal suçu oluşmayacağı gibi bu evin asıl sahibinin işgal edilmiş evine girmesi halinde de ihlal oluşmayacaktır. Zira sahibinin rızası olmadan ilk giren kişinin bu yer

üzerindeki tahsisi meşru değildir ve kanun hukuka aykırı durumları korumaz.¹¹⁴

Umuma açık yerler, bu niteliklerini korudukları yani umuma açık oldukları sürece konut niteliğini kazanamazlar. Tiyatro, sinema, lokanta gibi yerler buna örnek gösterilebilir. Fakat umuma açık olan yerlerin oturmaya ayrılmış bölümleri konut niteliğindedir. Sinema işleten kişinin sinemanın arkasında oturmak için ayırdığı veya istirahat ya da gece beklemek için tahsis ettiği kısım konut olarak kabul edilir ve buralara rızasız girmek ihlal sonucunu doğurur. Yine umuma açık olan yere belli saatten sonra girilmesine izin verilmemekte ve konut olarak kullanılmakta ise bu yerin konut olarak kullanıldığı saatlerde buraya girilmesi konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur.

Resmi daire niteliğinde olan binalar kural olarak konut sayılmaz. Ancak resmi binanın kişilerin yatması, ikamet etmesi için ayrılması veya bir bölümünün (örneğin, hastanenin bir odasının doktorun ikametine tahsis edilmesi) böyle bir amaçla tahsis edilmesi halinde bu yer veya bölümler konut sayılır.¹¹⁵ Bunun gibi okulun derslerden sonra öğretmenin yattığı, ikamet ettiği yer olması halinde, okulun konut sayılması gerekecektir.

bb. Eklenti

Türk Ceza Kanunu yalnızca konuta girmeyi değil, bu konutun eklentilerine (müştemilatına) rıza hilafına hile ile veya gizlice girmeyi veya rıza ile girdikten sonra rıza hilafına, hile ile veya gizlenerek çıkmamayı da konut dokunulmazlığını ihlal suçu saymıştır. Kanun eklenti sayılan yerlere girilmesini de yasaklarken konutta bulunan kişilerin huzur ve güvenliği ile hürriyetlerini koruma altına almak istemiştir.

Ceza kanunumuzda konut eklentisi kavramının ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde “eklenti” sözcüğünün

¹¹⁴ Savaş - Mollamahmutoğlu, s.2261.

¹¹⁵ Parlar - Hatipoğlu, s.931.

anlamı; “bir şeye eklenmiş olan, ek durumunda bulunan parça” şeklinde açıklanmıştır.¹¹⁶

“Eklenti” (müştemilat), konut veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan diğer yapılar ve yerlerdir. Diğer bir anlatımla, rıza olmadan içine girilmesi, konutta oturma hakkına sahip kimselerin huzur ve güvenliğini bozabilecek olan, ek yapılar ve yerler eklentidir. "Eklenti" kavram olarak konuta bağlı veya pek yakın yerler anlamını taşımaktadır. Konut dokunulmazlığını ihlal suçu kişi hürriyetine karşı işlenen suçlardan olduğu ve konutu korumakta zaruret bulunduğu için eklenti de kanun koyucu tarafından korunmuştur. Eklentiye belirlerken göz önünde tutulacak ölçü, içerisine girilmekle kişi huzur ve güvenliğinin, kişi hürriyetinin bozulmuş olup, olmayacağıdır. Konut dokunulmazlığının ihlali suçunda belirleyici öge "yer" koşuludur. Her şeyden önce bu suçun oluşabilmesi için girilen yerin hukuki ve mantıki olarak "konut" ya da "eklenti" olması gerekir.

Bir yerin konut eklentisi sayılması için buranın konuta bitişik olması şart değildir. Şüphesiz konut bir bina ise ona bitişik olan mahaller (balkon, ambar) eklenti olarak kabul edilmelidir. Kanun koyucunun konut dokunulmazlığını ihlal suçunu ihdas ederken korumak istediği hukuki yarar dikkate alındığında konut eklentisi de, konuta doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağlı olup da kullanılışı bakımından konutun hizmetine tahsis edilen veya konutu tamamlayan yerler eklentilerdir. Yargıtay önüne gelen somut olaylarda hangi yerlerin eklenti sayılacağını, hangi yerlerin ise eklenti sayılamayacağını tartışmaktadır. Konuta bitişik olmayan, bundan uzak bir yerin de eklenti sayılması mümkündür. Konuta doğrudan doğruya bağlı olmayan, konuttan uzakça bir yerde bulunan, konutun bulunduğu bahçe içindeki yazlık dinlenme yeri, çardak gibi yerler konut olarak kabul edilebilir. Önemli olan girildiğinde konutta oturan kişilerin huzur ve güvenliğinin, dolayısıyla kişisel hürriyetlerinin bozulabileceği bir yer

¹¹⁶ Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr/TR/sozBul/, E.T. 25.03.2008.

olmasıdır. Yargıtay'ımız bir başka kararında ev arsası içinde bulunan, eve bir metre uzaklıktaki tuvaleti ev halkından herhangi birinin her an kullanmasının mümkün olması nedeniyle bu tuvalete girilmesinde, evde bulunan sakinlerin huzur ve güvenliğinin bozulacağından dolayı tuvaletin eklenti sayılacağına karar vermiştir.¹¹⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, etrafı duvarla çevrili olmasa bile, evin giriş kapısı önünde bulunan, eve giriş ve çıkışı sağlayan, sabit ve özel olarak yapılmış, eve bitişik sahanlığın eklenti olduğunun kabulünün gerektiğini belirtmiştir. Merdiven veya sahanlığın girişinde zil ya da tokmak bulunmaması, kapı konmaması, bu yerin konutla ilgisi olmadığı, isteyen herkesin yararlanabileceği, tasarruf edebileceği, herkese açık yerlerden olduğu anlamına gelmeyecektir. Merdiven, sahanlık ve benzerleri yapılmakla bu yerin özel yaşama ayrılmış, dışarıya kapanmış bir yer olduğu habersiz ve rızasız girilmesine izin verilmeyeceği belirtilmiş ve böylece dış dünyadan ayrılmıştır. Konut ve merdiven sahanlığı birbirinden ayrılmaz birer parça ve sahanlıklar, konutun eklentileridir. Kurul kararda netice olarak, merdiven ve sahanlığın konutun eklentisi olup, buralara müdahalenin konut dokunulmazlığını bozma suçunu oluşturacağını belirtmiştir.¹¹⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun duraksamasız uygulamaları da bu içtihat doğrultusunda olup, "bir çatı altında bulunan bölümlerin, konutun eklentisi" olduğunu belirtmiştir.¹¹⁹ Aynı yöndeki değişik kararlarda "apartman giriş kapısından sonra gelen koridorlar, daire giriş kapılarının önleri, apartman sahanlıkları eklenti olarak kabul edilmiş, yasal olmayan bir amaçla buralara girildiğinde konut dokunulmazlığını bozma suçunun olduğu ve suçun tamamlandığı" kabul edilmiştir.¹²⁰

¹¹⁷ Yargıtay 4. CD, E.1974/8771, K.1974/13610, K.T. 22.10.1974; Çınar, s.74.

¹¹⁸ YCGK, E.1993/4-208, K.1993/352; AKİP (Açıklamalı Kanun-İçtihat Programı), 4.0 (Eylül 2007).

¹¹⁹ YCGK, E.1973/28, K.1973/215, K.T. 12.3.1973; AKİP.

¹²⁰ YCGK, E.1969/542, K.1970/31, K.T. 27.1.1969; E.1991/25, K.1991/67, K.T. 11.03.1991 ve E.1993/169, K.1993/354, K.T. 27.12.1993; AKİP.

Ceza Genel Kurulu eklenti ile ilgili bazı kararlarında da “etrafi çitle çevrili avluya girip şikayetçinin ahırı önünde yapılan kavgada, girilen avlunun konutun eklentisi” olduğunu,¹²¹ “kapıları kilitli olmayan avlu içinden otonun alınması olayında da avlunun eklenti” olduğunu¹²² belirtmiştir.

Cinsel taciz ve saldırı amacıyla, giriş kapısının önünde bulunan ve merdivenle çıkılan sahanlığa gelerek pencere ve kapıya vuran, kapının açılmasını isteyen sanıkların eylemlerinin, bu yerin eklentisi olması nedeniyle konut dokunulmazlığını bozmak suçunun oluşacağı, Ceza Genel Kurulu'nun kararlarıyla açıklığı kavuşturulmuştur.¹²³

Bir yerin eklenti sayılması için etrafının duvar, hendek, parmaklık gibi engelle çevrilmiş olması ve sağlam bir kapı ile kilitli bulunması şart değildir. Önemli olan hak sahibinin başkalarının bu yere girmesine rıza göstermeyeceğini belirtecek nitelikte bir takım işaretlerle dış alemden ayrılmış olması bu yerin konut eklentisi sayılması için yeterlidir.

Nerelerin konut eklentisi olarak değerlendirileceğinin tadadi surette gösterilmesi olanaksızdır. Her hadisenin özelliklerine göre hakim eklenti olduğu ileri sürülen mahalde bu vasfın mevcut olup olmadığını araştırarak neticeye ulaşacaktır.¹²⁴ Bu araştırma ve neticeye ulaşma aşamasında göz önünde bulundurulacak ölçüt ise konutta yaşayan kişilerin buraya girilmesi halinde huzur ve hürriyetlerinin etkilenip etkilenmeyeceğidir. Eklentiye girilmekle, kişi huzur ve güvenliğinin, özgürlüğünün bozulup bozulmadığı; girenin amacı, davranışı, giriş nedeni ve olayın akışı içinde ihlal ettiği hukuki yarar ve korunması gereken çıkar nazara alınarak saptanmalıdır.¹²⁵

cc. İşyeri ve Eklentileri

¹²¹ YCGK, E.1986/541, K.1986/236, K.T. 21.4.1986; AKİP.

¹²² YCGK, E.1989/556, K.1989/38, K.T. 06.02.1989; AKİP.

¹²³ YCGK, E.1991/102, K.1992/135, K.T. 06.05.1991, E.1993/155, K.1993/184, K.T. 21.6.1993, E.1993/155, K.1993/184, K.T. 21.6.1993, E.1993/210, K.1993/353, K.T. 21.6.1993; AKİP.

¹²⁴ Savaş - Mollamahmutoğlu, s.2261.

¹²⁵ Erol, Haydar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, s.1375.

Türk Ceza Kanunu'nun 116. maddesinin ikinci fıkrasında, niteliği itibariyle açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan yerler dışında kalan yerlere rıza olmaksızın girilmesi suç olarak tanımlanmış, böylece bu yerleri de konut dokunulmazlığını ihlal suçu içerisinde korumuştur. Bu yeni düzenleme ile işyerleri ve eklentileri de korunan yerlerden sayılarak, işyerlerinin korumasız kalmasının önüne geçilmiştir. İşyeri bir mesleğin icra edildiği yerdir. Söz konusu yer büro veya dükkan, kahvehane şeklinde olabilir. Ticarethane ise market, süper market veya büyük alışveriş merkezi türünde olabilir.¹²⁶ Herkesin kolaylıkla girip çıkabileceği yerlere örnek olarak otopark, market, alışveriş merkezleri gösterilebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus belli saatler içerisinde bir rızaya gerek duyulmaksızın herkesin girebildiği bu yerlere çalışma saatleri dışında kapalı olduğu zamanlarda rıza hilafına girilmesi halinde yine ihlal suçu oluşacaktır. Açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan yerler dışında kalan yerlere özel muayenehaneler ve avukatlık büroları örnek gösterilebilir.

(d) Suçun Mağduru

Bu suçun mağduru konut veya işyeri dokunulmazlığı ihlal edilen herhangi bir kişi olabilir. Suçun mağduru olabilmek açısından kanunun aradığı özel bir nitelik bulunmamaktadır. Konutuna, bunun eklentisine ya da işyerine rızası haricinde girilerek hürriyeti ihlal edilen her kişi bu suçun mağduru olabilir.

(e) Suç ile Korunan Hukuki Yarar

Hukuki menfaatleri korumanın bir aracı olan ceza hukuku, genel esasları düzenledikten sonra, bu menfaatlerin özel olarak korunmasını sağlayan suç tiplerini de kapsamına almak ve böylece suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerine uymak zorundadır.¹²⁷

¹²⁶ Soyaslan, s.222.

¹²⁷ Çınar, s.47.

Suçun hukuki konusu ortaya konulan fiil ile ihlal edilen hak ve menfaat olarak tanımlanabilir. Ceza Hukuku, ceza tehdidiyle, belirli bir hak ve menfaatin olası saldırılara karşı korunmasını amaçlamaktadır.

Konut dokunulmazlığını ihlal suçlarının hukuki konusu üzerinde pek çok görüş ortaya atılmıştır.¹²⁸ Bazı görüşler bu suçun “mülkiyet hakkını ve zilyetliği” koruduğunu belirtirken, bir kısım görüşler ise bu suçun kişinin şeref ve haysiyetini koruduğunu kabul etmişlerdir.

Türk ceza hukukunda konut dokunulmazlığını ihlal, hürriyete karşı suçlardandır. Anayasa hukukumuzda göre konut dokunulmazlığı kişi hürriyetinin tezahürlerinden biridir.¹²⁹ Konut dokunulmazlığının ihlali, kişinin kendisine özgü barış ve sükununu ve yuvasındaki yaşamın sulh ve selamete cereyanı için varolması gereken güvenlik duygusunun sarsılmasını ifade eder. İnsanın konutu saldırılardan korunmadıkça kişi özgürlüğünden bahsetmek olanaksızdır. Kişinin konutuna girilmesi yalnızca maddi sonuçlar ve zararlar doğuran bir eylem değildir. İnsanın kendisini en güvende hissettiği ve yeri geldiğinde sığınmak ve korunmak için kullandığı yere girerek ihlal fiilinin gerçekleştirilmesi, insanın hürriyet ve özgürlük duygusunu da etkiler ve rencide eder. Bu durum en rahat yaşayabileceği yerde dahi huzur bulamayacağı emniyette olamayacağı hissini doğurur. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde, Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 17. maddesinde, kişinin korunmaya değer hakları arasında konut dokunulmazlığının da bulunduğu açıklanmış, böylece belli koşulların varlığı halinde kanun uyarınca belirlenen durumlar dışında, devlet ve kişilere karşı konut dokunulmazlığı korunarak evrensel nitelikte güvence altına alınmış bulunmaktadır.¹³⁰

¹²⁸ Okuyucu, Güneş, Türk Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s.50.

¹²⁹ Savaş, Vural - Mollamahmutoglu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1998, s.2259.

¹³⁰ Parlar - Hatipoğlu, s.930.

Konut dokunulmazlığının ihlali fiillerinin suç olarak tanımlanmasıyla korunan hukuksal yarar, kişilerin oturdukları mahallerde huzurlu, güvenli ve sakin bir ortamda dilediği gibi hareket etme ve yaşama hak ve özgürlüğünün korunmasıdır. Kanun koyucu, 116/2. fıkrada "İşyeri dokunulmazlığının ihlali"ni de belirli koşullarda suç sayarak yaptırım altına almakla ayrıca kişinin huzurlu, güvenli ve sakin bir ortamda dilediği gibi iş yapma ve çalışabilme özgürlüğünü de korumayı amaçlamıştır.

Türk Ceza Kanunu, bireylere karşı işlenen ve aynı zamanda onların muhtaç oldukları güvenlik ve sükunu ihlal eyleyen konut dokunulmazlığının ihlal suçunu, ikinci kitabın ikinci kısmının, yedinci bölümünde "Hürriyete Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlemiştir. Konut dokunulmazlığının ihlal suçu ile korunmak istenen hukuki yarara ilişkin 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 116. maddesinin gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir; "Madde, Anayasanın 21 inci maddesinde güvence altına alınan konut dokunulmazlığının ihlâl fiillerini suç olarak tanımlamaktadır. Konut dokunulmazlığının ihlâli, kişinin kendisine özgü barış ve sükununu ve yuvasındaki yaşamının sulh ve selametle cereyanı için varolması gerekli güvenlik duygusunun sarsılmasını ifade etmektedir. Bireylere karşı işlenen ve aynı zamanda onların muhtaç oldukları güvenlik ve sükunu ihlâl eyleyen bu fiillerin, hürriyete karşı işlenen suçlar arasında bir suç olarak tanımlanması uygun görülmüştür".¹³¹

(f) Suçun Nitelikli Halleri

Konut dokunulmazlığının ihlal suçuna ilişkin cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsurları kanunun 116. maddenin 4. fıkrasında ve hürriyete karşı işlenen bazı suçlara ilişkin "ortak hüküm" olarak düzenlenen 119. maddesinde düzenlenmiştir.

aa. M. 116/4. Fıkra Düzenlenen Ağırlatıcı Nedenler

¹³¹ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006, s.822.

(a) *Fiilin cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle işlenmesi*: Bu nitelikli unsurun mevcut sayılabilmesi için cebir veya tehdidin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işleyebilmek için yani konuta rıza hilafına "girmek" veya rızaya dayalı olarak girdikten sonra çıkmaya davet edilmesine karşın "çıkkmamak" için cebir veya tehdide başvurulmuş olması gerekir. Cebir veya tahdidin birlikte olması gerekmez, bunlardan biriyle suçun işlenmesi yeterlidir. "Cebir", kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesidir. Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. "Tehdit" halinde ise, kişi bir saldırının, kötülüğün ileride meydana geleceği bildirilerek korkutulmaktadır. Burada, failin isteğinin yerine getirilmemesi koşuluna bağlı kılınmış bir saldırı veya kötülüğün meydana getirileceği mağdura bildirilmektedir. Tehdide konu olan saldırının gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi önemli değildir. Failin kullandığı sözler ya da yaptığı davranışların mağdur üzerinde ciddi bir korku oluşturmaya elverişli ve yeterli olması halinde tehdidin varlığından söz edilebilir.¹³² Suçun faili, eğer mağdur üzerinde etkili eylemde bulunmuş ise ve bu eylemden ötürü mağdur yaralanmış ise cebrin sınırı aşılmış, cebirden başka yaralama suçu da meydana gelmiştir. Yaralama, suçun temel şekli derecesinde ise cebir, fiilin unsuru olacağından, ayrı bir suç oluşturmayacaktır.¹³³ Ancak yaralama, suçun nitelikli halleri derecesinde ise TCK'nun 119/2. maddesi uyarınca faile ayrıca kasten yaralama suçundan da ceza verilecektir.

(b) *Fiilin gece vakti işlenmesi*: Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun gece vakti işlenmesi cezayı artıran nitelikli bir unsurdur.

TCK'nun madde 6/1-e bendine göre, ceza kanunlarının uygulanmasında "gece vakti" deyiminden, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi anlaşılır. Konut

¹³² Parlar - Hatipoğlu, s.934.

¹³³ Soyaslan, s.226.

dokunulmazlığını ihlal suçunun gece vakti işlenmiş olduğunun belirlenebilmesi için suçun işlendiği yerde güneşin doğduğu ve battığı zaman sürelerinin tespit edilmesi zorunludur. Gecenin ağırlatıcı sebep oluşunun nedeni korkutuculuğudur. Çünkü mağdur faili tanımakta, etrafı görmekte zorluk çeker ve kendisini korumakta zorlanır.

bb. M. 119/1. Fıkırada Düzenlenen Ağırlatıcı Nedenler

"Ortak hüküm" başlıklı madde 119/1. fıkrada konut dokunulmazlığını ihlal suçunun cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli unsurlar gösterilmiştir.

(a) *Fiilin silahla işlenmesi*: Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun silahla işlenmesi TCK'nun madde 119/1-a bendinde ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir. Ceza Kanunu uygulamasında nelerin silah olarak kabul edilebileceği kanunumuzun 6. maddesinin f bendinde açıklanmıştır. Mağduru daha çok korkutan ve savunmasını güçleştiren silahın boş veya dolu olması, gerçek ya da oyuncak olması önemli olmayıp, mağdurun bunu silah zannedebilecek nitelikte olması yeterlidir.¹³⁴ Ancak bu ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi için silahın ihlal fiilinin işlenmesi sırasında ve bunu gerçekleştirmek için kullanılması gereklidir.

(b) *Fiilin kişinin kendisini tanınamayacak bir hale koyması suretiyle işlenmesi*: Failin kendisini tanınamayacak hale sokmasıyla mağdurun savunma olanağı azalmaktadır. Mağdur kim ile karşılaştığını bilmemektedir. Saç, sakal değişikliği, maske takmak, değişik elbise giymek şeklinde failin kendisinin tanınmamasını temine yönelik her türlü değişikliği bu kapsamdadır. Kendisini tanınamayacak hale getiren kişinin bu halinin mağduru korkutması şart değildir. Bunun gibi mağdurun, değişikliğe rağmen faili tanınması da ağırlatıcı nedenin uygulanmasına engel değildir.

(c) *Fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*: Birden fazla kişinin mağdurun rızası hilafına konuta girmesi halinde bu ağırlatıcı neden

¹³⁴ Erol, s.1378.

uygulanacaktır. Birden fazla kişi iki veya daha fazla kişiyi ifade eder. Bu kişilerin bilerek ve isteyerek bir araya gelmeleri gerekmektedir.

(d) *Fiilin var olan veya varsayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi*: Suçun faillerinin bilinen veya bilinmeyen ancak varolabilecek örgüt isimlerini kullanarak suçu işlemeleri halinde bu ağırlatıcı neden uygulanacaktır. Örgütün ne tür bir örgüt olduğunun önemi yoktur. Cürüm işlemek için oluşturulmuş bir örgüt olabileceği gibi siyasi, dini bir örgütte olabilir.¹³⁵

(e) *Fiilin kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi*: Ceza Hukuku uygulamasında kamu görevlisi kavramından ne anlaşılması gerektiği TCK'nın 6/1. maddesinin c bendinde açıklanmıştır. Kamu görevlisi bu durumundan istifade ederek konut dokunulmazlığını ihlal ettiğinde bu ağırlatıcı neden uygulanacaktır. Görevli bu ihlalini görevini icra dolayısıyla yapabileceği gibi ihlalin görevle bağlantısı da olmayabilir.¹³⁶

(2) Manevi Unsur

(a) Kast

Suçun manevi unsuru açısından ise, bir suçun oluşması için hukuka aykırı eylemi yapan kişinin aynı zamanda kusurlu olması da gerekir. Yani kişilerin gerçekleştirdikleri eylem nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için o eylem bakımından kusurlu olmaları şarttır. Suçun manevi unsurunu oluşturan kusurluluğu, failin psişik faaliyeti ile sonuç arasındaki ilişki olarak nitelemek mümkündür.¹³⁷

Kusurun tipik şekli kasttır. Kural olarak suçlar kasten işlenebildiği takdirde cezalandırılırlar ve dolayısıyla suç tiplerinde ayrıca kasttan bahsetmeye gerek yoktur. Bu bakımdan bir suç tipinde “kasten” ifadesine

¹³⁵ Erol, s.1379.

¹³⁶ Soyaslan, s.228.

¹³⁷ Düzgün, Nuri - Elmacı, Şerafettin, 5237 Sayılı TCK'na Göre Olası Kast - Bilinçli Taksir Ve Taksirle İşlenen Suçlar, Ankara 2007, s.1.

yer verilmişse, bu husus o suç tipinin taksirli şeklinin de bulunduğu gösterir.¹³⁸

Konut dokunulmazlığının ihlali suçu, kasten işlenebilir. Kanunda failin belirli bir saik ile hareket etmesi aranmadığından bu suçun manevi unsuru bakımından genel kast gerekli ve yeterlidir. Ayrıca özel kast aranmaz, failin saiki önem taşımaz. Buradaki kast, failin, başkasının konut veya eklentisine kendisini oradan çıkarmak hakkını haiz kimsenin rızası olmadığını bildiği halde isteyerek girmek veya rızasıyla girdikten sonra çıkmamak iradesidir.

TCK'nun 21. maddesinde kastın tanımı yapılmıştır. Buna göre kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kast, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir.¹³⁹

Konut dokunulmazlığının ihlal suçunda kastın varlığı, suçun iki maddi unsuru bakımından ortak özellik olarak, failin rıza hilafına girdiğini veya rıza hilafına çıkmadığını bilmesinden anlaşılabilir.¹⁴⁰

(b) Taksir

Taksir, ceza kanunumuzda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. Bir fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, diğer bir anlatımla bu hususta yasa da bir açıklık bulunması gerekir. Konut dokunulmazlığının ihlal suçunun işlenmesi açısından kanunda bu şekilde bir açıklık yoktur. Suç ancak kast ile işlenebilir. Bu suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.¹⁴¹

(c) Olası Kast

¹³⁸ Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.189.

¹³⁹ Düzgün, s.29.

¹⁴⁰ Önder, s.74.

¹⁴¹ Parlar - Hatipoğlu, s.934.

TCK'nın 21/2. fıkrasında “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kast vardır...” denilmektedir. Olası kasta, dolaylı kast, dolayısıyla kast, muhtemel kast, gayri muayyen kast, belirli olmayan kast de denilir. Olası kastta fail, neticeyi öngördüğü halde aldırılmamakta, “sonuç meydana gelirse gelsin” demektedir. Bu nedenle olası kasta “olursa olsun kastı” da denilir. Olası kast olup olmadığı her somut olayda tüm deliller irdelenerek, failin iç dünyasına inilerek, fiilin hangi koşullar altında nasıl işlediği araştırılarak belirlenmelidir.¹⁴²

Konut dokunulmazlığı suçunun manevi unsurunu genel kast oluşturur. Buradaki kast, failin başkasının konut veya eklentisine kendisini oradan çıkarmak hakkını haiz kimsenin rızası olmadığını bildiği halde isteyerek girmek veya rızasıyla girdikten sonra çıkmamak iradesidir.¹⁴³ Olası kastın yukarıdaki tanımı doğrultusunda bu suçun olası kast ile işlenebilmesi mümkün değildir, zira fail zaten neticeyi ve sonucu öngörmekte ve istemektedir.

(d) Saik

Saikin bu suçta önemi yoktur. Ancak ETCK dönemindeki Yargıtay uygulamalarında saika önem verildiği görülmektedir. Örneğin kaçan tavuğu tutmak için tavuğu takiben komşusunun avlusuna giren,¹⁴⁴ kaçırılan kızını ve aile şeref ve namusunu kurtarmak için kızını kaçırılan mağdurun evinin avlusuna giren¹⁴⁵ kişinin fiilinde kastın oluşmadığı sonucuna varılmıştır. Burada Yargıtay'ın aradığı aslında özel kast değil, hukuka aykırılık bilincidir. YTCK uygulamasında, suçun genel kast ile işlenebileceği Yargıtay tarafından da vurgulanmıştır. Bununla ilgili olarak, Yargıtay bir

¹⁴² Bakıcı, Sedat, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara 2000, s.305

¹⁴³ Tezcan - Erdem - Önok, s.419.

¹⁴⁴ Yargıtay 2. CD, E.1946/5495, K.1946/5375, K.T. 30.05.1946; Tezcan - Erdem - Önok,s.419.

¹⁴⁵ Yargıtay 4. CD, E.1956/18019, K.1956/3606, K.T. 14.03.1956; Tezcan - Erdem - Önok, s.419.

kararında, konut dokunulmazlığını bozmak suçunun genel kastla işlenen suçlardan olması nedeniyle suçun oluşması için özel kast aranmadığı gibi failin kastının veya amacının niteliğinin de öneminin bulunmadığı kastın varlığı için ise failde bir konutun veya eklentilerinin başkasına ait olduğu, buraya girmesinin ve kalmasının sahibinin rızasına tabi bulunduğu ve rızanın olmadığı bilinciyle bu yere girmek ve orada kalmak iradesinin varlığının yeterli olduğu gözetilerek olay gecesı müdahilin evinin eklentisi sayılan bahçesine rızası olmaksızın giren sanığın eyleminde atılı suçun unsurlarının oluştuğunu belirtmiştir.¹⁴⁶

(3) Hukuka Aykırılık

Meşru savunma, zorunluluk hali veya kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bu suçta söz konusu olabilir. Örneğın kaçan bir kişiyi izleyerek konuta giren polis memuru kanunun verdiği bir yetkiyi kullanmış olduğu için bu suçı işlemiş olmaz. Keza, CMK'ya uygun olarak icra edilen arama koruma tedbiri açısından da hukuka uygunluk sebebi söz konusudur.¹⁴⁷

Yargıtay, önüne gelen bazı olaylarda gerçekte hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı halde, failin kastının yokluğu gerekçesiyle bu suçun oluşmadığı sonucuna varmaktadır. Örneğın (S) ile arası açık olan (A) akşam üzeri eve gelmeyen hayvanlarını aramak üzere annesinin evinin önünden geçerken durdurulmuş, annesi ve üvey babası (M) tarafından kocasından ayrılmasını sağlamak için zorla oradaki evlerine sokulmuştur. (A)'nın direnmesini ve yardım isteyip bağıırıp çağırmasını duyan kocası (N) ile kayınbabası (D) ve kayınvalidesi (T) yardıma koşmuşlar, kapalı olan evin kapısını kırıp (A)'yı kurtarmak üzere eve girmelerinde konut dokunulmazlığını bozma özel kastının bulunmadığı sonucuna varmıştır.¹⁴⁸ Oysa burada üçüncü kişi lehine

¹⁴⁶ Yargıtay 2. CD, E. 2008/4900, K. 2008/11500, K.T. 23.06.2008; Tezcan - Erdem - Önok, s.420.

¹⁴⁷ Tezcan - Erdem - Önok, s.420.

¹⁴⁸ YCGK, E.1984/6, K.1984/292, K.T. 01.10.1984; Tezcan - Erdem - Önok, s.420.

meşru savunma nedeniyle fiilin hukuka uygun olması nedeniyle suç oluşmadığı sonucuna varılması gerekirdi.¹⁴⁹

b. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

(1) İştirak

Bu suç iştirak bakımından bir özellik göstermez. Bu itibarla suça müşterek fail, azmettiren veya yardım eden düzeylerinde iştirak mümkündür. Suçun birden fazla kişi tarafından müşterek fail sıfatıyla sorumluluğu gerektirecek şekilde işlenmesi halinde faillerin cezası madde 119/1. fıkra hükmü uyarınca bir kat artırılacaktır.¹⁵⁰

(2) Teşebbüs

Konut dokunulmazlığının ihlali suçu "girmek" veya "çıkkmamak" şeklindeki fiillerle tamamlandığından sırf hareket suçu niteliğindedir. Fail başkasının konutuna girerken icra hareketleri bir dış etken ile kesildiğinde teşebbüs söz konusu olabilir. Yani bu suça teşebbüs mümkündür. Örneğin duvara yaslanmış merdiven ile pencereden girmek isterken veya dam üzerinde failin yakalanması halinde teşebbüs mevcuttur.¹⁵¹

Yargıtay sanığın mağdura ait apartman daire kapısını ısrarla çalarak açmaya zorladığı ancak içeri girmediğinin anlaşılması ile, eylemin bu hali ile suça eksik kalkışma niteliğinde bulunduğunu belirtmiştir.¹⁵²

(3) İçtima

¹⁴⁹ Tezcan - Erdem - Önok, s.420.

¹⁵⁰ Parlar - Hatipoğlu, s.935.

¹⁵¹ Erem, Faruk-Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1983, s.133.

¹⁵² Yargıtay 2CD, 10143/E., 30777/K, K.T. 23.12.2005; Yalvaç, Gürsel, Karşılaştırmalı - Gerekeçeli - İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008, s.904.

Konut dokunulmazlığını ihlal suçu bağımsız bir suçtur. Ancak bazı durumlarda diğer suçlarla içtima edebilir. Konut dokunulmazlığını ihlal suçu genel olarak başka suçların işlenmesine vasıta olarak işlenen bir suçtur. Bu suçun işlenmesi suretiyle girilen konutta hırsızlık, adam öldürme gibi başka suçlar işlendiği takdirde fail ayrıca bu suçlardan dolayı gerçek içtima kuralı uyarınca cezalandırılacaktır. Ancak konut dokunulmazlığını ihlal suçu bazen diğer bir suçun ağırlaştırıcı sebebi olabilir ve bağımsızlığını kaybedebilir. Örneğin yağma suçu konutta işlenirse konut dokunulmazlığını ihlal suçu yağma suçunun ağırlaştırılmış hali içerisinde bağımsızlığını kaybeder ve fail TCK'nun 149/1. maddesi d bendi uyarınca yalnızca yağma suçundan cezalandırılır. TCK'nun madde 119/2. fıkrasında bu suç açısından özel bir içtima kuralı getirilmiştir. Buna göre, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun işlenmesi amacıyla ve işlenmesi sırasında kullanılan cebir, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesine sebebiyet vermişse, fail ayrıca bu ağır neticelerden dolayı (87.m.) cezalandırılacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama halleri dışındaki yaralanmalar bu suçun nitelikli (cebir) unsurunu oluşturduğundan, bileşik suç (42.m.) hükmü uyarınca bu yaralanmadan dolayı faile ayrıca ceza verilmeyecektir.¹⁵³

c. Kovuşturma, Görevli Mahkeme, Suçun Yaptırım ve Davaya Zamanaşımı

(1) Kovuşturma

Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun basit (temel) şekillerinin (madde 116/1 ve 2. fıkradaki suçların) soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Şikayet hakkı, fiil neticesinde konut dokunulmazlığı ihlal edilen kişilere aittir. Bunlardan birinin 73. madde uyarınca fiilin ve failin kim olduğunu öğrendiği tarihten itibaren ancak zamanaşımı süresini geçirmemek koşuluyla altı aylık sürede şikayette bulunması gerekir. 116. maddenin 4. fıkrası ile 119/1. fıkranın uygulanmasını gerektiren nitelikli hallerde

¹⁵³ Parlar - Hatipoğlu, s.935.

soruşturma ve kovuşturma C.Başsavcılığınca genel hükümlere göre re'sen yapılır. CMK'nun 253/1-b-3.alt bendi uyarınca¹⁵⁴ şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın konut dokunulmazlığının ihlali (116. m.) suçunda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişininin uzlaştırılması girişiminde bulunulması gerekir. TCK'nun 142. maddesine 5560 sayılı Kanunla eklenen 4. fıkra hükmü uyarınca, hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali suçunun işlenmesi halinde bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz. Bu durumda, suçun C.Başsavcılığınca re'sen soruşturularak takibi gerekir. Ancak hırsızlık suçuyla beraber işlendiği durumlarda da konut dokunulmazlığını ihlal suçu yine uzlaşma kapsamında olduğundan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

(2) Görevli Mahkeme

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10 ve 11. maddeleri uyarınca, 116. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki suçlara bakma görevi sulh ceza mahkemesine, 4. fıkradaki nitelikli halde ise asliye ceza mahkemesine aittir.

(3) Suçun Yaptırımı

TCK'nun 116. maddesinin 1. fıkrasındaki suçun yaptırımı altı aydan iki yıla kadar hapis, 2. fıkrasındaki suçun yaptırımı altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. 116/4. fıkradaki nitelikli unsurların varlığı halinde suçun yaptırımı ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. 119/1. fıkrada yer alan nitelikli hallerden birinin veya birkaçının varlığı halinde temel ceza bu nedenle bir kat artırılacaktır.

(4) Dava Zamanaşımı

¹⁵⁴ 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanununun 24. maddesi ile değişik.

Bu suçların dava zamanaşımı süresi TCK'nun 66/1-e bendi uyarınca 8 yıldır.

2. CEZA MUHALEMESİ KANUNU AÇISINDAN

a. Arama Tedbiri

(1) Arama Kavramı

Arama koruma tedbirini düzenlemiş bulunan Ceza Muhakemesi Kanunu adı geçen koruma tedbirinin tanımını yapmış değildir. Sözlük anlamı itibariyle arama, arama eylemidir. Aramak ise, bir şeyi bulmaya çalışmak, araştırmak, yoklamak anlamına gelir.¹⁵⁵ Arama koruma tedbirini şu şekilde tanımlamak mümkündür; sanık ve şüphelinin yakalanması, suç delilleri ile zoraltıma tabi eşyaların elde edilmesi amacıyla, suç işleyen veya suça iştirak eden kimselerin veya üçüncü bir kişinin üzerinde, evlerinde, eşyalarında ve onlara ait mahallerde yapılan araştırmadır.¹⁵⁶

Arama, tanımında yer alan amaçlara hizmet eden ve gizli olanın bulunmasını hedef alan bir faaliyettir. Bir ceza yargılaması tedbiri olarak arama, ilk planda suç ve suç şüphesi altındaki kişileri ilgilendirmesi yanında, suçun dışında kalan kişileri de belirli koşullarla kapsamına alabilir.¹⁵⁷

Anayasa özel yaşamın gizliliğini düzenlerken aramadan bahsetmiş, özel yaşamın gizliliğine dokunulamayacağını ilke olarak benimsemiş ancak bunun istisnası olarak adli kovuşturmayı kabul etmiştir. Aynı şekilde konuta

¹⁵⁵ Özbek, Veli Özer - Bacaksız, Pınar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl-1, S- 1, Ekim 2006, s.145.

¹⁵⁶ Bakıcı, s.421.

¹⁵⁷ Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2007, s.350.

dokunulamayacağını belirten anayasa konutta hakim kararıyla arama yapılabileceğini kabul ederek bu ilkeye bir istisna getirmiştir.¹⁵⁸

Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile ilgili olarak 1412 sayılı CMUK'un 94. maddesinin iptali ile için açılmış bir davada, aramanın, ceza muhakemesi hukukunda, suçluların yakalanması ve suç delillerinin ortaya çıkarılması için başvuru geçici bir koruma tedbiri olduğunu belirtmiştir. Kararda devamlı aramanın, temel haklardan özel hayatın dokunulmazlığı ve gizliliği hakkını ihlal eden ve gereksiz yapıldığında insan onurunu kıran bir davranış olduğunu ve bu sebeple mutlak bir zaruret olmadıkça bu yola başvurulmaması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁵⁹

Anayasa Mahkemesi, aynı kararda yine aramanın öğretide de “Ceza muhakemesinin gayesine erişmesi maksadı ile saklanan sanığın ve delillerin elde edilmesi için bir kimsenin meskeninde, etrafı çevrili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemi” olarak tanımlandığını ve aramanın amacını, yapılan tanımda da açıkça belirlendiği üzere suç işlediği şüphesi altında bulunan kimsenin yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi olduğunu belirtmiştir. Suç muhakemesi hukuku açısından böyle bir amaç dışında arama yapılması caiz değildir. Aramanın yapılabilmesi için bir suçun işlendiği şüphesi yanında sübut delillerinin de ortaya çıkacağını umulmuş olması gerekmektedir. Gerek “umma” ve gerekse “şüphe”nin bazı olgulara dayanması, bazı makul sebeplerinin bulunması lazımdır.

(2) Arama Müessesinin Kanunda Düzenleniş Biçimi

Arama, bir tedbir olmasına karşın kişi özgürlüğünü ve konut dokunulmazlığı hakkını doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Aşağıda yazılı bulunan düzenlemeyle hangi durumlarda arama yapılabileceği, aramanın

¹⁵⁸ Yurtcan, s.350.

¹⁵⁹ AM, E.1986/24, K.1987/8 K.T. 31.03.1987; www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1987/K1_1987-08.htm.

nasıl yapılacağı ve karar vermeye yetkili mercii açıkça belirtilmiştir. Arama, genel olarak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ancak Sıkıyönetim Kanunu'nda (m. 3) olduğu gibi istisnai düzenlemelerde de yer almıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesi, yakalama veya suç delillerinin elde edilebileceği konusunda makul bir şüphe arayarak, şüphelinin veya sanığın konutunun aranabileceğini belirtmiştir.

CMK'nun 117. maddesi ise, 116. maddeden ayrı olarak arama yapılabilmesini, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlamıştır. Maddenin 3. fıkrasında da belirtilen bu sınırlamanın şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olacağını belirtmiştir. CMUK'nun 118. maddesi ise, geceleyin konutta ancak 'suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla' arama yapılabilceğini, bunun dışındaki hallerde geceleyin arama yapılamayacağını hüküm altına almıştır.

CMK'nun madde 119, 120 ve 121. maddelerinde, aramanın nasıl yapılabilceğinin usulü düzenlenmiş olup, 130. madde de ise, avukat bürolarının ancak mahkeme kararı gerektiği ve kararda belirtilen Cumhuriyet Savcısının denetiminde aranabileceği ile aramada onu temsil eden bir avukatın veya Baro başkanının hazır bulundurulacağı belirtilmiştir.

(3) Aramanın Çeşitleri

Aramayı çeşitli açılardan sınıflandırmaya tabi tutmak mümkündür. Aramanın amacına göre, "önleme araması ve adli arama"; aramanın konusuna göre ise, "konut, işyeri, üst ve eşya araması"; aramanın zamanına göre de "gece yapılan arama ve gündüz yapılan arama" olarak son olarak da aramaya maruz kalan kişilere göre, "şüpheli-sanık üzerinde arama, diğer kişiler üzerinde arama" gibi sınıflandırmalar yapılabilir.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Özbek - Bacaksız, s.153.

Devlete verilen arama yetkisi iki türdür; arama ya genel emniyet ile asayişin korunması ve tehlikelerin önlenmesi için (önleme araması), ya da suçun işlenmesinden sonra, suçun faillerinin ortaya çıkartılması için (adli arama) yapılır.¹⁶¹

Önleme araması, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması bulundurulması yasak olan her türlü silah patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle belli yerlerde, kişilerin üstlerinde aracında, özel kağıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemi şeklinde tanımlanabilir. Önleme araması Ceza Muhakemesi Kanunu dışında 2911 sayılı SK, PVSK gibi çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir, ancak önleme araması kapsamında konutta arama yapılabilmesi mümkün değildir.¹⁶²

(4) Konutta Arama ve Buradaki Eşyaya El Koyma

Aramanın nerelerde yapılabileceğini düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunumuz bu yerler arasında konutu da saymıştır. Ancak konut kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklama kanunda yer almamıştır. Ceza kanunun düzenlediği konut dokunulmazlığını ihlal suçunda konut tabirinden kastedilmek istenen şeyle Ceza Muhakemesi Kanununun konuttan kastettiği şeyi farklı algılamak için bir neden bulunmamaktadır. Konut kavramını en geniş anlamı ile kabul etmek gerekir. Çünkü arama koruma tedbirinin konut dokunulmazlığına yapmış olduğu müdahale bunu gerektirir. Zira, terim ev olarak kabul edilirse yalnızca bu nitelikteki yerlerle sınırlı kalacak; bunun gibi ikametgah olarak kabul edilirse, mesela, bir otel odasının konut dokunulmazlığından yararlanmaması gibi bir sonuç doğacaktır. Buradaki amaç, özel hayatın geçirildiği ve bu özelliği nedeniyle;

¹⁶¹ Kunter - Yenisey, s.676.

¹⁶² Özbek - Bacaksız, s.155.

izinsiz olarak veya zorla ihlal edilmesini önlemek için özel hayata ilişkin her mekanı güvence altına almaktır.¹⁶³

Bunun gibi müştemilat da konut kavramına girer. Buralarda yapılacak aramalar da konut dokunulmazlığı hakkı içerisinde olduğundan CMK’nda öngörülen düzenlemelere riayet edilerek arama yapılmalıdır.

Aramanın konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi temel hak ve hürriyetleri doğrudan etkilemesi nedeniyle yapılacağı zamanın açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Kanunu aramanın icra edileceği zamanı bir hükümlerle düzenlemiştir. Buna göre aramada kural aramanın gündüz yapılmasıdır.¹⁶⁴ Belli istisnalar dışında konut ve iş yerlerinde gece vakti arama yapılamaz. Kanun, bu düzenlemesiyle geceleyin konutlarında dinlenmeye çekilmiş kişilerin, mutlak zorunluluk dışında, rahatsız edilmelerini önlemek istemiştir.¹⁶⁵ Geceleyin konutta arama yapılamamasının istisnaları ise; suçüstü hali, gecikmesinde sakınca bulunan haller ve yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi, tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılacak olan aramalardır.

Suçüstü halinin ne anlama geldiği CMK’nun 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre suçüstü hali; işlenmekte olan suçu, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu ve fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu ifade eder.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramından ne anlaşılacağına dair kanunda bir tanım yoktur. Ancak Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nin 4. maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hal; derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin

¹⁶³ Özbek - Bacaksız, s.165.

¹⁶⁴ Erol, Haydar, Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması, Ankara 2006, s.240.

¹⁶⁵ Özbek - Bacaksız, s.173.

kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması halini ifade eder.

Ceza Muhakemesi Kanununda gece konutta arama yapılabilmesi istisnai halini düzenleyen madde 118/2. fıkrada yer alan arama, yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılacak olan arama ile sınırlıdır. Hüküm, özgürlüğü sınırlanan her türlü kişiyi kapsamamaktadır. Örneğin, zorla getirilen kişi madde kapsamına dahil değildir.¹⁶⁶

İspat vasıtalarından olup da ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından faydalı görülen veya müsadereye tabi bulunan eşyanın eşyayı elinde bulunduranın rızası bulunmamasına rağmen adliyenin eli altına alınmasına el koyma, bu işlemin zilyedin rızası ile yapılmasına ise muhafaza altına alma denilmektedir.¹⁶⁷

El koyma bir koruma tedbiri olduğundan, bu nitelendirmenin en önemli sonucu, temel bir hakkın sınırlanmasıdır. Gerçekten de el koyma tedbirinin uygulanmasıyla, hüküm verilmeden, başka bir deyişle suç sabit olmadan önce el koymanın türüne göre, mülkiyet ve zilyetliğe (AY. m. 35); özel hayatın gizliliğine (AY. m. 20-22); düşünce özgürlüğüne (AY. m. 25-26) ve basın özgürlüğüne (AY. m. 28-30) müdahale söz konusu olabilmektedir.¹⁶⁸

Konut veya müştemilatında yapılan arama neticesinde el konulması düşünülen eşyaya hemen el koymak mümkün değildir. Bu konuda da ceza muhakemesinin belirlediği koşullar dikkate alınmalıdır.

(5) Aramayı Emretme Yetkisi

Aramaya karar verme yetkisi kural olarak hakime aittir. Aramaya hakim tarafından karar verilebilmesi kuralının getirilmesindeki düşünce, aramanın

¹⁶⁶ Özbek - Bacaksız, s.177.

¹⁶⁷ Öztürk, Bahri - Erdem, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.551.

¹⁶⁸ Gedik, Doğan, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Basit El Koyma”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y- 2, S - 6, Şubat 2007.

önemli temel hak ve hürriyetleri ihlal edecek olmasıdır. Hakim kanuna uygunluk yanında amaca uygunluğu da gözeterek kararını verecektir. Gerçekten arama çoğu kere devlet menfaatleri ile birey menfaatleri arasında denge gözetmek, bazı temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilip edilmeyeceğine karar vermek gibi alınması zor bir karardır ve hakime bırakılması gereklidir.¹⁶⁹ Kolluk arama kararının alınmasını talep ettiği durumlarda, makul şüphelerini belirten raporunu hazırlayarak Cumhuriyet Savcısına başvurur. Cumhuriyet Savcısının talebiyle hakim kararını verir. Soruşturma evresinde bu kararı sulh ceza mahkemesi hakimi verecektir. Kovuşturma aşamasında arama yapılması ihtiyacı doğduğunda karar verme yetkisi davaya bakan mahkemeye aittir.¹⁷⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu arama ile ilgili olarak; AİHS'nin 5. maddesi, Anayasa'nın 19/2. maddesi, PVSK'nın 13. ve karara konu olay tarihindeki yürürlükte bulunan 1412 s. CMUK'un 127-131., 5271 s. CMK'nın 90-98. maddeleri ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 5. maddelerinde hangi koşullarda kişilerin yakalanıp gözaltına alınabileceği belirlenmiş, yine AİHS'nin 8., Anayasa'nın 21., 1412 s. CMUK'un 94-99., 5271 s. CMK'nın 116-121. maddeleri ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 7 ve 8. maddelerinde bir suç sebebiyle kolluk görevlileri tarafından kişilerin konutuna müdahale edebilmenin koşulları açıklanmıştır. AİHS'nin yanında Anayasa ve kanunlarla güvence altına alınan "kişi özgürlüğü ve güvenliği" ile "kişilerin özel hayatı, aile hayatının gizliliği, konut dokunulmazlığı" ilkeleri çağdaş hukuk düzeninin vazgeçilmez bir parçası olarak kabul edilen insan haklarının en temel ilkeleri arasında yer almaktadır. Kolluk görevlilerinin yasal olarak verilmiş bir görev olmadıkça, hak ve hürriyetleri sınırlayıcı işlemler yapmasına olanak bulunmamaktadır. Kişilerin, isteği olmaksızın kısa süre için de olsa kolluk görevlileri tarafından alıkonulması, gözaltına alma olarak tanımlandığından,

¹⁶⁹ Özbek - Bacaksız, s.177.

¹⁷⁰ Koparan, Reşat, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama", Seminer Çalışması, Kayseri 2006, www.ceza- bb.adalet.gov.tr/makale/193.doc. E.T. 12.03.2008.

kendi isteği olmaksızın kişilerin böyle bir muameleye tabi tutulması, ancak yukarıda sayılan düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Yargıtay karara konu olayda, bu düzenlemelere uygun verilmiş bir arama kararı olmadığı ve yasal bir zorunluluk da bulunmadığından yapılan aramanın konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacağı kanaatine varmıştır.¹⁷¹

Arama kararı verme yetkisi kural olarak hakime ait olmakla beraber kanunun madde 119/1. fıkrası uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından verilebilir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal tabiri konusunda Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4. maddesinde yapılan tanım dikkate alınmalıdır. Kolluk amirinin arama kararı verebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan halin mevcut olması yanında Cumhuriyet Savcısına da ulaşamaması gerekmektedir.

Bununla birlikte konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirlerince buralarda arama yapılması için arama kararı verilemez.

Ceza Muhakemesi Kanununu 127. maddesine göre el koyma kararını verme yetkisi kural olarak hakime aittir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri el koyma işlemini gerçekleştirebilirler. Hakim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar. Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen arama emrinin sonradan hakim onayına sunulmasına gerek yoktur. Kanunda buna

¹⁷¹ Yargıtay 4. CD, E.2004/21680, K.2006/9696; Meşe Yazılım ve İtihat Bankası, veri: 2.0.

ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın el koyma emri hakim dışındaki yetkililerce verilmişse bu kararın yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması gerekmektedir.¹⁷²

b. El Koyma

(1) Genel Olarak

El koyma, ceza muhakemesinde delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demektir.

Anayasa'ya göre, özel yaşam dokunulmazdır. Kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. El koymaya, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması nedenlerinden birini veya bir kaçını gerçekleştirme amacıyla başvurulabilir (AY. m. 20/2).

Kanun'da el koyma, aramadan ayrı bir koruma tedbire olarak düzenlenmiştir. Bunun anlamı, ek koyma kararı veya emri, el konulacak eşyanın bulunduğu kişiden istenmesine ve kişi, rızasıyla bu eşyayı vermezse onun tazyik hapsine konulması sonucun doğmasına neden olur (CMK m. 124/2). El koyma kararı kişinin üzerinin veya eşyasının veya konutunun aranmasına olanak vermez. El konulacak eşyanın ilgili kişide olduğu konusunda şüphe varsa veya sadece el koyma kararının verilmesinin el konulacak eşyaya ulaşmayı zorlaştıracağı düşünülüyorsa, arama kararı verilmelidir. Arama kararının sonucunda, arama hükümleri çerçevesinde el koyma işlemi yapılabilir.¹⁷³

(2) Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara El Konulması

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulmasına, kanunda gösterilen suçların soruşturulması ve kovuşturulması aşamasında başvurulabilir. Bu tedbire karar verilebilmesi için; sayılan suçlardan birinin işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin (delillerin) bulunması ve el konulacak

¹⁷² Özbek - Bacaksız, s.177.

¹⁷³ Centel, Nur - Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s.400.

taşınmazların, hak ve alacakların bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerekir.¹⁷⁴

Bu tedbirin uygulanacağı suçlar CMK'nın 128/2 maddesinde belirtilmiştir.

Bu el koymaya, aklama (TCK m. 282) ve terörün finansmanı (TMK m. 8) suçlarından elde edildiği iddia edilen malvarlığı değerlerine el konulması hali dışında, sadece hakim karar verebilir(CMK m. 128/9).

Taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde de, el koyma işlemi yapılabilir. Taşınmaza el konulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilebilir(CMK m. 128/3).

El koyma tedbirin, soruşturma evresine C.savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimince karar verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, C.Savcısının; C.savcısına ulaşılamayan hallerde ise, kolluk amirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri, el koyma işlemi gerçekleştirirler(AY. m. 20, 21; CMK m. 127/1).¹⁷⁵

Kanunda, el koyma kararının içeriği ortaya konulmamıştır. Aramada olduğu gibi el koyma kararında da, el konulacak eşyanın özellikleri belirtilmelidir. El konulacak eşyanın ilgili kişide olduğu konusunda şüphe varsa, arama kararı verilmelidir. Arama kararının sonucu olarak, arama hükümleri çerçevesinde el koyma işlemi yapılabilir.¹⁷⁶

c. Yakalama

Yakalama, hakim kararı olmaksızın şüphelinin hürriyetinin kısıtlanması demektir. Bu tür yakalamaya suç nedeniyle başvurulduğu için adli yakalama veya herhangi bir karara dayanmadığı için müzekkeresiz (fiili) yakalama denir.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Centel- Nur, s.401.

¹⁷⁵ Centel- Nur, s.404.

¹⁷⁶ Centel- Nur, s.404.

¹⁷⁷ Centel- Nur, s.329.

Yakalama yakalanın en yakın karakola gelmesi talebiyle icra edilir. Bu nedenle, yakalama, kanunda belirtilen hallerde, şüphelinin hürriyetinin kısıtlandığı andan kolluk tarafından durumun bildirilmesi üzerine C.Savcılığınca gözaltına alma veya serbest bırakma kararı verilmesine kadar devam eder(CMK m. 91/1).

Kanunda hiçbir resmi sıfatı bulunmayan kişilere, bazı hallerde suç faillerinin hürriyetini kısıtlama yetkisi verilmektedir(CMK m. 90/1). Bu yetkiyi bu kişiler ancak; kişiye suç işlerken (suç üstünde) rastlama, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen bir kişinin kaçma olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmamasıdır.¹⁷⁸

Konut dokunulmazlığı hakkının korunması açısından, yakalama tedbiri de önem arz etmektedir. Çünkü, kişinin gerek resmi olan gerek yukarıdaki şartlar altında resmi olmayan kişilerce, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla konuta girilmesi muhtemeldir. Bu amaçlar nedeniyle girme, bir “meşru amaç” oluşturacağından ve yine kanunda belirtilen suç kastı oluşmayacağından, bu hakkın da ihlali söz konusu olmayacaktır.

d. Teknik Araçlarla İzleme

(1) Genel Olarak

Anayasa’ya göre, özel yaşamın gizliliği dokunulmazdır. Sadece adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar söz konusu olabilir(AY. m. 20). Özel yaşama ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı, AİHS’nde de güvencelemektedir. Sözleşme’ye göre, bu hakların kullanılmasına, resmi bir makamın müdahalesi, demokratik bir sistemde ancak kamu güvenliği, suçların önlenmesi ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zorunlu ise ve kanunla gösterilmişse mümkündür(AİHS m. 8/2). Nitekim,

¹⁷⁸ Centel - Zafer, s.330.

CMK'da teknik araçlarla izleme yapılmasının koşulları düzenlenmektedir(CMK m. 140). Bu koşullara uyulmaması, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşması sonucunu doğurabilir(TCK m. 134).¹⁷⁹

Bu tedbire, CMK'nın 140. maddesinde suç katalogunda yer alan bazı suçların soruşturmaları sürecinde başvurulabilir, ancak konut dokunulmazlığını ihlal suçu bunların arasında sayılmamıştır.¹⁸⁰

(2) Tedbirin Uygulanacağı Alan

Şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir(CMK m.140/1). Bu tedbir, kişinin konutunda uygulanamaz(CMK m. 140/5).

Bu tedbire karar verilebilmesi için şu koşullar aranır; şüphelinin veya sanığın CMK 140. maddede sayılan suçları işlediği konusunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve tedbire başvurulmaksızın delil elde edilemeyecek olması gerekir.

Teknik araçlarla izleme tedbirine, hakim; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise C.Savcısı karar verir. Soruşturma evresinde karar, C.Savcısının istemi üzerine, sulh ceza mahkemesince verilir(CMK m. 162). Sulh ceza hakiminin zorunlu savcılık yaptığı hallerde (CMK m. 163), C.Savcısının talebi aranmaz. Gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle C.Savcısının tedbire karar verdiği hallerde, bu karar yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulur(CMK m. 140/2). Hakimin, ne kadar süre içinde kararı değerlendireceği kanunda gösterilmemiştir.¹⁸¹

Teknik araçlarla izleme kararı, en çok dört haftalık bir süre için verilebilir. Bu süre, gerektiğinde bir kez uzatılabilir. Ancak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, gerekli görülürse, hakim bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin tekrar tekrar uzatılmasına karar verilebilir(CMK m. 140/3).

e. Keşif

¹⁷⁹ Centel - Zafer, s.428.

¹⁸⁰ Centel - Nur, s.429.

¹⁸¹ Centel - Nur, s.430.

Konut dokunulmazlığı hakkının kısıtlanması açısından incelenecek bir diğer konu da yapılan keşif sırasında hakimın konuta girmesi halinde ihlal suçunun oluşup oluşmayacağıdır.

Keşif, kural olarak hakim faaliyetidir, ancak gecikmesinde tehlike olan hallerde, C.Savcısının da keşif faaliyetini yapması mümkündür. Keşif faaliyetine konu olan eşyanın mahkeme önüne getirilmesi veya keşfe konu objenin bulunduğu yere gidilmesi suretiyle yapılabilir. Hakimın bu şekilde keşif faaliyetini yerine getirmek amacıyla suç mahalli olarak ve suça konu yer olarak konuta girmesi, “girmek” unsurunun meşru amaç doğrultusunda yapılması nedeni ile suç oluşmayacaktır.

3. POLİS VAZİFE VE SELAHİYET KANUNU AÇISINDAN

Bir temel hak olan konut dokunulmazlığı hakkına yönelik bir diğer sınırlama da CMK'dan sonra 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda yer almıştır. PVSK'nın 9. maddesinde yer alan ve bir tedbir niteliğinde olan “sanık veya şüphelinin yakalanması, suç delilleri ile müsadereye tabi eşyaların elde edilmesi amacıyla, suç işleyen veya suça iştirak eden kimselerin veya üçüncü bir kişinin üzerinde, evlerinde, eşyalarında ve onlara ait yerlerde yapılan araştırma olarak”¹⁸² tanımladığımız arama kavramının, ne şekilde ve hangi şartlarda yapılabileceği belirtilmiştir.

PVSK'nın 9. maddesine göre, polisin “tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla” usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arayabileceği; alınması gereken tedbirleri alabileceği ve suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı CMK hükümlerine göre gerekli işlemleri yapacağı belirtilmektedir.

¹⁸² Bakıcı, s.421.

Kanunda, arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerektiği, arama kararı veya emrinde, aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, yapılacağı yer, zaman ve geçerli sürenin belirtileceği yazılmıştır.

Maddede, önleme aramasının nerelerde yapılacağı ayrıntılı olarak yazılmış ve konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan, işyerlerinde ve eklentilerinde önleme aramasının yapılamayacağı belirtilmiştir.

Madde metninden arama kavramının sebebi, konusu ve kapsamı, yapılacağı yer ve zaman ile arama eyleminin geçerli olacağı sürenin belirtilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Aramanın, ancak “tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi” amacıyla usûlüne göre verilmiş “sulh ceza hâkiminin kararı” veya bu sebeplere bağlı olarak “gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle” 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre, “kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranması, alınması gereken tedbirlerin alınması, suç delillerinin koruma altına alınması” gibi gerekli işlemlerin yapılacağı belirtilmiştir. Öncelikle aramanın yapılabilmesi için ya arama kararı ya da yazılı emrin olması gerektiği açıktır. Sulh ceza hakiminin kararı ile veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amirin vereceği yazılı emrin olması gerektiği belirtilmiş olmakla, burada gecikmesinde sakınca bulunan halin ne olduğunun açıklanması gerekmektedir.

Hakim kararı olmaksızın yapılabilecek aramaların koşulu gerek anayasa ve gerekse PVSK ile CMK’da “gecikmesinde sakınca bulunan hal” ile sınırlandırılmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunması halinden kastedilen, aramaya başvurulmadığında meydana gelebilecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi, hatta olanaksız kılmasıdır. Yani gecikildiğinde aramanın yapılamaz duruma düşülmesidir. Mesela, delil ortadan kaldırılabilir veya sanık kaçabilir. Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun arama ile ilgili bir içtihadında da; 21.08.1998 tarihli Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 4. maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan halin

“derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali” olarak tanımlandığı görülmektedir. İttihada konu olayda da, hakim kararı olmaksızın arama yapılabilmesinin koşullarından biri olan “gecikmesinde sakınca bulunması” koşulunun bulunmadığı belirtilmiştir. Şöyle ki, elde edilmek istenen şeyin, miktarının belirsiz uyuşturucu olduğu ve polisin, aramak istediği kişi veya kişiler çevresinde gerekli güvenlik önlemini alarak, ele geçirmek istediği şeyin kaybolmamasını sağlama ve bu arada birkaç dakikalık mesafede bulunan adliyeye giderek sulh ceza hakiminden arama kararı alabilme olanağı bulunduğu ve gecikmesinde sakınca bulunan bir halin mevcut olmadığını belirterek yapılan aramayı hukuka uygun bulmamıştır.¹⁸³

Maddenin başlığı önleme araması olup, madde metninde önleme aramasının yapılabileceği yerler ile önleme aramasının “konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde” yapılamayacağı belirtilmiştir. Önleme araması, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi için yapılan aramadır.

Hukuk devleti kişilere huzurlu, onurlu ve özgür bir ortam ve yaşam sunmayı garanti eder. Her koruma tedbiri, genel anlamıyla hukuk devletinin sağladığı bu ortam ve yaşam alanına bir müdahale niteliğini taşır. Devletin kamu düzenini koruma ve bu çerçevede suçla mücadele görevi, bu müdahaleyi bir ölçüde haklı kılmakta ise de, yetki yerinde kullanılmadığında temel hak ve hürriyetlere yapılmış bir saldırı niteliğine bürünür ve dolayısıyla hukuka aykırı olur. Hukuk devleti, vatandaşına, hiçbir koşula bağlı kalmaksızın her an gözaltına alınabileceği, sorgulanabileceği, evinde arama yapılabileceği kaygısıyla yaşamak duygusu veremez. Devletin bu şekilde hukuka uymazlığı, vatandaşın tedirginliğine ve giderek devlete ve hukuka güvensizliğine neden olur. Vatandaşın üzerindeki bu tedirginliğin giderilmesi için Anayasamızın 20, 21 ve 22. maddeleri ile AİHS'nin 8. maddesi,

¹⁸³ YCGK, E.2005/10, K.2005/15; AKİP.

PVSK'nın 9. maddesi ve CMK'nın 116. ve devamı maddelerinde bu konularda gerekli düzenlemeler yapılarak kişilerin özel hayatı, konut dokunulmazlığı gibi önemli hakları koruma altına alınmıştır.

Konu ile ilgili olarak, sanığın rızası ile ikametgahında kenevir bitkisi olduğu ihbarı ile gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu belirtilmeden, hakim kararı ve yetkili amir tarafından verilen sözlü emirde alınmadan ve sanığın aramaya muvafakat ettiği de belirtilmeden yapılan arama sonucu ele geçen 50 kök kenevir bitkisi nedeni ile sanığın mahkum edildiği Ceza Genel Kurulu kararının¹⁸⁴ incelenmesi Yargıtay'ın konuya bakışı açısından önemlidir. Eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. Ancak, sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hakim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma gün ve saatleri içerisinde gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmadığını, dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.

4. SIKIYÖNETİM KANUNU AÇISINDAN

Olağanüstü dönemde el koyma ve arama konusu, Sıkıyönetim Kanunu'nun 3. maddesinin a bendinde yer almaktadır. Maddede; sıkıyönetim komutanının; sıkıyönetim bölgesinde “genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak ve sağlamakla” görevli olduğu; ayrıca gerektiği hallerde “konutları, işyerleri ile özel ve tüzel kişilikleri haiz müesseseler ve bunlara ait

¹⁸⁴ YCGK, E.2005/7-144, K.2005/150; AKİP.

müştemilatı, herhangi bir müracaat, talep ve karara lüzum olmaksızın aramak ve bunun sonucunda ele geçen eşyanın zorasını” tedbirlerini almaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

Konumuz ile ilgili olarak, olağanüstü dönemlerde, arama ve el koyma kararlarının dolayısı ile konut dokunulmazlığı hakkına müdahale edilebilmesinin ancak; genel güvenlik ve asayişin sağlanması, kamu düzenin korunması amacıyla sıkı yönetim bölgesinde yapılabileceği belirtilmiştir. Maddenin a fıkrası, “konutları” diyerek başlamış ve bunların müştemilatı dahil olmak üzere olağanüstü dönemde her hangi bir müracaat, talep veya sivilden farklı olarak karara da gerek olmaksızın, yukarıda belirtilen nedenlere bağlı kalarak, buralarda arama yapılabileceğini düzenlemiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE GÖRE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKI

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ DÜZENLENMESİ

A- AİHS 8. Madde Çerçevesinde Konut Dokunulmazlığı Hakkının Koruduğu Alan

1. Genel Olarak

İnsan haklarının, uluslararası hukuk alanında korunması çalışmaları, uluslararası hukukun niteliğini değiştirmiştir. Bu haklar, devletlerin çıkarları göz önüne alınarak hazırlanan bir uluslararası hukuk olmak yanında, uluslararası hukukun görevleri arasında, üstün ve ortak değerler adına insan haklarını sağlamak ve korumak da dahil edilmiştir. Uluslararası hukuk bu görevi yükleyince ortaya çıkan çok taraflı, süresiz, özel çıkar ilişkilerinden daha çok, ortak değerleri düzenleyen kurumsallaşmış sözleşmelerden oluşan uluslararası insan hakları hukukunun hükümleri, devletle insanlar arasındaki ilişkilere de uygulanabilir hale gelmiştir. Bu sebeple, uluslararası hukuk, devletlere, yetki alanlarındaki tüm insanlara karşı yerine getirmesi gereken yükümlülükler getirmiş ve böylece, insanların da hem kendi milli makamları önünde, hem de uluslararası organlar önünde, insan hakları belgelerine dayanarak, bu haklarını iddia edebildikleri bir duruma geçilmiştir.¹⁸⁵

Şu an için 27 üye devlete sahip olan Avrupa Birliği (AB), ulus ile federal devlet modelleri arasındaki bir örgütlenme biçimidir. Avrupa'nın bütünleşmesini amaçlayan teşebbüslerin sonucu olarak ortaya çıkmış olan AB, bu bütünleşmenin niteliğine yönelik üye devletler arasındaki görüş ayrılıkları ve farklı yaklaşımlardan kaynaklanan uzun ve zor bir süreç sonunda şu anki durumuna ulaşmıştır.¹⁸⁶

Günümüzde, çağdaş ülkelerin iç ve dış politikalarında insan hakları, göz önünde tuttukları en önemli ölçütlerden birisi haline gelmiştir. İnsan haklarını temel alarak hareket etmek ülkelerin meşrulukları açısından önemli bir ölçüt olmuştur. Avrupa Birliği (AB) ülkeleri özellikle II. Dünya Savaşından sonra, savaşların yaşlı kıtaya vermiş olduğu tahribatın giderilmesinin, ancak bu kıtada ortak kabul görececek bir takım değerlerin yaratılması ile mümkün

¹⁸⁵ Çalışkan, Bilal, “İnsan Hakları Soruşturamalarında Cumhuriyet Savcılarımızın Dikkat Edecekleri Hususlar ve Hak Arama Hakkı”, Adalet Dergisi, Ocak 2004, S-18, s.51.

¹⁸⁶ Fişne, Mustafa, “Avrupa Birliği'nin Doğuşu ve Gelişimi”, Avrupa Birliği Ortak Politikaları ve Türkiye, İstanbul 2003, s.55.

olduğunu algılamışlardır. Bu nedenle bir yandan Avrupa’da “siyasal bütünleşmeye” doğru adımların çekirdeğini atmakla meşgul olurken, bir yandan da demokrasi ve insan hak ve hürriyetlerin geliştirilmesi adına önemli adımlar atmaya başlamışlardır. Bu süreçte üye ülkeler, temel hak ve hürriyetler konusunda bireysel olarak bir takım düzenlemeler yapmış ve Avrupa’nın insan hak ve hürriyetlerine saygıyı merkeze alan bir coğrafya olmasında önemli katkıda bulunmuşlardır.¹⁸⁷

Konut dokunulmazlığı hakkı AİHS’nin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Öncelikle genel olarak sözleşmenin tanımlanmasından sonra, temel hak ve hürriyetlerin yerinin irdelenmesi gerekecektir.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Temel Hak ve Hürriyetlerin Yeri

Uluslararası insan hakları hukukunun pozitif niteliği, kaynağı olan normların, uygulanıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nitelikteki belgelerin en somut örneği olan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvenceye alınan haklar, sadece teorik olarak kalmamış, bu hakların her gün uygulanan, korunan ve yaşanan haklar olarak hayat bulması için gereken mekanizmalar da getirilmiştir.¹⁸⁸

Netice olarak anlaşmalara temel haklarla ilgili hükümler serpiştirilmiş ve Avrupa Birliği için bir Temel Haklar Şartı hazırlanarak kabul edilmiştir. Temel hakların topluluk hukuk düzeni ile bütünleşme sürecinin başlamasında ve birbirini izleyen geçiş dönemleri sonucunda topluluk hukukunun yorumunda temel hakların da ağırlığının hissedilmesinde Avrupa Adalet Divanı’nın da katkısı büyüktür.¹⁸⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin özellikleri;

¹⁸⁷ Özcan, Mehmet - Ercüment, Tezcan - Yonar, Özlem, “Avrupa Birliğinde İnsan Haklarının Gelişimi”, (Avrupa Birliği Ortak Politikaları ve Türkiye), s.393.

¹⁸⁸ Sudre, F., Droit International et Europe des Droits de l’homme, Fevrier, 1995, s. 21; Nak. Çakır, Mustafa, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Diğer Uluslararası Normlarla İlişkisi”, KÜHFD, Y- 2, S-2, s.308-309.

¹⁸⁹ Ümit, Ceyda, “Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeninde Temel Hakların Gelişimi”, Adalet Dergisi, S- 29, Eylül 2007, s.50.

- Sözleşme insan haklarını uluslararası düzeyde güvence altına alır. Sözleşmeyle birlikte bölgesel bir koruma sistemi yaratılmıştır. Sözleşme insan haklarını ulus devletlerin içişleri olmaktan çıkarmakta ve devletlerin isledikleri insan hakları ihlallerinin uluslararası alana taşınmasına imkan tanımaktadır.

- Sözleşmenin getirdiği “devletler arası başvuru” ve “ bireysel başvuru” yoluyla sözleşmeye taraf devletler ve bireysel başvuru hakkına sahip olanlar (şahıslar, şahıs toplulukları) sözleşmeye taraf olan bir devlete karşı, sözleşmede bulunan hak ve hürriyetleri ihlal ettiği gerekçesi ile AİHM’de dava açma hakkına sahiptirler.

- AİHS sadece kendisini onaylayan devletler için bağlayıcıdır. AİHS hukuk tekniği açısından uluslararası bir anlaşmadır ve sözleşmeye taraf olan devletler bakımından bağlayıcı sonuç doğurur.

- Sözleşme insan hakları ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bir denetim mekanizması oluşturmuş ve denetim sistemi, yürürlüğe giren 11. Protokol ile tek mahkeme sistemine dönüştürülmüştür.

- AİHS, uluslararası alanda insan hak ve hürriyetlerinin korunmasının en önemli hukuksal aracıdır.

Avrupa Birliği ülkelerinin bireysel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olmaları sayesinde Birlik yurttaşlarının temel hak ve hürriyetlerine karşı yöneltilen bir saldırı durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurma haklarının olması AB içinde insan hak ve hürriyetlerinin korunması konusundaki eksikliği ya da açığı bir sorundan olmaktan çıkarmıştır.¹⁹⁰

AİHS, hukuk tekniği açısından uluslararası bir antlaşmadır. Bu sözleşmeyi imza eden devletler bazı yükümlülükler altına girmişlerdir. Bu sözleşmenin özelliği, bireye alışılmış hakların dışında haklar tanınmasıdır.

¹⁹⁰ Özcan - Tezcan - Yonar, s.393.

Sözleşme bireye haklarını çiğneyen devlete karşı, İnsan Hakları Komisyonu'na başvurma yolunu açmıştır.¹⁹¹

AİHS, bireyi uluslararası hukukun bir kişisi haline getirmiştir. Sözleşme'nin başlangıcında insan haklarına saygıda ortak anlayıştan ve hukukun üstünlüğüne dayalı bir ortak mirastan söz edilmiştir. Sözleşme hem iç hem de uluslararası hukuku kapsamakta olup kural koyucu bir sözleşme niteliğindedir. Bireye bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Bireyin sözleşmede öngörülen haklardan yararlanabilmesi için ulusal iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekir.¹⁹² Aynı zamanda AİHS, hükümetlerin, kendi yetki alanları içinde bulunan bireylerin hak ve hürriyetlerinin, sözleşmeye uygun olarak korunmasından sorumlu tutulmuştur.¹⁹³

Başlangıçta sırf ekonomik bir amaç izlemesi nedeniyle bireylerin temel hakları açısından bir tehlike görülmediği için birliğin kendine özgü kanunlaştırılmış bir temel hak katalogu bulunmaktaydı. Bununla beraber son zamanlarda suçlulukla mücadelede Avrupa kovuşturma organları arasındaki bağlantının giderek genişlemesine bağlı olarak, ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında AB işlemlerinin zorunlu olarak bireylerin temel haklarına müdahale oluşturduğunun anlaşılması ile birlikte, Avrupa düzeyinde de temel hak ve hürriyetlerin etkili biçimde korunmasına yönelik talepler giderek daha fazla dile getirilmeye başlanmıştır.¹⁹⁴

Temel hakları koruma yükümlülüğü, ilk olarak ve ağırlıklı bir şekilde Birlik organları bakımından söz konusu olmakla birlikte, sınırlı bir çerçevede birlik hukukunun uygulanması bakımından üye devletler için de geçerlidir. Buna karşılık eğer üye devlet, birlik hukuku dışında bir faaliyet gösteriyorsa, yalnızca kendi ulusal hukuku ile bağlıdır.¹⁹⁵

¹⁹¹ Gözübüyük (2005), s.485.

¹⁹² Tezcan - Erdem - Sancaktar, s.26.

¹⁹³ Gözübüyük (2005), s.486.

¹⁹⁴ Tezcan - Erdem - Sancaktar, s.4.

¹⁹⁵ Tezcan - Erdem - Sancaktar, s.5.

AIHS, ülkemiz tarafından 1954 yılında onaylanmış ve bundan sonra sözleşme ülkemiz açısından da yürürlüğe girerek iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. AIHS ile güvence altına alınan haklar, Sözleşme'den sonra yapılmış olan, gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları tarafından da esas itibarıyla güvence altına alınmıştır. Türkiye için, insan haklarına saygı gösterme, hem Anayasa'nın emri hem de uluslararası yükümlülüğün bir gereğidir.¹⁹⁶ Genelde uluslararası antlaşmaların konusu, uluslararası hukuk özneleri arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Buna mukabil, insan hakları sözleşmeleri, devletlerin çıkar ilişkilerini düzenlemekten çok, kişilere sağlanması istenen hak ve hürriyetlerin belirlenmesi ve duyurulması amacına yöneliktir. Bu tür antlaşmalarla dış ilişkilerin düzenlenmesinin değil, iç alanın düzenlenmesinin söz konusu olduğu görülür. Bu sayede insan hakları, bir iç iş olmanın yanında, uluslararası bir nitelik kazanmıştır, uluslararası bir güvenceye kavuşturulmak istenmiştir.¹⁹⁷

Sözleşme taraf devletlere, Sözleşme'de düzenlenen insan hakları ve hürriyetlerini tanımak ve korumak konusunda hukuki zorunluluk yüklemektedir. Başka bir deyişle, taraf devletler bu yükümlülük bakımından uluslararası kurumların denetimine tabi olmuşlardır.¹⁹⁸ Sözleşme taraf devletlere sadece “müdahale etmeme” gibi negatif bir mükellefiyet yüklemekle yetinmemiş¹⁹⁹ onlara, aynı zamanda, koruma altına alınan hak ve hürriyetlere saygıyı sağlama, yani bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkan verecek tedbirleri alma pozitif görevini de getirmiştir.²⁰⁰

3. AIHS 8. Madde ile İlgili Durum

¹⁹⁶ Gözübüyük A. - Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2007, s.18.

¹⁹⁷ Gözübüyük - Gölcüklü (2007), s. 20.

¹⁹⁸ Gözlügöl, S. Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, Ankara 2002, s.352.

¹⁹⁹ Leander - İsvaç Davası, 26.03.1987 tarihli karar; Gözübüyük - Gölcüklü (2007), s.332.

²⁰⁰ Gözübüyük - Gölcüklü (2007), s.332.

Özel hayatın korunması hakkı, AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir. AİHS'nin 8/1 maddesinde yer alan haklar aslında, bir bütün teşkil eden "özel hayat" kavramının farklı unsurlarıdır.²⁰¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 maddesi şöyledir;

"1. Herkes özel ve 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 hürriyetlerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

Bu düzenlemeye göre, herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve kanun ile öngörülmüş olmak koşulu ile söz konusu olabilir.

Sözleşme, bir kimsenin özel hayatına, aile hayatına ve bunlarla ilgili olarak meskenine saygı gösterilmemesini²⁰² veya telefon görüşmeleri ve yazışmalarının denetlenmesi veya açığa vurulmasını insan haklarına aykırı saymıştır. Sözleşme bu madde ile göçmen, işçilerin yerleşme hakkından sınırdışı etmeye veya yabacıların ülkeye kabulüne, telefon dinlenmesinden kürtaja kadar bir çok konuyu kapsamaktadır.²⁰³

²⁰¹ Gözübüyük A. Şeref - Gölcüklü A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2003, s.331.

²⁰² Chappell - Birleşik Krallık Davası: Mesken, kişinin özel hayatını yaşadığı yer ile mesleki ve ticari faaliyetlerin bulunduğu yeri de kapsar; Gözlügöl, s.187.

²⁰³ Gözlügöl, s.188.

Özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenleyen sözleşmenin 8. maddesi, var olan, kurulmuş ve veya kurulmakta olan bir aileyi, hayatı korumaktadır.²⁰⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin AİHS 8. maddesinin ilk fıkrasında kişinin özel ve aile yaşamı, konut dokunulmazlığı ve muhaberatın gizliliği bir insan hak ve özgürlüğü olarak kabul edilmiştir. İkinci fıkrada bu hak ve hürriyetlere getirilebilecek sınırlamalar genel bir ifade ile açıklanmıştır.

Maddeden de anlaşılacağı üzere 1. bentte özel hayata müdahalenin önlenmesine kişinin talep etme hakkının olduğu kabul edilmiş, 2. bentte ise bu kuralın istisnaları sayılmıştır. Kongre bu hakkın sınırlandırılması bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan ülkeleri, bu sözleşme amacına göre serbest bırakmıştır. Sözleşmenin 8. maddesinin ilk fıkrası "Her şahıs özel ve aile yaşamına, konutuna ve muhaberatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir" şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede, özel yaşamın, bireyin kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alan olarak kabul edilmiştir. Bu amaçla bireyin diğer insanlar ile ilişkileri de bu madde kapsamına girmektedir. Bu maddeye göre istisnaların geçerli olabilmesi için, maddelerde belirtilen nedenlere dayalı olarak kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde bir sınırlandırma yapılması gerekmektedir. Bu sınırlandırmaların 8. madde kapsamında olup olmadığı yönünden takdir hakkı ise AİHM'ne aittir.

AİHS'nin 8. maddenin 1. fıkrasında konuta saygı hakkı düzenlenmiştir. Bu madde anlamında konut bir kişinin yaşadığı yer olarak kabul edilmekte olup, kişinin evi, tatil evleri, yurtları, geçici veya uzun süreli diğer konaklama yerleri, kiralık veya mülkiyeti altında bulunsun her türlü yer bu madde anlamında konut sayılmaktadır. İş yerlerinin konut olarak bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda, mahkeme kesin bir karar vermemiş, ancak bazı başvurularda, bu konuda

²⁰⁴ Gözübüyük A. Şeref - Gölcüklü A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, s.343.

değerlendirmelerde bulunmuştur. Bazı işyerlerinin aranması bağlamında konut kapsamına girebileceği belirtilmiştir. Örneğin, meslek sahibi bir kişinin bürosunun da konut kapsamına girdiği, ayrıca mesleğe ait faaliyetlerinin özel konutunun bir bölümünde yapılması halinde de 8. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme bir kararında özel yaşamın, bireyin kişisel yaşamını istediği gibi oluşturabileceği ve dış dünyaya tamamen kapatabileceği dar bir alan ile sınırlı olmadığını, aksine özel yaşama saygı hakkına başka insanlar ile ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek hakkının da girdiğini, dış dünya ile bu şekilde ilişkinin meslek yaşamında da kurulduğunu, meslek yaşamının özel yaşamdan ayrı düşünülmeceğini belirtmiş ve iş yerine yapılan müdahalenin de 8. madde kapsamında olduğunu belirtmiştir.²⁰⁵

Ancak 8. maddenin 2. bendinde belirtilen durumlarda bu hakkın kısıtlanması ve sınırlandırılması yönünden ilgili sözleşmecî devletlerin de takdir hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bu takdir hakkı hem sözleşmecî devletlerin kanun koyucu organlarını hem de yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmiştir.²⁰⁶ Ancak bu takdir hakkının sınırsız olmadığı da AİHM'nin çeşitli kararlarında belirtilmiştir. Mahkeme sözleşmecî devletlerin takdir haklarını 8. maddedeki koşullarda kullanıp kullanmadığını denetlemektedir.

Sözleşme, maddenin 2. fıkrası ile, demokratik bir toplumda hoş görülen ölçüyü aşmamak ve kanunla öngörülme şartıyla “millî güvenlik, kamu düzeninin korunması, suçların önlenmesi, sağlık veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerini korumak” gibi zorunlu durumların varlığı ile bu hakların kullanımına kamu otoritesinin müdahalesi kabul edilmiştir. Bu halde maddenin bu fıkrası, mutlak nitelikte olmayıp bir takım sınırlamalara

²⁰⁵ Tezcan - Erdem - Sancaktar, s.236.

²⁰⁶ Kilkelly, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı- AİHS'nin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, Avrupa Konseyi- Strazburg, 2001, s.8.

konu olabilmektedir. İ hukukumuz bakımından da Anayasamızın 15, 16 ve 17. maddeleri, Sözlüşme'nin bu maddesi ile uyumlu bir haldedir.²⁰⁷

a. Konut Kavramı

Bir yerin, AİHS 8. madde kapsamında “konut” olduğu belirlendikten sonra, bu maddenin korumasından yararlanılır. Konut, kişinin özel hayatını sürdürdüğu yer²⁰⁸ olarak tanımlanabileceği gibi AİHS'nin 8. maddesinde konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yer olarak da tanımlanabilir.²⁰⁹ Genel tanımıyla konut kişinin özel hayatını sürdürdüğu yer olup Komisyon ve Mahkeme de meslek ve ticaret faaliyetinin yürütüldüğu yeri de bu madde anlamında konut saymıştır.²¹⁰ AİHM bir yerin konut olup olmadığı konusunda her olayda o olaya özgü değerlendirme yapmaktadır. Mahkeme, konut kavramını bireyin özel hayatını sürdürdüğu yer olarak ifade etmektedir. Mesleki ve ticari faaliyetlerin yürütüldüğu yerler de konut sayılmaktadır.²¹¹

Madde 8, temel olarak, bir bireyin konutuna devlet veya temsilcileri tarafından yapılan saldırılara karşı bireye koruma hakkı sağlar.²¹² Bu madde anlamında konut genel olarak, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir. Bu nedenle yaşanan her yer konut olabilir, yani kişinin özel hayatını devam ettirdiği yerdir denilebilir.²¹³

AİHM, konut kavramını bazı işyerlerini de kapsayacak biçimde genişletmiştir. Konut kavramına huzur içinde yaşamak da dahil olduğundan,

²⁰⁷ Gözlüğü, s.189.

²⁰⁸ Gözübüyük - Gölcüklü (2003), s.340.

²⁰⁹ Kilkelly, s.18.

²¹⁰ Gözübüyük - Gölcüklü (2007), s.340.

²¹¹ Niemietz- Almanya Davası, 16.12.1992 tarihli karar; Kilkelly, s.55.

²¹² Kilkelly, s. 55.

²¹³ Gözübüyük - Gölcüklü (2003), s.340.

8. madde özel hayat ve konutun ses, gürültü veya rahatsızlıkla ihlal edilmesine karşı da koruma sağlanmıştır.²¹⁴

b. Konuta Saygı Gösterilmesi Hakkı ve Müdahale

Madde 8'e göre, yaşanan bütün yerler konut olabilir. Oturulan ev, her şeyden önce konut kavramının kapsamında yer almaktadır. Kişinin konutun mülkiyetine sahip olması durumunda, hem 8. maddeden hem de mülkiyete saygı gösterilmesi hakkının korunmasından yararlanacaktır. AİHM'ne göre, konut kavramına, söz konusu yerde huzur içinde yaşamak da dahildir.²¹⁵ Madde kapsamında, mesleki ve ticari faaliyetlerin yürütüldüğü yerler de konut sayılmıştır.

Sözleşme, madde 8 ile devlete bireyi konut sahibi yapmak mükellefiyeti yüklemeyiz.²¹⁶

Taraf devletlerin konutun korunması hakkı bağlamında pozitif yükümlülüğü, özel kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı da bu hakkı koruyacak tedbirlerin alınmasıdır.²¹⁷

Bireyin ister kiralık ister mülkiyetinde olan her türlü konut, AİHS'nin madde 8/1'in öngördüğü korumadan yararlanır. Hatta kiraya verilmiş bir konut da eğer malik buraya geri dönmek istiyor ve kamu makamları tarafından engelleniyorsa, bu da madde 8 kapsamına girer. Ayrıca konutun eklentileri de konut gibi maddenin korumasından yararlanır. Ancak işyerlerinin korunduğuna yönelik açık bir düzenleme yoktur. AİHM bir kararında bireyin hem iş yeri hem de konut olarak kullandığı yerin

²¹⁴ Özdemir, Kenan, "Türk Hukukunda ve AİHS ile AİHM kararlarında Özel Hayatın Gizliliği", Adalet Dergisi, S-23; Gillow - Birleşik Krallık Davası, 24 Kasım 1986 tarihli karar, s.22.

²¹⁵ Powell ve Rayner-Birleşik Krallık Davası, 21.02.1990 tarihli karar; Özdemir, s.22.

²¹⁶ Gözübüyük - Gölçüklü (2007), s.338.

²¹⁷ Gözlügöl, s.191.

aranmasını, 8/1'e müdahale olarak nitelendirmiş ve yine bir çok kararında, meslek yaşamını özel yaşamla bir arada düşünmüş ve konuta saygı hakkı bakımından ihlal olarak nitelemiştir.²¹⁸

Cezaevleri, madde 8/1 anlamında da konut sayılmaz ise de, buraya yönelik örneğin arama gibi müdahaleler, her halde özel yaşama müdahale oluşturmaktadır.²¹⁹

Konuta yönelik müdahaleler, genellikle göçe zorlama, arama, konutun yakılması ve yıkılması ve konuta girişin engellenmesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır.²²⁰

B- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Konut Dokunulmazlığı Hakkı

AİHS'nin 8'inci maddesiyle özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakları korunmakta ve kısmen birbiriyi keşişen dört temel hak garanti altına alınmaktadır.²²¹

Maddeyle koruma altına alınan dört kavramın anlamı belirgin değildir ve AİHM, bu kavramların yorumu konusunda kesin kurallar belirlemekten kaçınmaktadır. AİHM, 8. maddenin uygulanabilir olup olmadığını ve bir şikâyetin korunan hakların kapsamına girip girmediğini belirlerken, söz konusu kavramlara AİHS'ye özgü özerk birer anlam yüklemekle beraber, davanın durumuna göre karar vermektedir. Bu durum, söz konusu hakları ve bunların kapsamına nelerin girdiğini kategorik olarak tanımlamayı zorlaştırmaktadır.²²² Başka bir ifadeyle AİHM, maddenin uygulanmasında "kazuistik" bir metot kabul ederek, önüne gelen her olayda, o olayın koşullarını değerlendirdikten sonra, günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını da

²¹⁸ Tezcan - Erdem - Sancaktar, s.235.

²¹⁹ Tezcan - Erdem - Sancaktar, s.236.

²²⁰ Tezcan - Erdem - Sancaktar, s.236.

²²¹ Tezcan - Erdem - Sancaktar, s. 281.

²²² Kilkelly, s.9.

dikkate alarak, geliştirici ve ileriye götürücü yorumlar yapmak suretiyle maddeyle korunan haklara belirli bir içerik kazandırmıştır.²²³

Söz konusu haklardan aile hayatı ayrı bir alan oluşturduğundan, burada incelenmeyecek, bunun dışındaki konumuz ile ilgisi bakımından özel hayat ve konut hakkı incelenecektir.

AİHS'nin 8'inci maddesinde koruma altına alınan bütün haklar, aslında "özel hayat"ın farklı unsurlarıdır. Bu nedenle, AİHM, maddeyle ilgili olarak yapılan şikâyetlerde çoğu zaman olayı "özel hayata müdahale" başlığı altında inceleme yoluna gitmektedir.²²⁴

AİHM'ye göre, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak geniş bir kavramdır.²²⁵ Ancak bu kavram, açık bir biçimde mahremiyet hakkından daha geniştir ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan içermekte olup, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki geliştirmek hakkını da kapsar.²²⁶

AİHM'nin 1992 yılında vermiş olduğu avukat bürolarının aranması ile ilgili Niemietz – Almanya kararında ifade ettiği gibi; "...özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir "iç alan"la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir."²²⁷

Sekizinci madde, temel olarak, bir bireyin konutuna devlet veya temsilcileri tarafından yapılan saldırılara karşı bireye koruma hakkı sağlar.²²⁸ Ayrıca AİHM, sözleşmeye üye devletlere konutun korunması bağlamında,

²²³ Gözübüyük - Gölcüklü, s.330 - 331.

²²⁴ Gözübüyük - Gölcüklü, s.331.

²²⁵ Costello Roberts - Birleşik Krallık Davası, 25 Mart 1993 tarihli karar; Özdemir, s.21.

²²⁶ Kilkelly, s.10.

²²⁷ Niemietz-Almanya Davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar; Özdemir, s.11.

²²⁸ Kilkelly, s.55.

pozitif yükümlülük olarak özel kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı da bu hakkı koruyacak tedbirlerin alınmasını gerektiğini belirtmiştir.²²⁹ Sekizinci maddedeki anlamına göre konut genel olarak, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir. Bu nedenle yaşanan her yer konut olabilir. Diğer bir ifadeyle konut, kişinin özel hayatını sürdürdüğü yer olarak tanımlanabilir.²³⁰ Konutun kiralık veya mülkiyet olması sonucu değiştirmemektedir.²³¹

AİHM, konut kavramını bazı işyerlerini de kapsayacak biçimde genişletmiştir.²³²

Konut kavramına, söz konusu yerde huzur içinde yaşamak da dahil olduğundan, 8'inci madde özel hayat ve konutun ses veya rahatsızlıkla ihlâl edilmesine karşı da koruma sağlamaktadır.²³³

C- Mülkiyet Hakkı

Konumuz ile ilgisi bakımından incelenmesi gereken bir diğer konu, 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıdır.

Ek protokollerde kabul edilen hakların başında mülkiyet hakkı gelmektedir. Bu hak AİHS'ne Ek 1 no'lu protokolde düzenlenmiştir. Protokolün 1. maddesinde mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak

²²⁹ Velosa - Portekiz Davası, 21 Kasım 1995 tarihli karar; Gözlügül, s.191.

²³⁰ Gölcüklü - Gözübüyük, s.340.

²³¹ Tezcan - Erdem - Sancaktar, s.291.

²³² Gillow - Birleşik Krallık Davası, 24 Kasım 1986 tarihli karar; Özdemir, s.11.

²³³ Powell - Rayner-Birleşik Krallık Davası, 21 Şubat 1990 tarihli karar; Özdemir, s.12.

için gerekli gördükleri kanunları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

Her gerçek ve tüzel kişi, mallarının dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Her hangi bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen şartlar ve uluslararası hukukun genel ilkeleri dahilinde mülkünden yoksun bırakılabilir.²³⁴

Ek protokol madde 1/1. cümle, “mülkiyete saygı hakkını” ve aynı zamanda 2. cümle ile de “mülkiyetten yoksun bırakılma ile ilgili gerekli koşulları” göstermiştir. Bu da mülkiyet hakkının tamamen dokunulmaz bir hak olmadığını, kamu yararı amacıyla sınırlamalara konu olabileceğini belirtmektedir. 2. cümle uyarınca da “kamu yararı nedeniyle ve kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak” kişi mülkiyet hakkından yoksun bırakılabilecektir. Bu da mülkiyet hakkına müdahale için üç koşul getirildiğini göstermektedir.²³⁵

AİHS kapsamında, mülkiyet hakkı mutlak nitelikte olmayıp, kamu yararı amacıyla kısıtlanabilir niteliktedir. Bu hükümdeki mülkiyete saygı ilkesi, maddenin açıkça izin verdiği özel müdahale şekilleri dışındaki her türlü müdahaleyi yasaklayan niteliktedir. Bu sayede mülkiyet hakkına genel bir koruma getirilmiştir. Mülkiyet hakkına müdahale, haktan yoksun bırakma halinde kamu yararı, hakkın kullanımını düzenleme halinde ise genel menfaat amacıyla yapılabilir. Mülkiyet hakkından yoksun bırakma, ancak kanunla ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak yapılabilir.²³⁶

AİHM, mülkiyet hakkıyla ilgili yapılan başvurularda mülk kavramını çok geniş yorumlamaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, elle tutulabilir veya tutulamaz varlıklar, hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşı hakkı, ev sahibinin kira alma hakkı, bir mesleği icra etme hakkı gibi haklar mülk kavramı içine girmektedir. Mülkiyet hakkına müdahalenin haklı olabilmesi için bunun kamu veya genel çıkarlar doğrultusunda meşru bir

²³⁴ Gözlügöl, s.228.

²³⁵ Tezcan - Erdem - Sancaktar, s.321.

²³⁶ Gözlügöl, s.228 vd.

amaca hizmet etmesi gerekmektedir. Bunun yanında müdahalenin amaçla orantılı olması da gereklidir. Bu konuda AİHM, İsveç'e karşı Sporong kararında, mahkemenin toplumun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil bir dengenin korunup korunmadığının değerlendirilmesi gerektiği, bu dengenin AİHS'nin tamamında bulunduğunu belirterek bir ilke ortaya koymuş ve bu ilkeye uygun olarak yaptığı değerlendirmede, mülk sahibinin yapılan düzenleme sonucunda aşırı bir yük üstlenmemesi gerektiği sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.

Mülkiyet hakkı ile ilgili Türkiye hakkında yapılan başvuruların büyük çoğunluğu, kamulaştırma davaları ile ilgilidir. Diğerleri de, olağanüstü hal döneminde Güneydoğu Bölgesindeki köy yakma olayları ile ilgili olarak yapılan başvurulardır.²³⁷ Bu başvuruların büyük çoğunluğunda ihlal kararı verilmiştir. Kararların gerekçesinde genel olarak kamulaştırma dolayısıyla başvuruculara mallarının değerinden daha az kamulaştırma bedeli verildiği ayrıca kamulaştırma bedellerinin geç ödendiği ve uygulanan faiz oranlarının adil olmadığı belirtilmiştir. Bu hususu düzeltmek üzere 24.04.2001 tarihli 4650 sayılı kanun ile Kamulaştırma Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin başında kanunun kamulaştırma koşullarını düzenleyen 3. maddenin son fıkrası gelmektedir. Buna göre yeterli ödenek ayrılmadan kamulaştırma işlemlerine başlanamaz. Yapılan diğer bir değişiklikte 7. maddenin 3. fıkrasının son tümcesidir. Buna göre; yönetim tarafından, kamulaştırma kararının tapuya şerh tarihinden itibaren altı ay içinde 10'uncu maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespitiyle idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna ilişkin mahkmeden alınacak belge tapu idaresine verilip, şerh edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinir. Bu düzenleme de mülkiyet hakkının gereksiz yere tarihi belirsiz biçimde sınırlandırılmasını engelleyecek niteliktedir. Kanunda

²³⁷ Akça-Türkiye Davası, 2.7.2001 tarihli karar; Gözlügöl, s.229; Menteş ve Diğerleri Davası, 28 Kasım 1997 tarihli karar, Akdivar ve Diğerleri Davası, 16 Eylül 1996 tarihli karar; Gözbüyük - Gölcüklü (2007), s.340.

AİHM'nin gerekçeleri doğrultusunda düzenlemeler yapılmış hak ihlalleri büyük oranda engellenmiştir. Ancak uygulamada sorunlar yaşanmakta ve davalar kısa sürede bitmemektedir. Bu yönden ileride açılacak davalarda ihlal kararları verilmesi olasılığı bulunmaktadır.

AİHM, önüne gelen değişik davalarda kamulaştırmasız el koymayı mülkiyet hakkına aykırı bulmuştur. Mahkeme, Papamichalopoulos-Yunanistan,²³⁸ Carbonara & Venture-İtalya²³⁹, ve Belvedere Alberghiera S.R.L.-İtalya²⁴⁰ davalarında Yunan Deniz Kuvvetleri ve İtalyan Belediyelerinin kamulaştırmasız el atmalarını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.²⁴¹

Anayasamız mülkiyet hakkına daha geniş ve ileri bir güvence getirmiştir. Anayasa hükmüne göre, herkes mülkiyet ve miras halklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Bu hakkın kullanımı, toplum yararına aykırı olamaz (AY. m. 35). Anayasamızın bu hükmü, mülkiyet hakkının sınırlanması açısından Sözleşme ile paralellik göstermektedir.²⁴² Anayasa'nın 36. maddesinin öngördüğü mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilmiş bulunan bir devlet düzeni ile bağdaşır ilkelere dayanmalı ve onu kazanma, kaybetme nedenleriyle de bunlara uygun biçimde düzenlenmelidir.²⁴³ Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun, kanunla, mülkiyet hakkını düzenlerken, yani bu hakkın niteliğini, onu kazanma ve kaybetme koşullarını ve sınırlarını belli ederken anayasa ilkelerini göz önünde bulundurmamak zorunda olduğunu belirtmiş ve bir kanun hükmünün bu ilkelere uymadığı ölçüde anayasaya aykırı olacağını belirtmiştir. Mahkeme bu kararında, anayasa ilkelerinin yanında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin mülkiyet hakkına ilişkin kuralı ile 10 Mart 1954 günlü ve 6336 sayılı Kanunla tarafımızdan da onaylanmış bulunan

²³⁸ 14556/89 nolu Papamichalopoulos Davası; Başlar, s.40.

²³⁹ 24638/94 nolu Carbonara - Venture Davası; Başlar, s.40.

²⁴⁰ 31524/96 nolu Belvedere Alberghiera S.R.L. Davası; Başlar, s.40.

²⁴¹ AM E.2002/112, K.2003/33 sayılı kararı; Başlar, s.40.

²⁴² Gözlügül, s.229.

²⁴³ Başlar, s.26.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşmeye Ek Protokol 1. maddesini de belirtmiş ve bu kuralları da ilke kabul etmiştir.²⁴⁴

Yargıtay da mülkiyet hakkı ile ilgili çeşitli kararlarında protokolün 1. maddesini esas almıştır. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması gerçekleştirilirken, Anayasa'nın 90/5. maddesi ile iç hukukun üstünde sayılan AİHS hükümlerince, AİHM tarafından oluşturulan kararda²⁴⁵ ifade edildiği üzere "...bir kişiyi mülkünden yoksun bırakan bir önlemin..", "kamu yararına meşru bir amaç gütmesi gerektiği...", "bu önlem alınırken... başvuru yollar ve gerçekleştirilmesi amaçlanan hedef arasında makul bir oransallık ilişkisi olması gerektiği", "kişinin kişisel ve haddinden fazla yük taşıma zorunda kalması halinde gerekli dengenin kurulamayacağı.." açıktır. Yargıtay bu hak ile ilgili bir kararında, AİHM'nin bu kararına atıf yapmış ve kamu yararı ile mülkiyet hakkından kısmen veya tamamen yoksun bırakılan kişinin hakkı arasında makul, kabul edilebilir, hak ve adalet dengesini sağlayacak bir oranın kurulmasının asıl olup, devlet tarafından verilen doğru esasa ve geçerli kayda dayalı tapu ile sağlanan mülkiyet hakkına değer verileceğinin kuşkusuz olduğunu ve söz konusu kayda dayalı hakkının korunması gerekeceğinin muhakkak olduğunu belirtmiştir.²⁴⁶

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE KONUT DOKUNULMAZLIĞI HAKKININ SINIRLARI VE GÜVENCELER

A- AİHS 8. Madde 2. Fıkra Çerçevesinde Konut Dokunulmazlığı Hakkının Güvenceleri

AİHS, güvence altına aldığı özgürlüklerin, demokratik bir toplumda, sınırsız olarak kullanılamayacağı ilkesini benimsemiştir. Temel hak ve hürriyetler niteliklerine göre, ulusal güvenliğin, ülkenin ekonomik çıkarlarının, kamu sağlığının, genel ahlakın, başkalarının hak ve

²⁴⁴ AM. 1966/19 E- K.1968/25; Başlar, s.26.

²⁴⁵ 1262/02 sayılı 30 Mayıs 2006 tarihli karar; Başlar, s.117.

²⁴⁶ Yargıtay 1. HD, E.2007/5574, K.2007/9733; Başlar, s.117.

hürriyetlerinin ya da kamu düzeninin korunması, suçluluğun önlenmesi gibi nedenlerle kısıtlanabilecektir. Her hakkı düzenleyen madde, aynı zamanda o hakka getirilebilecek özel kısıtlamaları da belirtmiştir.²⁴⁷

AİHS, ayrıca savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda, devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden bir kısmını askıya alabilmelerine olanak sağlamıştır(AİHS m. 15). Buna karşın sözleşme, hiçbir devlete, olağanüstü durumlar da bile, kişinin yaşam hakkına saygı gösterme yükümlülüğünden ya da işkence ve kölelik yasağından veya suç ve cezaların hukukiliğinden kurtulma olanağı vermemiştir. Devletler olağanüstü durumlarda bile, bu haklara saygı göstermek zorundadırlar.²⁴⁸

AİHS'nin madde 8/2'de konut dokunulmazlığı hakkının sınırlanmasının sınırına ilişkin güvenceler yer almaktadır. Bunlardan ilki yasallık ilkesi, sonra meşru amaç ilkesi ve son olarak da bu müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olmasıdır.²⁴⁹

Maddede düzenlenen haklar konusunda AİHM'nin yaklaşımını da burada ifade etmek gerekirse, 8'inci maddenin birinci fıkrasında hükme bağlanan haklara yapılan müdahalenin, AİHS'ye uygun olması için, kanunlara uygun olması, meşru bir amaç taşıması ve demokratik toplum bakımından gerekli olması zorunludur.²⁵⁰ Bu zorunluluğa uymak koşuluyla devlet ancak millî güvenlik, suç ve suçlulukla mücadele, kamu sağlığı ve ahlâkın korunması amacıyla müdahalede bulunabilir.

1. Kanunlara Uygunluk

²⁴⁷ Gözübüyük (2005), s.493.

²⁴⁸ Gözübüyük (2005), s.493.

²⁴⁹ Üzeltürk, s.232.

²⁵⁰ Gölcüklü - Gözübüyük (2007), s.331.

Konut dokunulmazlığı hakkına edilen müdahalenin yasal bir dayanağı olmalıdır. Bunun yanında söz konusu kanun yeterince kesin olmalı ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir önlem içermelidir. Bu nedenle kanunla özel yetki verilmeyen, idari uygulamalarla olan veya bağlayıcı olmayan rehber kurallarla düzenlenen önlemler bu açıdan sorunlu kabul edilmektedir.²⁵¹ Öncelikle kanun parlamentoda açık görüşme ve tartışma yöntemleri ile hazırlanmalıdır. Bu sayede özgürlükler açık bir forumda ve kamuoyunun denetimi altında sınırlanma güvencesine sahip olacaktır. Bundan sonra kanun ile herkes için geçerli kurallar konulacak ve bu sayede sınırlamalar objektif bir biçimde ortaya çıkacaktır.²⁵² Madde 8 anlamında kanunlara uygunluk şartında söz konusu kanun aynı zamanda ilgili bireyler tarafından ulaşılabilir olmalıdır. Bu açıklıkta bireyleri keyfi müdahaleden koruyacak düzeyde açıklıkla yazıldığı sürece, bu yetkiyi veren bir kanun 8. maddeyi ihlal eder nitelikte olmayacaktır.²⁵³

2. Meşru Amaç

Burada önemli olan, hakka yapılan müdahalenin meşru bir amacı olmasıdır. Bu amaçlar, “milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması” olarak sıralanmaktadır.

Sözleşmenin 8/2. maddesinde konut dokunulmazlığı anlamında, sınırlamayı mümkün kılacak meşru sebepler “ülkenin ekonomik refahı, milli güvenlik ve kamu emniyeti, düzensizliğin ve suçun önlenmesi, sağlık ve ahlakın korunması ve başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması” olmak üzere sınırlı olarak sayılmıştır. Ancak burada sayılan amaçlar oldukça genel anlamlar yüklenebilecek kavramlardır ki bu da devletlere geniş bir

²⁵¹ Kilkelly, s.24.

²⁵² Kapani, Munci, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993, s.230-231.

²⁵³ Olsson - İsveç Davası, 24 Mart 1988 tarihli karar; Özdemir, s.30.

hareket alanı tanımaktadır. Bu sebeptendir ki birliğe üye devletlerin meşru amaç olmadığından mahkumiyetine hiç rastlanmamıştır.²⁵⁴

3. Demokratik Toplum Bakımından Gereklilik

Madde 8 anlamında müdahalenin son değerlendirilmesinde ise, müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığıdır. Müdahalenin gerekli olması demek; bunun devlet tarafından bazı nedenlerin olmasının yeterli görülmesi demek değildir. Sözleşme metninde “demokratik bir toplumda gerekli olma” kriteri yer almaktadır. Müdahalenin hangi meşru amaçla yapılmasını göstermek de olduğu gibi sınırlama yapılması için gerekli sosyal ihtiyaç baskısını göstermekte devletin görevidir. Müdahale demokratik bir toplumda zorunlu olmalıdır ve sınırlama gerekli olduğu ölçüde yapılmalıdır.²⁵⁵

AİHS, uluslararası hukukta yeni gelişmelere yol açan bir sözleşmedir. İnsan haklarının çiğnenmesinden dolayı devletin uluslararası yargının önüne çıkarılması, uluslararası adaletin, ulusal adalete benzetilmesi ancak AİHS ile sınırlı bir biçimde gerçekleştirilmiştir. Böylece birey, uluslararası hukukta da hak sahibi durumuna gelmiştir.²⁵⁶ İnsan haklarının, sözleşmenin benimsediği düzende, iç hukukta korunması asıldır. Uluslararası koruma, tali niteliktedir. Bu nedenle, bireyin sözleşmenin öngördüğü güvenceden yararlanabilmesi için, iç hukuk yollarını tüketmesi gerekecektir. Sözleşmenin öngördüğü koruma, tamamlayıcı bir korumadır. Bireysel başvuru hakkı, sözleşme ile getirilen denetim sisteminin en önemli parçasıdır.

Sözleşmenin bir diğer güvencesi ise ortaklaşa güvence olan devlet başvurusu mekanizmasıdır. Yani sözleşme ile güvence altına alınan hak ve hürriyetlerin korunmasından, her sözleşmeci devletin tek tek sorumlu olması anlaşılmalıdır.

²⁵⁴ Üzeltürk, s.238.

²⁵⁵ Üzeltürk, s.243.

²⁵⁶ Gözübüyük (2005), s.491.

Sözleşme ile bir Avrupa kamu düzeni oluşturulmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin getirdiği güvence sistemi devletlerin öznel haklarına ya da karşılıklılık ilkesine dayanmaz.²⁵⁷

B- AİHS 8. Madde 2. Fıkra Çerçevesinde Konut Dokunulmazlığı Hakkının Sınırları

AİHS m. 8/2 fıkrasında konut dokunulmazlığı hakkının sınırları ve onların güvencelerinden bahsedilmiştir. Bu hakka yapılan müdahalenin, yasal olarak, meşru amaçlar doğrultusunda ve demokratik bir toplumda yapılmasının zorunlu olması gerekmektedir. Bu konuyu yukarıda hakkın güvencesi olarak incelemiştik. Burada ise, konut hakkına ne tür müdahalelerin yani sınırlamaların yapılacağı konusu, kasıtlı saldırılar, arama ve el koyma, kamulaştırma ve dönüşün engellenmesi, terör ve vergi suçları, imar uygulamaları, gürültü ve çevre kirliliği adı altında incelenecektir.

1. Kasıtlı Saldırıları

Devlet tarafından konuta kasıtlı olarak saldırılması, örneğin devlet veya temsilcileri tarafından köy ve evlerinin yakılması ve bu nedenle kişilerin başka yerlere taşınmaya zorlanması konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali sayılmakla birlikte AİHM'nin kararları da bu yöndedir.²⁵⁸

Konuta saygı gösterilmesi hakkı konusunda devletlerin negatif (müdahale etmeme) yükümlülükleri olduğu gibi, pozitif yükümlülükleri de vardır. Devlet, özel kişilerden bu hakkın ihlaline yönelik saldırılara karşı koruyucu tedbirleri alacaktır.

2. Kamulaştırma ve Dönüşün Engellenmesi

AİHS, oturulmakta olan evin kamulaştırılmasını konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahale olarak nitelendirmekte ise de bu müdahalenin hukuka aykırı olup olmadığı 8. maddenin 2. fıkrasındaki ölçülere göre değerlendirilecektir²⁵⁹. Şunu da belirtmek gerekir ki, kamulaştırma konusunda

²⁵⁷ Gözübüyük (2005), s.492.

²⁵⁸ Akdivar ve diğerleri-Türkiye Davası, 1 Nisan 1998 tarihli karar; Yargı Mevzuatı Bülteni, 11.11.1998, S-64.

²⁵⁹ Gözübüyük - Gölcüklü (2007), s.340.

devletlere sosyal, siyasi ve ekonomik nedenlerle geniş bir takdir hakkı tanınmıştır.²⁶⁰

3. Arama ve El Koyma

Konutun aranması ve konuttaki eşyalara el konulması da müdahale hallerinden biridir. AİHS, yapılan müdahalenin 8/2. fıkraya göre uygunluğunu denetler. Devletçe yapılacak aramanın kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda devletin durumun gerektiği yeterlikte ve etkin koruma sistemi sağlaması, aramayı haklı gösterecek yeterli şüphenin bulunup bulunmadığı ve orantılılık ilkesini AİHS inceleme konusu yapmaktadır.

Arama ve el koyma karşısında devletçe gerekli yasal düzenlemenin yapılarak konuta saygı gösterilmesi hakkının güvenceye alınması gerekmektedir.

Bazen mahkemeden arama yapılmadan önce gerekli karar alınmasına rağmen yine de 8. maddenin ihlali söz konusu olabilir. Bu husus orantılılık ilkesinin ihlal edildiği durumlarda olur.

4. Terör Suçları

Terör suçları nedeniyle yapılan soruşturmalarda “makul şüphe” kavramı karşımıza çıkar. Bir devletin özellikle terör örgütlerinin yarattığı tehlikeden vatandaşlarını ve kurumlarını koruma yönündeki sorumluluğunu ve terör suçları nedeniyle şüpheli görülenlerin tutuklanıp gözaltına alınmasına ilişkin özel zorluklar değerlendirilmektedir.²⁶¹ Bu makul şüphe ve değerlendirme sonucu tehlike arz eden terör suçu nedeni ile konuta saygı hakkına müdahale edilebileceği anlaşılmaktadır.

5. Vergi Suçları

²⁶⁰ Kilkelly, s.56.

²⁶¹ Kaya, Mine, “AİHS’de Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı”, www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm24k, E.T. 31.12.2007.

Konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahalenin uygun görülebileceği bir başka konu da vergi kaçırılması ve yurtdışına sermaye kaçışının önlenmesi durumudur. AİHM, ulusal sınırların kolayca aşılabilmesi, finanssal konuların çok uluslu boyutu ve diğer zorlukları nedeniyle kambiyo denetimi suçlarında kanıt toplanması amacıyla konutun aranması ve el koymanın gerekli olabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu konudaki yasal düzenlemelerin uygun ve yeterli teminatları içermesi gerekir.²⁶²

6. İmar Uygulamaları

İmar uygulamaları konusunda devletlere geniş takdir hakkı tanınmasına rağmen 8. maddenin ihlali mümkündür. İmar planlarına ilişkin kararların içeriğini değerlendirmek AİHM'nin görevi olmadığı ve devletlere bu konuda geniş takdir hakkı tanınması Buckley-Birleşik Krallık davasında irdelenmiştir.²⁶³

7. Gürültü ve Çevre Kirliliği

Gürültü ve çevre kirliliği nedeniyle konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali mümkündür. AİHM, çevre kirliliği yanında sağlığı tehdit eden risklerin bulunması durumunda bu risklerden etkilenebilecek kimselere bu riskler konusunda bilgi verilmemesini bile konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali saymıştır.²⁶⁴

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Konut

Dokunulmazlığının Sınırları ve Güvenceleri

AİHM'ne yapılan bir şikâyetin, AİHS'nin 8'inci maddesinin korumasına tâbi olması için, söz konusu hükümde korunan kişisel haklardan

²⁶² Kaya, s. 12.

²⁶³ Kaya, s.16.

²⁶⁴ Kaya, s.13.

birini veya birden fazlasını ilgilendirmesi gerekir.²⁶⁵ 8’inci maddenin asıl amacı “bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak” olmasına rağmen AİHM, bu maddenin içindeki değerlere etkili bir biçimde saygı gösterilmesinin tabiatında yatan pozitif yükümlülükler de olabileceğini belirtmiştir.²⁶⁶ AİHS, bazı şartlar altında devletin bireylere 8’inci maddenin öngördüğü hakları sağlamak için bazı önlemler almasını, ayrıca bir özel kişinin bir başkasının haklarını etkin biçimde kullanmasını önleyecek faaliyetlerine karşı koruma sağlamasını şart koşabilir.²⁶⁷ Bir başka deyişle AİHS, devletlere sadece, “müdahale etmeme” görevini yüklememiş, bunun yanında maddede düzenlenen hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına imkân verecek tedbirleri alma yönünde “pozitif” bir yükümlülük de yüklemiştir.²⁶⁸

AİHM’ye göre pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için, toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında adil bir dengeyi kurulum kurulmadığına bakılmalıdır.²⁶⁹

8. maddede düzenlenen haklar konusunda konutla ilgili olarak AİHM; Akdivar ve Diğerleri-Türkiye²⁷⁰ davasında güvenlik güçlerinin, davacıların evlerinin yakılmasından ve evlerinin kaybı nedeniyle köylerini terk edip başka yere taşınmak zorunda kalmalarından sorumlu olduğuna karar vermiştir. Evlerin ve içindekilerin kasıtlı olarak yakılmasının, 8’inci madde kapsamında aile hayatına ve konutuna saygı gösterilmesi hakkına ciddi bir müdahale oluşturduğu konusunda herhangi bir şüphe olmadığı ve devlet tarafından bu müdahaleler konusunda herhangi bir açıklama getirilmediği gerekçesiyle, 8’inci maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.²⁷¹

²⁶⁵ Kilkelly, s.9.

²⁶⁶ Kroon-Hollanda Davası, 27 Ekim 1994 tarihli karar; Tezcan, - Erdem - Sancaktar, s.281.

²⁶⁷ Kilkelly, s.20.

²⁶⁸ Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara 2001, s.212.

²⁶⁹ Özdemir, s.10.

²⁷⁰ Akdivar ve Ors-Türkiye Davası, 16 Eylül 1996 tarihli karar; Özdemir, s.25.

AİHM, Selçuk ve Asker- Türkiye davasında, güvenlik güçlerinin başvuru sahiplerinin evlerini ve eşyalarını, bayan Selçuk'un ortağı bulunduğu değirmeni onları köyü terke zorlamak için kasten tahrik ettiğinin sabit olduğunu anımsatmış ve mahkeme, bu eylemlerin başvuru sahibinin özel ve aile yaşamına ve konutuna saygı haklarına müdahale olduğunu belirtmiştir. Yine Bilgin davasında da mahkeme güvenlik güçleri tarafından yapılan müdahaleyi “ağır ve haksız” bularak aynı gerekçelerle madde 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁷²

Konutla ilgili olarak belirtilmesi gereken diğer bir husus ise bu hakkın, devlete özel kişilerden gelebilecek tecavüzleri önleme mükellefiyeti de yüklediğidir, mahkeme bunu da çeşitli kararlarında belirtmiştir.²⁷³

AİHM, terörizmin, demokrasi için bir tehdit oluşturduğunu, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasının da, millî güvenlik, kamu düzeni ve suçların önlenmesi amacıyla bu maddede öngörülen hakların sınırlandırılmasına imkân tanıdığını açıklamıştır. Mahkemeye göre; günümüzde demokratik toplumlar, çok karmaşık biçimlerde casusluk ve terörizmle tehdit edilmektedir. Devletin bu tehditlere karşı etkili bir biçimde mücadele edebilmesi için, yıkıcı faaliyet içinde yer alanları gizlice gözetlemek yetkisine sahip olması zorunludur. Bununla birlikte; devlet, casusluk ve terörizmle mücadele gerekçesiyle uygun bulacağı her tedbiri alıp uygulayamaz. Ancak bu uygulamalara, demokratik bir toplumda gerektiği ölçüde başvurulmasına titizlikle dikkat edilmelidir. Hangi gözlem biçimi seçilmiş olursa olsun, mutlaka kötü kullanıma karşı güvenceler belirlenmiş olmalıdır. Dolayısıyla Sözleşmenin 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasıyla

²⁷¹ Kilkelly, s.55, Bunun yanında Menteş ve Ötekiler - Türkiye, Selçuk ve Asker - Türkiye, Gündem ve Bilgin Türkiye davalarında da AİHM, evlerin, eşyaların ve malların tahrip edilmesini mülkiyet hakkının çiğnenmesinin yanında aynı zamanda konut dokunulmazlığının ihlali olarak kabul etmiştir. - Akıllıoğlu, Tekin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü Başvuru Bilgileri, Ankara 2002. s.29.

²⁷² Üzeltürk, s.251.

²⁷³ Velosa Barreta - Portekiz Davası, 21 Kasım 1995 tarihli karar, Camenzind-İsviçre Davası, 16 Aralık 1997 tarihli karar, Velosa Barreta - Portekiz Davası, 21 Kasım 1995 tarihli karar; Gölcüklü - Gözübüyük (2007), s.341.

getirilen sınırlamanın “dar” yorumlanması gerekir. Vatandaşları gizlice gözleyebilme yetkisi, polis devletine has bir özellik olup, Sözleşmeye göre ancak “demokratik kurumların korunması amacıyla” hoş görülebilir.²⁷⁴

Miailhe-Fransa²⁷⁵ davasında ise AİHM, başka konularda da devletin konutu arama veya el koyma gibi önlemler alması gerekebileceğini belirtmiştir. Özellikle yurt dışına sermaye kaçışını ve vergi kaçırılmasını önlemek için devletin, bankacılık sisteminin ve finanssal kanalların boyutu ve karmaşıklığı nedeniyle ve ulusal sınırların göreceli olarak kolay aşılmasından dolayı daha da kolaylaşan uluslararası yatırım yapma uygulamalarının geniş kapsamı nedeniyle ciddî zorluklarla karşılaştığına dikkat çekilmiştir. AİHM bu nedenle, devletin kambiyo denetimi suçları için fiziksel kanıt toplamak amacıyla evleri araması ve bazı şeylere el koyması gerekebileceğini ve gerekirse sorumlular aleyhine dava açabileceğini kabul etmiştir.

Konut dokunulmazlığına bir müdahale olarak kabul edilen arama ve el koyma konularına da AİHM değişik kararlarında yer vermiştir. Mahkemeye göre, AİHS’ne taraf devletlerin bazı suçlar hakkında fiziksel delil bulmak için konutların aranması ve mallara el konması gibi önlemlere başvurusu 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 sağladığı konusunda tatmin olmayı da aramaktadır. AİHM’nin içtihatları, aramaların “yasal” olması ile “keyfiliğe ve istismara karşı usul açısından yeterli mekanizmalara sahip” olması şartlarına

²⁷⁴ Beşe, Ertan, Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Ankara 2002, s.23; Özdemir, s.16.

²⁷⁵ Miailhe-Fransa Davası, 25 Temmuz 1993 tarihli karar; Benzer davalar için bkz. aynı Fransız İçtihat Hukuku konularını ele alan Funke-Fransa Davası, 25 Şubat 1993 tarihli karar ve Cremieux-Fransa Davası, 25 Şubat 1993 tarihli karar; Özdemir, s.14.

odaklanmıştır. Bu itibarla, taraf devletler belirtilen konuda takdir hakkına sahip olmasına rağmen, ulusal kanunların yetkililere mahkemeden alınmış arama kararı olmadan arama emri verme ve arama yapma izni verdiği durumlarda, mahkemeler özellikle titiz davranmalıdır.²⁷⁶

AİHM'ye göre bireyler, 8'inci maddede teminat altına alınan haklar konusunda yetkililerin keyfi müdahalesine karşı korunacaksa; bu tür yetkiler konusunda çok sıkı sınırlardan oluşan bir çerçeve olmalıdır. İkinci olarak, mahkeme her bir davada geçerli olan özel şartlara bakarak, söz konusu davada ele alınan müdahalenin hedeflenen amaca uygun olup olmadığını değerlendirmelidir.²⁷⁷

AİHM, avukata ait mekanın bir suçla ilgili davada kullanılmak üzere belge bulmak 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.²⁷⁸

SONUÇ

Kişilerin konut dokunulmazlığı hakkını en iyi koruyacak yol, hiç şüphesiz ki hukuktur. Bu nedenle ilk olarak anayasalar sonra da uluslararası hukukta, belgelerde özel hayatın gizliliği çerçevesinde özel hayatın önemli bir parçası olan konut dokunulmazlığı hakkını korumuştur. Bu çerçevede korunan hak, ceza hukukumuz bakımından da hakkın ihlalinin yaptırımına bağlamıştır.

²⁷⁶ Funke-Fransa Davası, 25 Şubat 1993 tarihli karar; Kilkelly, s.57.

²⁷⁷ Kilkelly, s.58.

²⁷⁸ Niemietz-Almanya Davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar; Kilkelly, s.60.

İnsan hakları ihlallerinin yaşanmaması ve var olan ihlallerin mümkünse son bulması, konuyla ilgili yasal düzenlemelerin ele alınması ve bu alanda gerekli değişikliklerin yapılması gerekli olup, bu konuda ülkemizde son zamanlarda önemli gelişmeler olmuştur. Bu amaçla anayasamız ve ceza kanunlarımızda önemli değişiklikler yapılmıştır.

AİHS ile güvene altına alınan yaşam hakkı, ifade özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı hakkı gibi pek çok konuda ulusal hukukumuzda mevzuat düzeyinde ve uygulamada sözleşme ile uyumsuzlukların giderilmesi için çalışmalar devam etmektedir.

Bireylerin yaşamsal faaliyetlerini sürdürdüğü yer olan, özel hayatın geçirildiği konuta ve bu hakka ilişkin 1982 Anayasası 21. maddesi, 2001 değişikliğinde AİHS ile paralellik göstermiştir. Burada karşımıza çıkan bir diğer durumda, 2001 değişiklikleri ile temel hak ve hürriyetler genel rejiminde ve konut dokunulmazlığı hakkı alanında yaşanan bu yeni gelişme ile uygulamadaki en büyük garanti Anayasa Mahkemesinin uygulamasıdır. Temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin başlıca yöntemler; yürütmenin yargısal denetimi, yasama işlemlerinin yargısal denetimi, bağımsız idari kurumlar aracılığıyla koruma, insan hakları örgütlerinin girişimleri ve uluslararası sözleşmelerle getirilen koruma mekanizmalarından oluşmaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin korunması ulusal ve uluslararası seviyede gerçekleşmektedir. Temel hak ve hürriyetlerde en etkili koruma ve uygulama aracı anayasa yargısıdır.

AİHS'nin 8. maddesi ile konut dokunulmazlığı hakkı için öngörülen haklar asgari olup, sözleşmeye üye ülkeler bu haklardan daha fazlasını içeren yasal düzenlemeler yapabilirler.

İnsan haklarına saygı gösterilmesi ve AB'ye uyum sürecinde, AİHM'nin hükümleri ile içtihatları önemli bir yol gösterici olmaktadır. AİHS'ne taraf olmakla birlikte sözleşme hükümleri ve yargı yetkisini kabul ettiğimiz AİHM'nin içtihatlarının uygulanması konusunda yargıya büyük görevler

düşmektedir. Demokratik bir toplumun temel değerleri içinde kişilerin korunmasına yönelik olarak belli bir kalıp ve yükümlülükler içeren AİHS’de güvenceye alınan haklar, taraf ülkelerde doğrudan uygulanma hakkı elde etmiştir.

İç hukukumuzda konut dokunulmazlığı hakkına ilişkin temel sorun yasalaşma sürecinin ya da başka bir ifade ile hakkın yapılanma sürecinin tamamlanmasıdır. Bu konuda özellikle TCK ve CMK’da yeni yapılanmalar olmuştur. AİHS’ne uyum açısından, ülkemize ilişkin sorun olabilecek alanlardan telefonların dinlenmesi, mahpusların haberleşmesine müdahale ve arama ve el koymaya ilişkin düzenlemelerdir. Özellikle konumuzu oluşturan, konut dokunulmazlığına ilişkin AİHM’deki davaların çokluğu dikkat çekicidir. Bu alanlarda yasal düzenlemeler yapılırken anayasaya ve AİHM içtihatlarına uyumun sağlanması gerekmektedir.

İnsan hakları ve özgürlükleri her geçen gün daha da genişlemektedir. Bütün dünyada haklar ve özgürlükler vazgeçilmez değerler olarak kabul edilmektedir. Avrupa hukuk sisteminde yer almak isteyen bütün ülkeler bu kuralları kabul etmek zorundadırlar; ülkemiz de sözleşmeyi kabul etmekle uygulama konusunda yükümlülük altına girmiştir. Ülkemizde bu uyuma yönelik çalışmalar yapılmakla birlikte bunların anayasamız ve ceza kanunlarımızda yer alması yeterli olmayıp, asıl önemlisi bu yasal düzenlemelerin uygulanması ve hayata geçirilmesidir.

İnsan haklarına uyumun azami düzeyde gerçekleşmesiyle, insanların ve bu arada toplumun ve devletin gelişmişlik düzeyi artacak, bunun sonucunda da daha özgür bir toplum yapısına kavuşmuş olacaktır. Bu amaca ulaşmada yargı kararları da en önemli araç durumundadır.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G. - Akıntürk, Turgut : Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, C-I.

Aldıkaçtı, Orhan : Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 61 Anayasası, İstanbul 1982.

Araslı, Oya : Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1979.

Armağan, Servet : Temel Haklar ve Ödevler, İstanbul 1980.

Arsel İlhan : Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1965.

Atar, Yavuz : “Demokratikleşme Kriterleri Açısından Türkiye’nin Anayasal-Siyasal Sisteme Bakışlar: Demokrasi, İnsan Hakları, Hukukun Üstünlüğü”, Demokrasi Platformu Dergisi, Y-1, S-2.

Atar, Yavuz : Türk Anayasa Hukuku, Konya 2005.

Atar, Yavuz : Türk Anayasa Hukuku, Konya 2007.

Bakıcı, Sedat : Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara 2000.

Başlar Kemal : “Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma”, Demokrasi Platformu Dergisi, Hukuk Devleti ve Yargıda Reform, Bahar 2005, S – 2.

Başlar, Kemal: Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2008.

Centel, Nur – Zafer, Hamide : Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008.

Çakır, Mustafa : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Diğer Uluslararası Normlarla İlişkisi”, Sudre, F., Droit International et European des Droits de l’homme, Fevrier, 1995, KÜHFD, Y- 2, S-2.

Çalışkan, Bilal : “İnsan Hakları Soruşturmalarında Cumhuriyet Savcılarımızın Dikkat Edecekleri Hususlar ve Hak Arama Hakkı”, Adalet Dergisi, Ocak 2004, S-18.

Çınar, Ali Rıza : Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları, Ankara 1999.

Düzgün, Nuri - Elmacı, Şerafettin : 5237 Sayılı TCK’na Göre Olası Kast - Bilinçli Taksir Ve Taksirle İşlenen Suçlar, Ankara 2007.

Erdoğan, Mustafa : “Anayasa Değişiklikleri Ne getiriyor?”, www.liberal-dt.org.tr, E. T. 23.03.2008.

Erem, Faruk : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C - III, Ankara 1985.

Erem, Faruk-Toroslu, Nevzat : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1983.

Erol, Haydar : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007.

Erol, Haydar : Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması, Ankara 2006.

Eryılmaz, M. Bedri : Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003.

Fişne, Mustafa : “Avrupa Birliği’nin Doğuşu ve Gelişimi”, Avrupa Birliği Ortak Politikaları ve Türkiye, İstanbul 2003.

Gedik, Doğan : “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Basit El Koyma”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y- 2, S - 6, Şubat 2007.

Gökçen, Ahmet : “Hürriyete Karşı Suçlar”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc.

Gören, Zafer : Anayasa Hukuku, Ankara 2006.

- Gören, Zafer : Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1997.
- Gören, Zafer : TBMM Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu (22-24 Nisan 2003), No.1, Ankara 2003.
- Gözler, Kemal : Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000.
- Gözlügül, S. Vakkas : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzun Etkisi, Ankara 2002.
- Gözübüyük A. - Gölcüklü Feyyaz : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2007.
- Gözübüyük A. Şeref - Gölcüklü A. Feyyaz : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2003.
- Gözübüyük A. Şeref - Gölcüklü A. Feyyaz : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002.
- Gözübüyük, A. Şeref, - Tan, Turgut : İdare Hukuku - Genel Esaslar, C-I, Ankara 1998.
- Gözübüyük, A. Şeref : Hukuka Giriş, Ankara 2004.
- Gözübüyük, A. Şeref : Yönetim Hukuku, Ankara 2005.
- Hakeri, Hakan : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- İzgi, Ömer - Gören, Zafer : T.C. Anayasasının Yorumu, C - I, Ankara 2002.
- Kaboğlu İbrahim : Kolektif Özgürlükler, İzmir 1989.
- Kaboğlu, İbrahim : Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.
- Kaboğlu, İbrahim : Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı), Ankara 2002.
- Kaboğlu, İbrahim : Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1999.

Kapani, Munci : Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993.

Kaya, Mine : “AİHS’de Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı”, www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm24k, E.T. 31.12.2007.

Kılıçoğlu, Ahmet : Medeni Hukuk, Ankara 2004.

Kilkelly, Ursula : Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı-AİHS’nin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, Avrupa Konseyi- Strazburg, 2001.

Koparan, Reşat : “Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Seminer Çalışması, Kayseri 2006, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/193.doc. E.T. 12.03.2008.

Kunter, Nurullah - Yenisey, Feridun : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2000.

Okuyucu, Güneş : Türk Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003.

Önder, Ayhan : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994.

Özbek, Veli Özer - Bacaksız, Pınar : “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl-1, S- 1, Ekim 2006.

Özcan, Mehmet - Ercüment, Tezcan - Yonar, Özlem : “Avrupa Birliğinde İnsan Haklarının Gelişimi”, Avrupa Birliği Ortak Politikaları ve Türkiye, İstanbul 2003.

Özdemir, Kenan : “Türk Hukukunda ve AİHS ile AİHM kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Adalet Dergisi, S-23.

Özgenç, İzzet : Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006.

Öztürk, Bahri - Erdem, M. Ruhan : Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer : Türk Ceza Kanunu Yorumu, C - I, Ankara 2007.

Sağlam, Fazıl : Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.

Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık : Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1998.

Sezer, A. Necdet : Anayasa Mahkemesi Başkanı Açış Konuşması, “1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat”, www.mevzuatdergisi.com, E.T. 09.03.2008.

Soyaslan, Doğan : Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005.

Şen, Ersan : Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996.

Şensoy, Naci : “Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürmü”, İÜHFİM, Y - 1945, S - 3-4.

Şimşek, Orhan : “Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1998.

Tanör Bülent – Yüzbaşıoğlu Nemci : 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001.

Tezcan Durmuş – Erdem M. Ruhan - Sancaktar Oğuz : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004.

Tezcan Durmuş - Erdem M.Ruhan – Önok R.Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2008.

Türk Dil Kurumu : www.tdk.gov.tr/TR/Arama.aspx?, E.T. 20.03.2008.

T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı : Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Ankara 2007.

Ümit, Ceyda : “Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeninde Temel Hakların Gelişimi”, Adalet Dergisi, S- 29, Eylül 2007.

Ünal, Şeref : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara 2001.

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

Yalvaç Gürsel : Karşılaştırmalı - Gerekçeli - İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008.

Yaşar, Osman : Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, Ankara 2001.

Yurtcan, Erdener : Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2007.

Yüzbaşıoğlu, Necmi : Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2003.