

ABD FEDERAL MAHKEMELERİNİN SINIRLARDA BİLGİSAYAR ARAMALARINA İLİŞKİN KARARLARI VE DEĞERLENDİRMELER*

AN ANALYSIS ON CASES OF FEDEREL COURTS REGARDING COMPUTER SEARCHES AT THE BORDERS IN THE UNITED STATES

İlyas ŞAHİN**

Özet: ABD Anayasası arama, elkoyma ve yakalama işlemlerine karşı kişilere güvenceler sağlar. Madde genel olarak devlet görevlilerinin yerine getireceği bu işlemler için, hakimden karar alınmasını, kararın da hem bir makul sebebe dayanmasını hem de yapılacak işlemlerin kapsamını belirginleştirmesini; ayrıca bu işlemlerin makul olarak yürütülmesini öngörmektedir.

Ek 4. maddenin aradığı karar zorunluluğuna Yüksek Mahkeme kararları ile istisnalar getirilmiştir. Sınır aramaları da bunlardan olup kural olarak hakim kararı gerekmez. Bir şüphe olmasa da rutin aramalar yapılabilir. Ancak rutini aşan aramalar için makul şüphe gerekir.

Sınırlarda bütün bagaj eşyası rutin aramaya tabi olduğu gibi dizüstü bilgisayarlar ve elektronik cihazların aranması da aynı kurallara tabidir. Federal mahkemelerin kararlarına göre bu aramalar için hakim kararı gerekmez. Hiç şüphe olmasa da arama yapılabilir, alıkonulabilir, kopyalama yapılabilir. Bu konuya ilişkin doğrudan bir yasal düzenleme yoktur.

Yasal düzenlemelere görülen zaruret nedeniyle Kongre'ye sunulan ve sınırlarda bilgisayar aramalarının kapsamı ve yöntemlerini konu alan tasarıların amacı, bu aramaları daha objektif hale getirmek ve kişilerin bilgilerinin keyfi olarak kopyalanmasını önlemek ve alınan bilgilerin yargılamada kullanılma şeklini ve imha usullerini belirlemektir.

Anahtar Sözcükler: ABD hukuku, ek 4. madde, sınır aramaları, bilgisayar, rutin arama, makul sebep, makul şüphe, elkoyma, gizlilik hakkı.

* Bu makale TÜBİTAK desteği ile University of Iowa'da yapılan çalışmalar sırasında hazırlanmıştır.

** Dr., Yargıtay 4. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi.

Abstract: The U.S. Constitution provides many fundamental guarantees of individual liberty by protecting the people against unreasonable searches and seizures. The Fourth Amendment imposes obtaining warrant, relying on probable cause, and describing particularly the place to be searched, and the persons or things to be seized. It also provides a general standard that all searches and seizures must be reasonable.

There are some exceptions to the warrant requirement, which have been established by the Supreme Court. Border search is one of them. At the borders as a principle, officers may conduct routine stops and searches without a warrant, probable cause, or reasonable suspicion or even an articulable suspicion.

All luggage searches at the borders are made as a routine search. Computers are also searched under the same rules. According to federal circuits' decisions computer searches can be made without warrant, and reasonable suspicion. There is no act regulating searches of electronic equipments. The purpose of a few proposed legislation at the Congress, involving computer searches is to keep the searches objective and prevent improper use of searched materials.

Keywords: Fourth Amendment, border search, routine search, computer search, probable cause, reasonable suspicion.

GİRİŞ

Devletlerin, egemenlik hakkının gereği olarak sınırlarını, ülkesini ve insanlarını korumak amacıyla sınırlardan giren herkesin durdurulmasına, üzerlerinin ve eşyalarının aranmasına ilişkin düzenlemeler yapma yetkisi vardır. Sınırların kontrol altında tutmak, kaçak girişleri ve sınırlar üzerinden gelecek ülke insanına zararlı şeyleri önlemek amacıyla denetimler yapılır. Bu denetimlerde, arama, elkoyma ve gerektiğinde kişilerin makul bir süre alıkonulması, ülkeye kabul edilmesi uygun görülmeyen kişilerin geri gönderilmesi gibi önlemlere başvurulmaktadır. Bu konuda getirilen sınırlama ve kısıtlamalar çok çeşitli milli yarar ve endişelerin karşılanmasına dayanmaktadır.

Sınır aramaları karar zorunluluğunun istisnasını oluşturduğundan hakim kararı aranmaz. Bir şüphe olmasa da rutin aramalar yapılabilir, bir sebep göstermek gerekmez. Eşya, çanta ve valizlerin tümü rutin aramaya tabidir. Rutin arama kapsamında bilgisayar ve elektronik cihazların da aranması mümkündür. Halen mevcut uygulama-

ya ve federal temyiz mahkemelerinin kararlarına göre bunlar eşyadan farklı değerlendirilmez. Kongre'de bulunan bir kanun tasarısı [S 3612], bilgisayar ve elektronik cihazlarla ilgili sınırlarda yürütülmekte olan arama ve elkoyma yöntemlerini özetleyerek bazı tespitlerde bulunmuştur: Sınırlarda ve uluslararası havaalanlarında gümrük görevlilerinin yaptığı aramalar bakımından dizüstü bilgisayarlar ve elektronik cihazlar konusunda diğer çanta, bagaj eşyası ve kapalı kutuların aranmasından farklı yaklaşım gösterilmediği, sıradan bir eşya gibi kabul edilmektedir.¹

Aynı tasarımın tespitler bölümünde tüm vatandaşların ve ABD'de oturma hakkı olanların dizüstü bilgisayarlarında, cep telefonları ve elde taşıdıkları cihazları ile elektronik ekipmanları üzerinde makul gizlilik beklentisi hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır.²

Bu çalışmada yalnızca federal temyiz mahkemelerinden verilen bilgisayar aramalarına ilişkin kararlar irdelenmiş ve değerlendirmeler yapılmıştır. Sınır aramalarının hukuki durumu ise başka bir çalışmada detaylı olarak ele alınmıştır. Bilgisayarın aranması ve alıkonulması da sınır aramalarına ilişkin genel kurallara paralel olduğundan sınır aramalarına dair genel hükümler de özet olarak açıklanmıştır.

Mahkeme kararlarına yönelik tepki ve eleştirilere kısaca değinilmiş ve bu eleştirileri karşılamaya elverişli olan sınırlarda bilgisayar ve elektronik cihazların aranmasına ilişkin yasa çalışmalarına da yer verilmiştir.

I. SINIR ARAMALARINA İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER

A. Karar Zorunluluğunun İstisnası Olarak Sınır Aramaları

Anayasa'nın Ek 4. maddesi, devlet görevlilerinin yapacağı arama, elkoyma ve yakalama faaliyetlerine karşı kişilere bazı güvenceler öngörmektedir. Madde, bu işlemlerin ancak hakim kararı ile yapılabilmesini; kararın da hem bir makul sebebe dayanmasını, hem de yapı-

¹ S.3612, Section (2/2) (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>)

² S.3612, Section (2/1)

lacak işlemlerin kapsamını belirginleştirmesini zorunlu tutmaktadır. Ayrıca bu işlemlerin görevlilerce makul ölçülerde yürütülmesini öngörmektedir. Ek 4. maddenin öngördüğü karar zorunluluğuna Yüksek Mahkeme kararları ile bazı istisnalar getirilmiş olup sınır aramaları da bu istisnalardandır.

Yüksek Mahkeme'nin kararları ile şekillenen Ek 4. madde analizine göre bazı hallerde karar zorunluluğu aranmaz. İstisna olarak kabul edilen bu haller dışında hakim kararı olmadan yapılan aramalar anayasaya aykırıdır.

Doktrinde farklı şekillerde tasnif edilmekle birlikte genellikle kabul gören karar zorunluluğu istisnaları şunlardır: (a) Olağanüstü şartlar istisnası, (b) Polisin durdurma ve arama yetkisi olan haller, (c) İdari ve düzenleyici nitelikte arama ve güvenlik kontrolleri, (d) Geçerli bir yakalama işlemine dayanan arama, (e) Rızaya dayalı işlemler, (f) Açık ve görülebilir alanlar doktrini (Plain view doctrine), (h) Otomobil aramaları istisnası.³

Yüksek Mahkeme, adli kolluk birimlerince yürütülen soruşturma öncelikli ve delil toplama amaçlı arama işlemlerinde Ek 4. maddenin hem birinci cümlesini, hem de makul olma standardını düzenleyen ikinci cümlesini uygulamakta iken, idari ve düzenleyici nitelikte denetlemeler başta olmak üzere bir çok arama çeşitleri bakımından karar zorunluluğunu aramamaktadır.⁴ İdari arama ve kontroller, asıl olarak güvenlik amacıyla yapılır. Ancak bu denetimlerde kaçak bir madde ya da bir suç delili ortaya çıktığında yasal işlemler yapılmaktadır. Havaalanlarında, sınırlarda ve belirlenmiş bazı kontrol noktalarında yapılan aramalar, hükümlülerin ve şartlı salıverilenlerin takibi amacıyla yapılan genel kontroller buna örnek gösterilmektedir.⁵

³ ABD hukukunda karar zorunluluğu ve istisnalarına ilişkin bilgiler için, İlyas Şahin, "ABD Hukukunda Mahkeme Kararları Işığında Havaalanlarında Yapılan Aramaların Hukuki Durumu ve Son Gelişmeler", *KHUKA*, Yıl. 11, S.2. Eylül 2008 (2010) s. 115-147.

⁴ Stephen A. Saltzburg / Daniel J. Capra / Angela J. Davis, *Basic Criminal Procedure*, 4th Edition, Thomson-West 2005, s. 251.

⁵ Robert M. Bloom / Mark S. Brodin, *Criminal Procedure*, Aspen Publishers, Fourth Edition, 2004, s.105; James F. Anderson / Bankole Thompson, *American Criminal Procedure*, 2007, s. 141; Steven L. Emanuel, *Criminal Procedure*, 27th Edition, 2007, s. 152; Jerold H. Israel / Wayne R. Lafave, *Criminal Procedure*, Constitutional Limita-

Sonuç olarak, hakim kararı olmadan arama, elkoyma ve yakalama işlemleri yasaklanmış olmasına rağmen, sınırlarda yapılan aramalar bunun dışındadır.⁶ Yüksek Mahkeme içtihatları sınırlar bakımından hem karar zorunluluğuna istisna getirmiş, hem de şüphe olmadan rutin arama yapılabileceğine hükmetmiştir.⁷ Sınırları korunmasına ilişkin yararlar karşısında sınırlardan geçenlerin gizlilik yararları kısıtlanmış ve daraltılmıştır. Sınırlarda yapılan rutin aramalar bu nedenle makul sayılmaktadır.⁸

B. Sınır Aramaları Doktrini ve Aramaların Kapsamı

1. Sınır Aramaları Doktrini

Gümrükle ilgili kanunlar sınırlarda kaçak eşya araştırmak ve gümrük tarifelerini ödemeye zorlamak için bagajlarda arama yapmaya izin vermektedir. Bu çerçevede yolculardan bagaj eşyalarını açmaları, paket, cüzdan, el çantası ve buna benzer şeyleri boşaltmaları istenebilir.⁹ Federal gümrük görevlileri, karar olmadan rutin aramalar yapmaya yetkilidirler, ülkeye girenlerin üzerlerini ve bagaj eşyasını arayabilir ve yanlarında getirdikleri yasal olmayan şeylere el koyabilir. Bu durum sınırı yürüterek, araçla, tren ya da uçakla geçenlerin hepsi bakımından geçerlidir.¹⁰ Aramalar ülkeye girenlerin yanlarında kaçak eşya, gümrük işlemine tabi olup da beyan edilmemiş mallar olmadı-

tions, 6th Ed. 2001, s.134.

⁶ [U.S. v. Irving, 452 F.3d 110 (2d Cir. 2006); U.S. v. Romm, 455 F.3d 990, 996 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Clifford S. Fishman / Anne T. McKenna, Wiretapping § Eavesdropping: Surveillance In The Internet Age, § 23:19, Online Westlaw.

⁷ [United States v. Martinez-Fuerte, 428 U.S. 543, 561 (1976)] Andrew E. Taslitz / Margaret L. Paris / Lenese C. Herbert, *Constitutional Criminal Procedure*, Professor Review Copy Not For Sale, Foundation Press, 3rd Ed. 2007 Ed., s. 424; Newton, s. 91.

⁸ Saltzburg / Capra / Davis, s. 282.

⁹ [19 USCS § 1496] Daniel B. Blinka, "Screening Passengers And Property", In: *Electronic Surveillance, Commentaries And Statutes*, The Practice Commentaries Series, NITA (The National Institute for Trial Advocacy), 2003-2004 Edition, s.13.

¹⁰ [United States v. Cardenas, 9, F 3d. 1139 (5th Cir.1993)] Blinka, "Screening Passengers And Property", s.13; Brent E. Newton, *Practical Criminal Procedure, A Constitutional Manual*, NITA, 2005, s. 91.

ğından, suç unsuru bir nesne ya da tarımsal zararlı, tehlikeli maddeler bulundurmadıklarından emin olmak amacı ile yapılır.¹¹

Karar zorunluluğuna istisna sayılan ve sınırlarda yapılan aramalara ilişkin kurallar “sınır aramaları doktrini” (border search doctrine) olarak bilinir. Sınır aramaları doktrini, asıl olarak sınır çizgileri üzerinde uygulanmakla birlikte tamamen sınır hükmünde olması nedeniyle sınırlara eşdeğer sayılan yerlerde de uygulanır. Yurtdışından yolcuların geldiği uluslararası ulaşımaya açık havaalanları ve limanlar sınıra eşdeğer sayıldıkları için sınır aramaları doktrini geçerlidir. Bu doktrin uyarınca, sınır aramalarında kural olarak hakim kararı gerekmez. Rutin aramalar hiç bir şüphe olmasa da yapılabilir. Rutini aşan aramalar için bir şüphe nedenine dayanmak gerekmektedir. Bir suç işlediği makul şüphesi varsa kişilerin alıkonulması da mümkündür.¹²

Rutin aramalar için karar veya şüphe ya da haklı sebep (probable cause, reasonable suspicion, articulable suspicion) aranmaz.¹³ Ramsey kararında, “sadece bir kişinin veya nesnenin dışardan ülke içine girdiğine dair olguya dayanarak sınır aramalarının yapılabilmesi önceden beri benimsenmiş bir ilkedir. Ayrıca bir makul sebebe dayanmak gibi ek zorunluluk aranmaz.” denilmiştir.¹⁴ Bu tür zorunlulukları şart koşmak bunlarda amaçlanan yararların gerçekleşmesine mani olur. Onun için eşyalara zarar vermemek kaydıyla rutin arama yapılmasına izin verilmiştir.¹⁵

Sınır denetimleri sadece sınırlar üzerinde yapılan aramalara özgü değildir. Sınır noktalarının dışında da geniş bir alanda bu yetkiler kullanılabilir. Sınırlara yakın yollar üzerinde kurulan sabit noktalarda ve gezici devriye tarafından belirli koşullarda kaçak göçmen deneti-

¹¹ Russel L. Weaver / Leslie W. Abramson / John M. Burkoff / Catherine Hancock, Principles of Criminal Procedure, 3rd Edition, 2008, s. 155; Erwin Chemerinsky / Laurie L. Levenson, Criminal Procedure, Investigation, Aspen Publishers, 2008, s.159.

¹² Thomas N. McInnis, The Evolution of the Fourt Amendment, 2009, s. 107.

¹³ [U.S.-U.S. v. Montoya de Hernandez, 473 U.S. 531, 105 S. Ct. 3304, 87 L. Ed. 2d 381 (1985)] [(U.S. v. Smith, 273 F.3d 629 (5th Cir. 2001)] Lease, “Customs Duties”, 25 C.J.S, Searches and Seizures, § 229, Online Westlaw.

¹⁴ Micheal A. Cretacci, Supreme Court Case Briefs in Criminal Procedure, 2008, s. 116.

¹⁵ [U.S. v. Camacho, 368 F.3d 1182 (9th Cir. 2004)] Federal Procedure, Lawyers Edition, § 22:223, West La.

mi için araçlar ve kişiler durdurulup göçmenlik durumu sorgulanabilir. Deniz taşıtlarına yönelik bazı denetimler de sınır aramaları olarak kabul edilmektedir. Karasuları üzerinde ve kıyılara 12 mil uzaklıktaki açık denizlerde deniz taşıtlarında rutin döküman ve güvenlik denetimleri yapılabilir.¹⁶ Ülke içinde de işyerlerinde kaçak göçmen denetimleri yapılmaktadır.

Sınırlara yakın yollardaki sabit kontrol noktalarında ve gezici devriye tarafından yapılan denetimlerin sınırdan çok da uzak olmaması gerekir. Kaçak göçmen geçişini önlemek amacıyla yapılan bu denetimlerde sınır aramaları kuralları aynen uygulanmaz. Bunların kendine özgü kuralları vardır. Ancak bu denetimlerde de bir suçun varlığına ilişkin makul şüphe varsa görevlilerin arama, elkoyma ve yakalama yetkileri doğar.

Sınıra yakın bölgelerde sınır noktalarından uzaklaşmış olsa bile kişinin sınırı geçtiği karinesi varsa sınır araması yapılabilir. Bu yetkilerin kullanılmasını açıklayan doktrine "*genişletilmiş sınır aramaları doktrini*" (*extended border search doctrine*) denilmektedir. Genişletilmiş sınır aramaları doktrini sınır çizgileri üzerindeki denetim noktalarının dışında yerine getirilir. Ancak sınırı yeni geçtiği karinesine dayandığından sınırlarda uygulanan kurallar geçerli olur.¹⁷

Genişletilmiş sınır araması doktrinine göre, bir kişinin, aracın veya uçağın sınırı geçtiğine dair makul kesinlik varsa sınır araması yapılabilir. Görevlilerin bilgisinin tam kesin olması gerekmez. Makul bir kesinliğe sahip olmaları yeterlidir.¹⁸ Sınırın yeni geçildiği varsayımından hareketle arama yapıldığı için kişi veya nesnenin sınırdan henüz geçmiş olması, denetime tabi şeyin sınırı geçtikten sonra değişikliğe uğramamış olması ve bu konuda makul bir belirginlik olması gerekir. Ay-

¹⁶ McInnis, *The Evolution of the Fourt Amendment*, s. 108.

¹⁷ [U.S.-U.S. v. Cardenas, 9 F.3d 1139 (5th Cir. 1993); U.S. v. Caraballo, 917 F. Supp. 138 (D.P.R. 1996)] Stephen Lease, "Customs Duties", *Corpus Juris Secundum*, 25 C.J.S, Searches and Seizures, § 230, Database updated June 2009, Online Westlaw.

¹⁸ [U.S. v. Ivey, 546 F.2d 139 (5th Cir. 1977)] Russell J. Davis / Laura Hunter Dietz / John R. Kennel, *American Jurisprudence*, "Customs Duties And Import Regulations", § 308, 21A Am. Jur. 2d Customs Duties, Updated May 2009, Online Westlaw.

rica aramanın da sınır geçişinden sonra olabildiğince en erken noktada yapılması gerekir.

Yurtdışından gelen posta gönderilerinin de sınır aramaları kapsamında karar olmadan denetleneceği ve gerektiğinde aranacağı kabul edilmiştir.¹⁹ Eğer gönderinin uyuşturucu veya başka kaçak bir madde içerdiğinden şüphelenmek için haklı gerekçeler varsa açılabilir. Bu yetki *US v. Ramsey* kararında sınır aramalarının karar zorunluluğunun istisnası olarak kabul edilmesine dayanır.²⁰ Yüksek Mahkeme bu kararında yurtdışından gelen gönderilerin karar olmadan hatta makul şüphe olmasa da açılabileceğini belirtmiştir.²¹

B. Sınır Aramalarının Kapsamına İlişkin Kurallar

Sınır aramalarının kapsamı rutin ve rutin olmayan şeklinde iki ayrı kategoride ele alınarak belirlenmektedir. Rutin arama denildiğinde genellikle eşya araması basit üst araması anlaşılmaktadır. Rutin aramalar genellikle yolcuların gizlilik yararlarını ciddi ihlal etmeyen işlemler olarak nitelenmektedir.²² Yapılan işlemler rutin kapsamında kaldığı sürece görevlilerin subjektif takdirine göre eşya ve basit üst araması yapılabilecektir.²³

¹⁹ Yüksek Mahkeme sınır aramalarında toplumsal yararlar öncelik vermektedir. *Ramsey* kararına göre devletin istenmeyen kişi ve zararlı nesnelerin ülkeye girişini önleme yetkisi vardır. Bu yetki devletin sahip olduğu egemenlik hakkına dayanır. Kararda "bunların sınırlarda gerçekleşiyor olması makul sayılmaları için yeterli bir gerekçedir" denilmiştir. Sonuç olarak, sınırda karar olmadan kişilerin ve eşyanın aranması ve postanın denetlenmesi hukuka uygun sayılmaktadır. Saltzburg / Capra / Davis, s. 282; Joshua Dressler / Alan C. Michaels, *Understanding Criminal Procedure, Volume 1: Investigation*, 4th Edition, 2006, s. 315; Weaver / Abramson / Burkoff / Hancock, s. 156; Chemerinsky / Levenson, s. 159.

²⁰ Emanuel, s. 156.

²¹ Brent E. Newton, *Practical Criminal Procedure, A Constitutional Manual*, NITA, 2005, s. 91.

²² [U.S. v. Rivas, 157 F.3d 364 (5th Cir.1998)] *Federal Procedure, Lawyers Edition*, § 22:223. West Law.[United States v. Cardenas, 9, F 3d. 1139 (5th Cir.1993)] Blinka, "Screening Passengers And Property", s.13.

²³ [U.S.-U.S. v. Johnson, 991 F.2d 1287 (7th Cir. 1993)] Lease, "Customs Duties", 25 C.J.S, *Searches and Seizures*, § 229, Online Westlaw.

Yüksek Mahkeme'nin *U.S. v. Flores-Montano* kararına göre "eğer bir arama fazla ihlal edici değilse veya fiziki olarak bir değişiklik ya da zarar içermemekte ise bu arama rutin olarak nitelenebilir." Aramanın biraz fazla zaman alması ise onun rutin olma niteliğini değiştirmez.²⁴ Bir işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirirken onun süresine değil rutin kapsamının içinde kalıp kalmadığına bakılır.

Bagaj eşyasının elle aranması rutin aramadır. Tüm açık veya kapalı bagaj eşyasının hiç bir sınırlama olmaksızın rutin arama çerçevesinde elle aranması mümkündür. Görevlilerin geçen araçları ikinci bir denetleme bölümüne alarak yolcuların bulunduğu bölümleri ve bagaj kısımlarını aramaları tipik rutin arama şeklidir.²⁵

Yüksek Mahkeme yolcuların dıştaki giyimlerinin, cüzdanlarının, el çantalarının, kişisel eşyalarının aranmasını rutin arama saymıştır.²⁶ Federal temyiz mahkemelerinin kararlarında, ayakkabı ve palto-çeket gibi dış kıyafetlerin çıkarılması, cep, cüzdan ve el çantalarının boşaltılması, eğitilmiş köpeklere koklatmaya tabi tutulması,²⁷ kişinin dış elbiselerinin aranması, eşyalarının, bagajlarının ve elçantalarının aranması²⁸ rutin arama olarak nitelenmiştir.

Anayasa'nın Ek 4. maddesinin ikinci cümlesi, birinci cümlede sayılan işlemlerin yerine getirilmesinin makul olmasını öngörmektedir. Rutin arama bile olsa denetim ve kontrollerin buna uygun olması gerekir, yani tamamen keyfilik içinde yürütülemez.²⁹ Ancak bunların ma-

²⁴ Robert Litt / Ronald Lee / Stephen Marsh, "WorKing On The Flight? How International Travel Can Result in Government Officials Examining Your Electronic Data" <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/ca-worKingonthe-flight-021208.pdf>

²⁵ Chemerinsky / Levenson, s. 283.

²⁶ [(United States v. Montoya de Hernandez, 473 U.S. 531, 87 L.Ed.2d. 381, 105 S.Ct. 3304 (1985)] Blinka, "Screening Passengers And Property", s.13.

²⁷ [U.S. v. Kelly, 302 F.3d 291 (5th Cir. 2002)] Federal Procedure, Lawyers Edition, § 22:223, Database updated March 2010, Online West Law; Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, 2007, Online Westlaw, § 23:19.

²⁸ [U.S. v. Irving, 452 F.3d 110 (2d Cir. 2006); U.S. v. Romm, 455 F.3d 990, 996 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19

²⁹ [U.S.-U.S. v. Johnson, 991 F.2d 1287 (7th Cir. 1993)] Lease, "Customs Duties", 25 C.J.S, Searches and Seizures, § 228, Online Westlaw.

kul sayılması için çok özel koşullar da aranmaz. Arama yapılacak kişiler takdire göre seçilir.

Çok az bir şüphe bile sınırda üst araması yapmaya yeterli gerekçe oluşturur.³⁰ Sınır aramalarındaki makullük ölçütü ile ülke içinde gerçekleşen aramalardaki makullük arasında farklılık olabileceği de kabul edilmelidir.

Rutini aşan işlemler daha ihlal edici nitelikte olduğundan bir suçun varlığına dair makul şüpheyi gerektirir³¹ ve rutin aramalara göre daha sıkı kurallara tabidir. Bunlar tümüyle takdire dayalı olarak yapılamaz.

Eşyaların aranması genellikle rutin arama sayılmakta iken, kişinin kendisine yönelik aramalar³² örneğin kişinin elbiselerini çıkarmasını gerektirir ya da uzun süre alıkonulması sonucunu doğurur ise rutin kapsamının dışında kalır.³³ Kişinin vücuduna veya beden boşluklarına X-ray cihazına tutularak bakılması gibi da rutini aşan arama sayılmaktadır.³⁴ Bagaj eşyası, kargo malzemesi, araç, deniz taşıtı ya da benzeri varlıkların içinde barındırdığı şeyleri denetleyebilmek için onları delmek rutin aramayı aşan mütecaviz işlemler olarak nitelenmektedir. Dolayısıyla bunlar da ancak makul şüpheye dayanarak yapılabilir.

³⁰ [(U.S. v. Montoya de Hernandez, 473 U.S. 531, 105 S. Ct. 3304, 87 L. Ed. 2d 381 (1985); U.S. v. Smith, 273 F.3d 629 (5th Cir. 2001); (U.S. v. Cardenas, 9 F.3d 1139 (5th Cir. 1993); (U. S. v. Sandler, 644 F.2d 1163 (5th Cir. 1981))] Lease, "Customs Duties", 25 C.J.S, Searches and Seizures, § 228, Online Westlaw.

³¹ [U.S.-U.S. v. Smith, 273 F.3d 629 (5th Cir. 2001); U. S. v. Sandler, 644 F.2d 1163 (5th Cir. 1981); Bradley v. U.S., 164 F. Supp. 2d 437 (D.N.J. 2001), order aff'd, 2002 WL 1723779 (3d Cir. 2002)] Lease, "Customs Duties", 25 C.J.S, Searches and Seizures, § 228, Online Westlaw.

³² [U.S. v. Rivas, 157 F.3d 364 (5th Cir.1998)]; [U.S. v. Johnson, 991 F.2d 1287 (7th Cir. 1993)] Federal Procedure, Lawyers Edition, § 22:223, West Law.

³³ [U.S. v. Irving, 452 F.3d 110, 122 (2d Cir. 2006)] Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

³⁴ Bunlara işaret eden mahkeme kararları; [Flores-Montano kararı 2004], [U.S. v. Montoya de Hernandez, 473 U.S. 531, 105 S. Ct. 3304, 87 L. Ed. 2d 381 (1985)] Karar metni: Chemerinsky - Levenson, s.164-169; [3 rd Circuit Bradley v. US kararı 2002] Newton, s. 91.

II. SINIRLARDA BİLGİSAYAR VE ELEKTRONİK CİHAZLARIN ARANMASI

A. Genel Olarak

Dizüstü bilgisayarların içine bomba yerleştirilmiş olması ihtimaline karşılık onun gerçekten bilgisayar olup olmadığını anlamak için açılıp tekrar kapatılması alışılmış bir denetim şeklidir. Ancak sınırlarda bilgisayarların incelenmesi, kopyalanması ve hatta bir süre alıkonulması sürpriz bir uygulamadır. Daha ayrıntılı inceleme gerekirse karar olmadan alıkonulmakta veya tüm disklerden kopya alınmaktadır. Bu durum gizlilik hakları bakımından yadırganan bir uygulamadır. Sınır aramalarında uygulanan genel kuralların bilgisayar yönünden de uygulanması bazı federal mahkemelerce açıkça onaylanmıştır. Diğer eşyadan fark gözetmeksizin şüphe olmadan aranmasına izin verilmesi tartışmalara neden olmuştur.

Sınır aramaları istisnası ülkenin güvenliği, halkın sağlık ve refahı gerekçeleri ile benimsenmiştir. Federal mahkemelerce bilgisayar ve elektronik cihazların aranmasının sınır aramaları istisnasına dahil olduğuna karar verilmiştir.³⁵ Ama şüphe derecesinin ne olması gerektiği konusunda ortak bir içtihat oluşmamıştır. Bazı mahkemeler bilgisayar aramaları için makul şüpheye bile gerek olmadığına karar vermişlerdir.

Federal temyiz mahkemelerinin kararlarına bakıldığında, *U.S.v. Irving*³⁶ kararında, aramanın rutin bir arama olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılmamıştır. Çünkü aramayı oluşturan şartların makul şüphe için yeterli olduğu kabul edilmişti. Federal 4. Temyiz Mahkemesi'nin *Ickes* kararında aramaların makul şüphe gerektirmediği belirtildi. Bilgisayarda inceleme başlamadan önce diğer çantalar-

³⁵ Federal 9. ve 4. Temyiz Bölge Mahkemelerinin "şüphe olmadan da arama yapılabileceğine" dair kararları vardır. 1, 3, ve 5. bölgelerdeki ilk derece federal mahkemelerin de aynı içerikte kararları vardır. 2. ve 5. Federal Temyiz Bölge Mahkemelerinin kararları da var ise bunlarda şüphe gerekçesi zaten var olduğu için açıklama yapılmamıştır. Adrien F. Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights in The Digital Age: Suspicionless Border Searches of Electronic Data Storage Devices", s. 5. http://www.abanet.org/natsecurity/09writing_comp_winner_aSnead.pdf

³⁶ [U.S. v. Irving, 452 F.3d 110, 124 (2d Cir. 2006)]

da uyuşturucu ve çocuk pornografisi ile ilgili materyaller bulunmuştu. Mahkeme bilgisayar aramasının rutin bir arama olduğuna, ama olayda zaten makul şüphenin de var olduğuna işaret etti. Bu kararlarda bilgisayarların aranabilmesi için makul şüphe gerekip gerekmediği konusu aydınlatılmış değildir. Ama Federal 9. Temyiz Mahkemesi'nin *Arnold* kararında açıkça dizüstü bilgisayarların ve diğer elektronik cihazların aranmasında makul şüphe gerekmediği belirtilmiştir.³⁷

Arnold kararından önce de federal mahkemelerin bilgisayar aramalarını onaylayan kararları vardı. Bunların çoğunda arama makul şüpheye dayanarak yapılmıştır. Ancak Arnold olayında hiçbir makul şüphe olmadan durdurulup bilgisayarda arama yapılmış olduğu için özel bir örnek oluşturur.

Bilgisayarların aranması herkes için tedirgin edici olmakla birlikte bazı kişiler için gizlilik hakkının yanında başka hukuki sorunları da gündeme getirmektedir.³⁸ Örneğin ticari gizlilik gerektiren bilgileri taşıyanlar veya avukatlık-müvekkil, hasta-hekimlik ilişkileri gibi başkalarına ait ayrıcalık gerektiren bilgileri meslekleri sebebiyle bulunduranlar için söz konusu olabilecek hukuki sorunlar bu kararlarda gündeme gelmemiştir.

ABD'de sınırların bütünlüğünü koruma ve gerekli denetimleri yapmakla görevli (CBP)'nin³⁹ çıkardığı sınır aramalarını düzenleyen ve

³⁷ Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers and Other Electronic Storage Devices", CRS Report for Congress, RL34404, 28.07.2009, s. 4. http://assets.opencrs.com/rpts/RL34404_20090728.pdf

Ayrıca sınırlarda bilgisayar aramaları için bkz. Yule Kim and Anna C. Henning, "Border Searches of Laptop Computers and Other Electronic Storage Devices", <http://www.fas.org/sgp/crs/homsec/RL34404.pdf>

<http://wikileaks.org/wiki/CRS-RL34404>, Harvey RISHIKOF, "Symposium: The Fourth Amendment at the International Border: Combating Terrorism in the Digital Age: A Clash of Doctrines: The Frontier Of Sovereignty - National Security and Citizenship - The Fourth Amendment - Technology And Shifting Legal Borders" Mississippi Law Journal, Winter, 2008, 78 Miss. L.J. 381.

³⁸ Yaşanmış bir olayda bir soruşturma raportörü yurtdışı gezisinden dönüşünde havaalanında görevlilerce inceleme yapılmak üzere alınan bilgisayarı ve elektronik bilgi depolama ünitelerinden kopyalar alınmış ve iki hafta sonra açıklama yapılmaksızın iade edilmiştir. Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights" s. 2.

³⁹ Gümrükler ve Sınır Koruma İdaresi: CBP (U.S. Customs and Border Protection) is one of the Department of Homeland Security's largest and most complex components, with a priority mission of keeping terrorists and their weapons out of

görevlilerin takip etmesi gereken usulleri öngören “U.S. Customs and Border Protection Policy” bilgisayar aramalarına da uygulanacaktır.⁴⁰ Buna göre, bazı özel kategori bilgilerin, örneğin ticari gizlilik özelliği olan yazışmaların farklı ele alınması gerektiği belirtilmiştir.⁴¹

Yüksek Mahkeme’den verilmiş bir karar bulunmadığı ve Kongre-deki çalışmalar tasıra aşamasında olduğundan henüz belirsizlik sürmektedir. Ancak Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği’nin açtığı dava⁴² sonuçlanması halinde tartışmalar yargı kararı ile sona ermiş olur.

B. Federal Temyiz Mahkemelerinden Verilen Kararlar

1. Genel Olarak

Yüksek Mahkeme tarafından sınırlarda bilgisayar aramalarına ilişkin verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Bununla birlikte alt derece federal mahkemelerden verilen kararlarda genellikle bunların da sınır aramaları istisnası içinde kabul edilmekte, dolayısıyla arama için karar veya şüphe nedeni zorunluluğu aranmamaktadır.⁴³

the U.S. It also has a responsibility for securing and facilitating trade and travel while enforcing hundreds of U.S. regulations, including immigration and drug laws. CBP protects nation’s borders from terrorism, human and drug smuggling, illegal migration, and agricultural pests while simultaneously facilitating the flow of legitimate travel and trade. <http://cbp.gov/>

⁴⁰ CBP’nin kendi görevlilerine hitap eden ve gümrüklerde yapılan denetimlerle ilgili ilkeleri düzenleyen 16 Temmuz 2008 tarihli “U.S. Customs and Border Protection Policy” incelendiğinde, bir suç bulunduğu dair makul şüphe olmasa da sınır araması konusunda görev verilmiş olan bu görevlilerin elektronik cihazları ve dökümanlar üzerinde yeterli aramayı yapabilmek için makul bir süre alkoyabileceklerini, incelemek üzere kopyalama yapabileceklerini belirtmektedir. Eğer bir suç bulunduğu dair makul sebep yoksa alıkonulan materyaller geri verilecek, kopyalar imha edilecektir. Eğer bilgi yabancı dilde değilse ve şifrelenmemiş ise bunları daha fazla tutmak sadece makul şüphe üzerine mümkündür. Bilgilerin tercümesi ya da çözümü için başka bir kurumdan yardım gerekli ise o zaman gerekli incelemeler için 15 gün alıkonulması mümkündür ve buna 7 gün de ek süre tanınabilir.

⁴¹ Kim, “Border Searches of Laptop Computers...”, s. 9.

⁴² <http://www.aclu.org/free-speech/aclu-seeks-records-about-laptop-searches-border>

⁴³ Örnek kararlar: United States v. Ickes, 393 F.3d 501, 505 (4th Cir. 2005); United States v. Romm, 455 F.3d 990, 997 (9th Cir. 2006); United States v. Irving, 452 F.3d 110, 123 (2d Cir. 2006) (“An airport is considered the functional equivalent of a

Yüksek Mahkeme'den verilmiş bir karar bulunmamakla birlikte, federal temyiz mahkemelerinden verilen bazı kararlar mahkemelerin genel tutumunu açıklamak için yeterli olacaktır. Bunlar *U.S. v. Irving*,⁴⁴ *U.S. v. Romm*,⁴⁵ *United States v. Ickes*,⁴⁶ *United States v. Arnold*⁴⁷ kararlarıdır.

Bilgisayarların ve elektronik bilgi depolama cihazlarının gizlilik hakkı bakımından önemli ve çok kapsamlı bilgiler içerebileceği düşünüldüğünde bunların rutin arama kapsamında incelenecek eşyadan sayılmaması gerektiğini kabul etmek gerekir. Bunların hiç bir makul şüphe olmadan aranabilmesi çok zor savunulabilecek bir durumdur. Federal 2. ve 9. Temyiz mahkemelerinde sınırlarda yapılan bilgisayarlar ve donanımlarında yapılan aramalar nedeniyle açılan davalarda elde edilen delillerin hukuka aykırılığı ileri sürülmüştür. Bu iki mahkemenin de kararlarında yeni bir ilke ortaya konmamıştır.⁴⁸ Bu davalarda Yüksek Mahkemenin sınır aramalarında uyguladığı ilkeler bakımından bilgisayarlar ile diğer eşya arasında bir farklılık olmayacağı kanaati ile karar verilmiştir. *U.S. v. Irving* kararında Federal 2. Temyiz Mahkemesi davadaki olgulara bakarak arama için makul şüphe bulunduğuna karar vermiş; *U.S. v. Romm* kararında ise Federal 9. Temyiz Mahkemesi şüphelinin usul yönünden iddialarını sunmada gecikmesi sebebiyle bu iddia yönünden bir karar verilmemiştir.⁴⁹

border and thus a search there may fit within the border search exception"); *United States v. Furukawa*, No. 06-145, slip op. (D. Minn., November 16, 2006), 2006 U.S. Dist. LEXIS 83767; *United States v. Hampe*, No. 07-3-B-W, slip op. (D. Me., April 18, 2007), 2007 U.S. Dist. LEXIS 29218. Anna C. Henning / Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers and Other Electronic Storage Devices" CRS Report for Congress, 30 Ocak 2009, 7-5700, RL34404, s. 3. www.crs.gov.

⁴⁴ [*U.S. v. Irving*, 452 F.3d 110, 124 (2d Cir. 2006)]

⁴⁵ [*U.S. v. Romm*, 455 F.3d 990, 994 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Fishman / Mckenna, *Wiretapping § Eavesdropping*, 2007, Thomson/West, § 23:19.

⁴⁶ *United States v. Ickes*, 393 F.3d 501, 504 (4th Cir. 2005)

⁴⁷ [*U.S. v. Arnold*, 523 F.3d 941 (9th Cir. 2008), as amended on denial of reh'g and reh'g en banc, 533 F.3d 1003 (9th Cir. 2008), petition for cert. filed (U.S. Oct. 7, 2008)]

⁴⁸ [*U.S. v. Irving*, 452 F.3d 110 (2d Cir. 2006); *U.S. v. Romm*, 455 F.3d 990, 997 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Fishman / Mckenna, *Wiretapping § Eavesdropping*, 2007, Online Westlaw, § 23:19

⁴⁹ Clifford S. Fishman / Anne T. Mckenna, *Wiretapping § Eavesdropping: Surveillance In The Internet Age*, Online Westlaw, (Searching Computers: Warrant Excep-

2. U.S. v. Irving Kararı

United States v. Irving davasında daha önceden çocuk tecavüzü suçundan sabıkalı olan şüphelinin aramaya rıza göstermemesine rağmen arama yapılmıştır. Yapılan aramada çantalarında iki disket, fotoğraf makinası ve çocuklar tarafından çizilmiş resimler bulundu. Açılan disketlerde çocuk pornografisi ile ilgili fotoğraflar olduğu saptandı.⁵⁰

Yargılama başlamadan önce şüpheli tarafından açılan “*Ek 4. madde ilkelere aykırı biçimde arama yapıldığı*” gerekçesiyle delillerin kullanılmasının yasaklanması davası reddedildi.

Sınır aramalarına ilişkin genel kurallara dayanarak verilen kararda Mahkeme, makul şüphe olmadan arama yapılabileceğini belirtmiştir. Rutin kapsamda başlatılan aramanın ilerleyen aşamasında fotoğraf makinası filmlerinin ve bilgisayar disketlerinin aranmasının ise makul şüpheye dayandığı belirtilmiştir.

Mahkemeyi olayda makul şüphenin bulunduğu sonucuna ulaştırarak gerekçeler şunlardır: Daha önce çocuk tecavüzünden cezaları bulunan şüpheli bu seyahatinde Meksikada bir yetimhaneyi ziyaret ettiğini bildirmişti. Çantalarında da çocuk kitapları ve çocuklarca çizilmiş resimler bulunmuştu. Mahkeme yaptığı değerlendirmede delillerin hukuka aykırılığına ilişkin davayı reddetmiş, fakat film ve bilgisayar disketlerine ilke olarak rutin bir aramada bakılıp bakılamayacağı konusunda açıklamada bulunmamıştır. Ne de olsa makul şüphenin varlığını kabul ettiği için artık bu ayrımı yapmaya gerek görmemiştir.⁵¹

3. U.S. v. Ickes Kararı⁵²

Federal 4. Temyiz Mahkemesi tarafından karar verilen bu davada özetle, Kanada sınırından giriş yapan kişinin aracında yapılan aramada bilgisayarındaki bir dosyada çocuk pornografisi içeren resimler bulundu. Karar olmadan yapılan bu aramanın Ek 1. ve Ek 4. madde haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle aramaya maruz kalan Ickes tarafın-

tions), § 23:19

⁵⁰ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19

⁵¹ [U.S. v. Irving, 452 F.3d 110, 124 (2d Cir. 2006)]

⁵² United States v. Ickes, 393 F.3d 501, 504 (4th Cir. 2005) 4th Cir. January 4, 2005.

dan açılan delillerin hukuka aykırılığı davası ilk derece federal bölge mahkemesince reddedildi. Ayrıca yapılan işlemin Ek 1. maddeye de aykırı olmadığına karar verildi.⁵³

Olayda görevlilerce hemen doğrudan bilgisayarda arama yapmak için girişimde bulunulmamıştı. Görevlilerin ilk yaptığı arama rutin nitelikte bir arama idi. Bu rutin arama sırasında ilk bakışta saptanan bulgular üzerine önce aracında arama yapıldı. Araçta uyuşturucu ve porno resimler bulunması sonucunda araçtaki bilgisayarda yapılan incelemede başka resimler de olduğu saptandı.

United States v. Ickes kararında Anayasa'nın Ek 4. ve Ek 1. maddelerinin ihlal edildiği ve bu nedenle delillerin hukuka aykırı sayılması gerektiği iddiası, burada sınır araması istisnası uygulandığına işaret edilerek Federal 4. Temyiz Mahkemesi tarafından da reddedildi. Kararda Mahkeme yolcunun durumu ve eşyalarındaki bulgular gerekli kılarırsa daha ileri bir arama da yapılabileğini belirterek, makul şüphe üzerine detaylı aramaya izin verilmesini benimsedi.⁵⁴

Ickes davasındaki olayda aramaya gerekçe teşkil edebilecek makul şüphe oluştuğunun altını çizmek gerekir. Örneğin görevli ilk sorduğunda kişi tatilden döndüğünü belirtmiş ancak aracında nerdeyse tüm eşyalarının bulunduğu gözlenmişti. Araçta yapılan kısa bir aramada uyuşturucu madde kullanımına dair bazı kağıt materyaller tespit ettiler. Bilgi arşivinden yapılan kontrolde hakkında yakalama kararları olduğu saptanmıştı. Bunlar üzerine bilgisayarına bakıldığında federal yasalara aykırı çocuk pornosu resimleri bulunmuştu.⁵⁵ Bunlar makul şüphe için gerçekten yeterli sayılabilecek gerekçelerdir.

Davalı *Ickes*'in iddiasına göre, aramanın dayandığı Kanun bilgisayarların aranabilmesine yetki vermemektedir. Zira kanun maddesi aranacak şeyleri tek tek saymış, bunun dışındakileri hariç bırakmayı kastetmiştir. Kanunun ilgili maddesinde,⁵⁶ "*Gümrükteki görevliler her zaman sınırlarda bir araca, sınırları oluşturan sularda bir gemiye giderek veya başka yetki verilen yerlerde onların dökümanlarını, belgelerini incele-*

⁵³ <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/034907.P.pdf>

⁵⁴ Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 5.

⁵⁵ Karar metni için: <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/034907.P.pdf>

⁵⁶ (19 USC & 1581(a))

mek için isteyebilir, gemiyi veya aracı ve ondaki kişileri valizleri, paketleri ve kargoyu denetleyebilir ve arayabilir” denilmektedir.⁵⁷

Mahkeme’ye göre yasakoyucu burada “cargo” terimi gibi kapsayıcı bir kelime seçerek bunun dar yorumlanmamasını murat etmiştir. “Kanunların yorum kurallarına göre eğer metinde bir tanım yapılmamış ise bir kelimenin normal, çağdaş ve yayınlandığı şekliyle kullanılan anlamının kastedildiği” kabul edilir.⁵⁸

Mahkeme bu kararda, Yüksek Mahkeme’nin *United States v. Thirty Seven Photographs*⁵⁹ kararına da atıf yaparak devletin kamunun menfaatlerini korumadaki önceliği yanında sınırdan geçen kişilerin menfaatlerinin ikinci planda ve beklentilerinin çok daha önemsiz olabileceğini belirtmiştir. Sınır girişlerindeki limanlar “kişinin evi değildir” onun gizlilik beklentisi oldukça daraltılmıştır. Sınırdan geçmek için gelen kişi, gümrük görevlilerinin bagaj eşyalarını araştırmasına şaşırılmamalıdır denilmiştir.⁶⁰

Ickes davasında görevlilerin bilgisayarı yüzeysel incelemelerinde bazı dosyaların adından bunların çocuk pornografi ile ilgili materyaller olduğu açıkça anlaşılmaqta idi. Sonradan dosyaların içeriğini açmak isteyen görevliler bunların şifreli olması nedeniyle açamadı. Şifrelerin açıklaması için şüphelinin zorlanması talebine karşılık federal hakim bunun kişinin Ek 5. madde haklarına aykırı olabileceğinden reddine karar verdi.⁶¹ Bazı yazarlar hakimın red kararını eleştirmiş ve buna aslında izin verilebileceğini belirtmişlerdir.⁶²

⁵⁷ <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/034907.P.pdf>

⁵⁸ Black’s Law Dictionary’de “cargo” teriminin “gemi, uçak veya araçlarla taşınan şeyler” olarak tanımlandığı belirtilmiştir. <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/034907.P.pdf>

⁵⁹ *United States v. Thirty - Seven Photographs*, 402 U. S. 363 (1971), <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=402&invol=363>

⁶⁰ <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/034907.P.pdf>

⁶¹ Robert Litt / Ronald Lee / Stephen Marsh, “WorKing On The Flight? How International Travel Can Result in Government Officials Examining Your Electronic Data”. <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/ca-worKingonthe-flight-021208.pdf>

⁶² Sherry F. COLB, “Does the Fifth Amendment Protect the Refusal to Reveal Computer Passwords? In a Dubious Ruling, a Vermont Magistrate Judge Says Yes”, FindLaw, February 4, 2008, <http://writ.news.findlaw.com/colb/20080204.html..>

3. United States v. Romm Kararı

United States v. Romm kararı rutin sınır aramaları bilgisayarların da dahil olduğuna dair önemli bir örnektir. Olayda, Romm adlı kişi çocuklara karşı cinsel saldırı suçlarından hükümlü olup Las Vegas’da bir iş konferansına katılmış ve orada dizüstü bilgisayarı ile internete bağlanarak pornografik çocuk resimleri izlemiş ve sonra da bunları silmeye çalışmıştır. Las Vegas’dan sonra uçakla Kanadaya gittiğinde Kanada gümrük görevlileri onun ceza geçmişini görünce durdurup bilgisayarında arama yapmak istemişler ve bir yanda da bir görevli internet geçmişini incelemiştir. Kendisine adli kontrole tabi olduğu hatırlatılarak bu konudaki kuralları ihlal edip etmediği sorulan şüpheli buna olumlu yanıt vermesi üzerine bilgisayarına elkonulmuştur.

Devamında yapılan aramada bilgisayarda çocuk pornografi resimleri bulunmuştur. Şüpheli Kanadaya girişi reddedildiği için uçakla Seattle’a geri gönderilmiş ve bu arada gelişmelerden ve elde edilen bulgulardan ABD gümrük görevlileri bilgilendirilmiştir.⁶³

Seattle’a geldiğinde bir karar olmaksızın kişi gözaltına alındı ve bilgisayarında yapılan incelemede görevliler bazı dosyaları sildiğini fark ettiler. Silinen dosyaları açmak için kriminal adli inceleme yapıldı. Yargılama sırasında şüpheli bilgisayar aramasına dair delillerin hukuka aykırılığı davası açmıştır. Federal bölge mahkemesi, yapılan “adli incelemenin” rutin sınır araması kapsamında sayıldığını belirterek Ek 4. maddenin sınır aramaları istisnası uyarınca bunu reddetmiş ve yapılan aramayı rutin bir arama olarak nitelemiştir.⁶⁴ Temyizde şüpheli kendisinin Kanadaya gitmek istediğini ama ülkeye girişi reddedildiği için geri döndüğünü, zaten sınırı geçmediğini bu nedenle uygulamanın bir sınır araması olarak nitelenemeyeceğini belirtmiş ise de, Federal 9. Temyiz Mahkemesi buna katılmamıştır.⁶⁵

⁶³ [U.S. v. Romm, 455 F.3d 990, 994 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19; KIM, “Border Searches of Laptop Computers...”, s. 5.

⁶⁴ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, 2007, Online Westlaw, § 23:19; Kim, “Border Searches of Laptop Computers...”, s. 5.

⁶⁵ [U.S. v. Romm, 455 F.3d 990, 996–997 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)]

Şüpheli sonraki taleplerinde bu kez bilgisayar aramasının bir rutin arama olmadığını, bunu ancak makul şüphe üzerine yapmak mümkün olduğunu ileri sürdü. Ancak bu iddiasının usul bakımından zamanında yapılmamış olması nedeniyle dikkate alınmadı, ama arama zaten rutin bir arama olarak nitelendiği için bunun sınır araması istisnalarından olduğu kabul edildi.⁶⁶ Aslında kişinin adli kontrole tabi bir kişi olması nedeniyle özel durumu dikkate alınarak bu olayda farklı bir karar zorunluluğu istisnası sözkonusu olabilirdi.⁶⁷ ABD hukukunda adli kontrole tabi kişiler bakımından da Ek 4. maddenin karar zorunluluğu uygulanmamakta ve makul şüphe olmadan da arama yapılabilmektedir. Adli kontrol ve şartlı tahliyeye tabi olanlar bir yakalama durumu veya arama kararı bulunmasa bile arama yapılabileceği kabul edilmektedir. Bunların tabi buldukları infaz sisteminin gereği olarak özgürlüklerinin ve gizlilik haklarının bazı sınırlamalara tabi tutulması normal sayılmaktadır. Bu durum bir kısım özel durumları içeren adli kontrol sisteminin getirdiği “özel zaruretler”e dayanmaktadır.⁶⁸

Uluslararası havaalanları sınırlara eşdeğer sayılan yerler olduğu için, sınırlarda bilgisayar aramaları bakımından sözkonusu olan tartışmalar bu yerler için de geçerlidir. Havaalanlarında da rutin aramalar sırasında bilgisayarların açılıp inceleme ve kopya alınması mümkündür.

4. United States v. Arnold Kararı⁶⁹

a. Olay Özeti

United States v. Arnold davasında kişi yurtdışından tatilden dönmekte iken yanında bir dizüstü bilgisayar, bağımsız bir harddisk, flashdisk ve 6 adet CD bulunmakta idi. Gümrük görevlileri kişiyi bu-

⁶⁶ [U.S. v. Romm, 455 F.3d 990, 997 (9th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1024, 166 L. Ed. 2d 772 (U.S. 2007)] Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁶⁷ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁶⁸ Saltzburg / Capra / Davis, s. 264; Dressler / Michaels, s. 330; Israel / Lafave, *Criminal Procedure Constitutional Limitations*, 6th Ed. s. 137.

⁶⁹ [U.S. v. Arnold, 523 F.3d 941 (9th Cir. 2008), as amended on denial of reh'g and reh'g en banc, 533 F.3d 1003 (9th Cir. 2008), petition for cert. filed (U.S. Oct. 7, 2008)] (9th Cir. April 21, 2008, No. 06-50581)

lunduğu sıradan kenara alıp sorgulama yapmak istediler. Ona seyahatinin detayları hakkında sorular sorarken bir taraftan da çantalarını araştırmaya başladılar.⁷⁰ Daha sonra bilgisayarın açılmasını isteyen görevliler açılan bilgisayarını incelerken iki resim dosyasını kontrol ettiklerinde içinde çıplak kadın resimleri olduğunu gördüler. Durum yetkili bir üst amire rapor edildi. Durumu İç Güvenlik Bakanlığı yetkililerine iletiler. Göçmen ve Gümrükler Kolluğu'ndan (ICE) gelen uzman görevli resimleri görüp şüpheliye bilgisayarın içeriği hakkında bazı sorular sordu. Bir yandan da bilgisayarı inceledi ve detaylı arama da çocuk pornografisi kapsamında bazı resimler tespit etti. Bilgisayara ve bilgi depolama cihazına elkonuldu ve kişi serbest bırakıldı.⁷¹

b. İlk Derece Federal Yargılama Mahkemesi Kararı

Açılan davada ilk derece mahkemesi olan California Merkez Federal Bölge Mahkemesi, aramanın bir makul şüpheye dayanmadan yapıldığı gerekçesi ile delillerin hukuka aykırılığına ilişkin şüpheli taraftan açılan davayı kabul etti.⁷²

Yargılama Mahkemesi, sınırlarda bile olsa bilgisayarda arama yapabilmek için makul şüpheye sahip olmak gerektiğine karar vermiştir. Dizüstü bilgisayarların özel niteliği ve içerebileceği bilgi kapasitesine dikkat çeken yargılama mahkemesi görevlilerin bunları aramak için makul şüpheye sahip olması gerektiğini kabul etti. Şüphelinin ileri sürdüğü havaalanlarında yapılan bilgisayar aramalarının rutin arama kapsamında sayılmaması gerektiği itirazını yerinde bularak; (a) dizüstü bilgisayarların aranması için makul şüphenin gerekli olduğu, (b) somut olayda gümrük görevlilerinin arama yapabilmek için makul şüpheye sahip olmadıklarını kabul ederek karar vermiştir.⁷³

⁷⁰ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁷¹ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19; Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers.", s. 6; Mitchell Zimmerman, "Gov't Rummaging Through Your Laptop's Contents? No Problem If You're Re-Entering USA, Says Ninth Circuit", http://www.fenwick.com/docstore/Publications/Litigation/Privacy_Alert_04-30-08.pdf (20.12.2009)

⁷² Zimmerman, www.fenwick.com.

⁷³ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19;

c. Federal Temyiz Mahkemesi'nin Analizi ve Kararı

Federal 9. Temyiz Mahkemesi ise federal bölge mahkemesinin kararını bozmuş ve yapılan uygulamanın Ek 4. maddeye aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu kararı ile Ek 4. maddenin karar zorunluluğuna getirilen sınır aramaları istisnasına “*dizüstü bilgisayarların da*” dahil sayıldığını açıkça belirginleştirmiştir. Kısaca bunları rutin sınır araması olarak nitelemiştir.

Temyiz Mahkemesi'ne göre bilgisayar içeriğinin ticari gizli bilgiler ya da benzeri ayrıcalıklı hukuki bilgiler içermesi dahi bir fark oluşturmamaktadır. Mahkeme, Yüksek Mahkeme'nin daha önce sınır aramaları davalarında verdiği kararlarda ortaya koyduğu şu gerekçeleri esas almıştır: Sınırlarda görevlilerin bagajların içeriğini şüphe olmadan da arama yetkisi vardır. Kişilerin çanta ve evrakının aranması Ek 4. maddeye tabi ise de sınır aramaları buna istisna teşkil eden işlemler olarak kabul edilecektir. Bunların sınırda gerçekleşiyor olması başlı başına gerekçe olarak yeterlidir.⁷⁴

Federal Temyiz Mahkemesi'ne göre, devletin sınırlarda yolcuların bagajlarını arama yetkisi onun egemenliğinin gereği olarak ülkesini ve sınırlarını koruma hakkının bir sonucudur. Mahkeme'ye göre, “*Devletin istenmeyen kişi ve nesnelerin sınırdan içeri girmesini önlemedeki yararının tartışılmaz üstünlüğü vardır. [Flores-Montano kararı]” “Dolayısıyla, yolcunun bunların içeriğini saklama konusundaki önceliği ne olursa olsun gelen kişiler rastgele seçilerek tüm eşya ve bagajları aranabilir”*⁷⁵ Kısaca Mahkeme'ye göre, gümrük görevlileri için dizüstü bilgisayarlar ve diğer elektronik bilgi depolama cihazlarının sınırlarda aranması yönünden makul şüpheye gerek yoktur.

Bu gerekçeden hareketle bilgisayarın normal bir eşyadan farklı ele alınması gerektiğine ilişkin itiraz kabul görmemiştir. Mahkemeye göre, bilgisayarlar da dahil bagaj eşyasının aranması konusunda ayırım yapılmadan hepsi aranabilir. Çünkü Ek 4. maddenin sınır aramaları is-

“Privacy:Searching and Seizing Computers” <http://ilt.eff.org>.

⁷⁴ Ryan Singel, “Border Agents Can Search Laptops Without Cause, Appeals Court Rules” (<http://www.wired.com/threatlevel/2008/04/border-agents-c/>)

⁷⁵ [(United States v. Ross, 456 U.S. 798, 823, 102 S.Ct. 2157, 72 L. Ed. 2d 572 (1982)] Fishman / McKenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

tisnası, makul şüphe bile olmadan tüm şeylerin içeriğinin aranmasına izin vermektedir.⁷⁶

Mahkeme kararda, Yüksek Mahkeme'nin bir aramanın makul şüphe gerektirmesi için aradığı koşullara değinmiştir. Buna göre, (a) aramanın ya örseleyici bir arama olması ya da (b) arama ihlal edici bir üslupda yerine getirilmesi durumunda makul şüphe gerekli sayılmaktadır. Bunların dışındaki durumlarda aranan şeyin niteliğine bakılmaksızın arama rutin sayılır ve makul şüphe gerekmez. Bilgisayar araması da saldırgan bir üslup değildir. Bilgisayar ve diğer bagajlar arasında arama bakımından bir fark yoktur.⁷⁷

Temyiz Mahkemesi ayrıca bilgisayar içeriklerini incelemenin ifade özgürlüğünü koruyan Ek 1. Maddeye aykırı olmayacağını benimsemiştir. Ickes kararındaki aynı gerekçelerle bu ayrıcalığı kabul etmenin, görevliler için uygulanması zor bir standart olacağı ve terörist faaliyetleri de koruyacağı belirtilmiştir. Bu nedenle bilgisayarların aranmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasını reddetmiştir.⁷⁸

Hiç bir şüphe olmadan arama yapmanın kısıtlayıcı bir tutum (restrictive) olduğu, en azından diğer sınır aramaları ile mukayese edildiğinde bu aramaların açıkça incitici bir üslup "*patently offensive manner*" içerdiği biçimindeki itirazlar da yerinde bulunmamıştır. Mahkeme "*particularly offensive manner*" deyiminin açık olmadığını bir yorum olarak belirtmiş ama buna rağmen kendisi de diğer sınır aramalarına bakıldığında bu aramanın "*particularly offensive*" olmadığını belirterek aynı deymi kullanmıştır.⁷⁹

d. United States v. Arnold Kararı Hakkında Değerlendirme

Karara karşı çıkan gizlilik hakları savunucuları, bazı ticari kuruluşların temsilcileri ve hukuk bilimadamları bu kararı eleştirmişlerdir.

⁷⁶ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁷⁷ Kim, "Border Searches of Laptop Computers..", s. 6.

⁷⁸ Kim, "Border Searches of Laptop Computers..", s. 7; Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁷⁹ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

Ancak kararın mevcut hukuki duruma göre yerinde olduğunu savunanlar da vardır.

Fishman-Mckenna'ya göre, halen geçerli olan hukuk kuralları esas alındığında bilgisayarların ve elektronik cihazların aranabilmesi konusunda mahkemenin verdiği kararın doğru olduğunu kabul etmek gerekir. Ülkenin ve vatandaşlarının korunmasını amaçlayan sınır aramaları doktrinini şekillendiren içtihat hukuku gereğince bu şekilde karar vermek bir zorunluluk idi. Bu durumda yapılması gereken mahkemelerden yeni bir yargısal yasama faaliyeti yapmasını beklemek değil, Kongre'nin yasal bir düzenleme için girişimde bulunmasını istemektir.⁸⁰

Yazara göre, bilgisayarların çok kapsamlı bilgiler, iletişim kayıtları ve içerikleri depolayabildiği doğrudur. Ancak çantalar dolusu bilgileri içerebilmekte olması onların çantadan farklı ele alınmasını gerektirmez. Sınırlarda devletin herşeyi kontrol edebilme önceliği nedeniyle her türlü çantanın aranması haklı görülmektedir. Bilgisayarların daha çok bilgi alabilme kapasitesine sahip olması nedeniyle farklı ele alınması savunulabilirse de sonuçta bu gün var olan içtihat hukuku sınırdan girişlerde kişinin sahip olduğu her şeyin aranabilmesine yetki vermektedir. Bunların bir eşya ya da depolanmış bilgiler içeren elektronik cihaz olmasına bakılmaksızın devletin arama yetkisini bu aşamada kabul etmek gerekir.⁸¹

Bir başka görüşe göre, bugünkü gelinen elektronik devrim, Ramsey kararının verildiği dönemden çok fazla ilerde ve farklı bir durumda olması nedeniyle eski içtihatlarla karşılanamayacak bir durumdur.⁸² Hiçbir şüphe ya da gerekçe olmadan dizüstü bilgisayarların aranabileceğine ilişkin federal mahkeme kararları karşısında konu hassas bir nitelik kazanmış ve yasal düzenleme yapmak zorunlu hale gelmiştir.⁸³

⁸⁰ Ellen Nakashima, "Clarity Sought on Electronic Searches: U.S. Agents Seize Travelers' Devices", The Washington Post, Feb. 7, 2008, A01. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/02/06/AR2008020604763.html>.

⁸¹ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁸² Bir dizüstü bilgisayarı ortalama 80 GB ve kişinin tüm hayatında oluşturduğu fiktiri birikimi ve çektiği fotoğrafları, kişisel belgelerini alabilir. Bunların incelenmesi kişisel dökümanları ve özel kağıtları incelemenin ötesine geçen bir durumdur. Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights", s. 6.

⁸³ Nakashima, "Clarity Sought on Electronic Searches", The Washington Post, Feb. 7,

Sonuç olarak, Federal 9. Temyiz Mahkemesi bu davada kişisel gizliliğe ve ticari sırlara ait endişeleri harekete geçiren bir karar vermiştir. Bu karar ve Federal 4. Temyiz Mahkemesi'nin benzer kararlarının Anayasa'nın Ek 4. maddesinin ana ilkeleri (*cardinal principles*) ve Yüksek Mahkeme'nin oluşturduğu makullük analizine göre değerlendirildiğinde kabul edilebilir olmadığı düşünülmektedir.

III. KARARLARDAN ÇIKAN SONUÇLAR, ELEŞTİRİ VE DEĞERLENDİRMELER

A. Mahkeme Kararlarından Çıkan Sonuçlar

Normal suç soruşturmaları yönünden, bilgisayar aramalarında Ek 4. maddenin genel kuralları geçerlidir. Kişilere ait bilgisayarlarda inceleme yapılacak ise karar zorunluluğu ve makul sebep gerekliliği aranır. Elbette istisnalar bunlar için de geçerlidir. Örneğin kamuya açık yerde bilgisayarını açıp inceleyen kişinin yakındakilerin görmesine karşı gizlilik hakkı yoktur.⁸⁴ Aynı şekilde gizli görevliler sıradan kişiler gibi açık olan bilgisayarı yan taraftan okuyabilir. Kolluk görevlileri halka açık alanlarda normal vatandaşın görüp bulabileceği şeyleri incelemek için karar alması gerekmez (*plain view doctrine*).⁸⁵ Bilgisayar aramalarında da bu doktrin karşımıza çıkmaktadır. Bilgisayarın incelenmesine ilişkin bir karar uyarınca görevli dosyaları incelemekte iken kararın kapsamındaki dosyalara yoğunlaşması gerekir. Ancak bu arada görebildiği suçla ilgili olmayan diğer delilleri de alabileceği kabul edilmektedir.⁸⁶

Bilgisayarlardan yapılan arama işlemlerinde dosyaları açma girişiminde bulunulmuş ise arama işlemi sayılır. Dosyaların içeriğini görmüş

2008, A01,

⁸⁴ Bloom / Brodin, s. 190; Anderson / Thompson, s. 140; Robert H. Woody, Search and Seizure, 2006, s. 48; Emanuel, s. 101; Wayne R. Lafave / Jerold H. Israel / Nancy J. King, Criminal Procedure, Fourth Edition, Thomson-West, 2004, s. 211.

⁸⁵ Bir arama kararı üzerine evde bulunan görevli bu kararı yerine getirirken aradığı suç delillerinin dışında başka suçlayıcı ve yasaya aykırı maddeler bulursa bunlara ayrıca karar alması gerekmeden el koyabilir.

⁸⁶ Susan W. Brenner / Barbara A. Frederiksen, "Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues", 8 Mich.Telecomm.Tech.L.Rev.39 (2002), s.89. <http://www.mttlr.org/voleight/Brenner.pdf>

olması gerekmez. Buna karşılık bir inceleme yapmadan sadece kopya alınması elkoyma (seizure) olarak nitelenir.⁸⁷

Federal temyiz mahkemelerinin kararları sonrasında oluşan hukuki durumu göre, sınırlarda yapılacak bilgisayar ve elektronik cihazların aranmasına gelince, karar zorunluluğu olmadığı gibi makul şüphe de gerekmemektedir. Bunlar rutin arama kapsamında sayılacak ve içeriği sınırsız olarak incelenip kopya alınabilecek, gerekirse bilgisayar veya cihaza belli süre için elkonulabilecektir.

Mahkemelerin yaklaşımlarına göre, dizüstü bilgisayarlar geleneksel sınır aramaları doktrinini kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁸ Kararlara göre çok kapsamlı bilgi yükleme kapasitesi olsa bile bilgisayar dışındaki elektronik depolama imkanı olan tüm cihazlar için de aynı şey geçerlidir. Elektronik hafıza kartları, PDA, Blackberry, Iphone ve klasik cep telefonları gibi birçok cihaz bu kapsamdadır. Bütün bunlarda taşınan bilgilere erişim, inceleme ya da kopyalama yapmak için bir suçun varlığına ilişkin makul şüphe gerekmez.

B. Kararlara Yönelik Eleştiri ve Tepkiler

Federal mahkeme kararları ile de onaylanan mevcut uygulama eleştirilmekte ve bunun *"kabul edilemez bir gizlilik ihlali"* olduğu savunulmaktadır. Bilgisayarların aranması insan bedeninde yer alan boşlukların aranması kadar gizliliği ihlal edici ve mütecaviz olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁸⁹ Gizlilik haklarını savunanlara göre, bunları diğer bagaj eşyası gibi kabul etmek doğru değildir. Bun-

⁸⁷ Susan W. Brenner / Barbara A. Frederiksen, "Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues", 8 Mich.Telecomm.Tech.L.Rev.39 (2002),s. 109. <http://www.mttr.org/voleight/Brenner.pdf> Ancak fiziki varlıklara elkoymakta olduğu gibi dosya tümüyle alınmamakta ise bir kopyası veya aslı sahibinde kalmakta ise yine de elkoyma sayılır mı? Bu açıdan Ek 4. Madde anlamında elkoyma (seizure) olup olmadığını belirginleşmesine ihtiyaç vardır. Aslında kişinin mülkiyet haklarını koruyan bu maddeye göre kişi için mağduriyet vardır.

⁸⁸ Cooper Offenbecher, "Border Searches of Laptop Computers after United States v. Arnold: Implications for Traveling Professionals", Lexis-Nexis.

⁸⁹ Senatör Russ Feingold'un Anayasa Alt Komisyonu'nda yaptığı konuşmadan alınmıştır. Kiely Lewandowski, "US Senator Criticizes Warrantless Laptop Searches At Border", JURIST Legal News and Research,2.7.2008(<http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2008/07/us-senator-challenges-warrantless.php>, 22.12.2009)

ların türü ve bilgi depolama kapasitesi dikkate alındığında rutin sınır aramasından çok farklı kalmaktadır. Bunlar en azından makul şüphe üzerine yapılabilecek aramalardır.⁹⁰

Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği'ne (ACLU) göre devlete verilen bu kontrolsüz yetki, Anayasa'nın Ek 4. maddesine ve Ek 1. maddesine aykırı olup kişisel bilgi saklama haklarını ihlal eden, inanç ve fikirlerini özgürce ifade etme hakkını çiğneyen bir uygulamadır.⁹¹ Bazı sivil özgürlük kuruluşları, kişisel bilgilerin korunmasına ilişkin Kanun⁹² uyarınca İç Güvenlik Bakanlığı'nı açıklamaya davet etmiş ve şüphe olmaksızın yapılan aramaların neye göre yapıldığını, bilgilerin kopyalanması, saklanması, başkalarına açıklanması ve devlet dışı kurumlara verilip verilmediği konularında bilgi verilmesi istenmiştir.⁹³

Özellikle Federal 9. Temyiz Mahkemesi'nin kararı hukuki tartışmaları başlatmıştır. Bir grup akademik kişi ve kuruluşun girişimi ile Parlamento İç Güvenlik Komitesi'ne yazılan mektupta⁹⁴ sınırlarda bilgisayar ve elektronik cihazların aranması konusunda yasal düzenleme yapılması talep edilmiş ve özgür bir ülkede sınırlardan giren ya da ayrılan kişiler de olsa onların tüm elektronik bilgilerine erişebilme, el-koyma ve okuma konusunda devletin sınırsız yetkilerinin olmaması gerektiği ve üstelik bunun hiçbir şüphe nedenine dayanmadan yapılmasının yersiz olduğu belirtilmiştir.⁹⁵

⁹⁰ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19.

⁹¹ Jaclyn Belczyk, "ACLU Lawsuit Demands Information on US Border Laptop Search Policy", JURIST Legal News and Research, 27.8.2009. <http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2009/08/aclu-demands-information-on-us-border.php>, 22.12.2009) (Senetör Russ Feingold, Anayasa alt komisyonunda yaptığı konuşmada bu görüşleri ifade etmiştir.)

⁹² "Freedom of Information Act" (5 U.S.C. § 552)

⁹³ <http://www.aclu.org/files/pdfs/freespeech/laptopfoia.pdf> İç Güvenlik Bakanlığı ise yaptığı açıklamada CBP nin bunu 16 Temmuz 2008 tarihli "Border Protection Policy, Regarding Border Search of Information" uyarınca yapmakta olduğunu belirtti.

⁹⁴ Parlamento İç Güvenlik Komitesi Başkanlığı'na yazılan 1 Mayıs 2008 tarihli talep mektubu, Electronic Frontier Foundation başta olmak üzere toplamı 41 olan akademik kişi ve kuruluşların girişimi ile yazılmıştır: Electronic Frontier Foundation, "Electronic Border Searches: An Open Letter", 1 Mayıs 2008. <http://www.eff.org/press/archives/2008/05/01/border-search-open-letter>

⁹⁵ Fishman / Mckenna, Wiretapping § Eavesdropping, Online Westlaw, § 23:19. Mektup metni için: <http://www.eff.org/press/archives/2008/05/01/border->

Diğer yandan CBP yönergelerine uyarak yapılan uygulamaların avukatlık müvekkil ilişkisine göre saklanması gerekli hassas bilgiler bakımından sakıncalı olduğu belirtilmiş⁹⁶ ve bu gibi hassas bilgileri taşıyanların bunları korumak için takip etmeleri gereken prosedürler konusunda yol gösteren açıklamalara yer verilmiştir.⁹⁷

Ayrıca bu gelişmeler üzerine Seyahat İşletmeleri Birlikleri kendi üyelerini uyarmıştır.⁹⁸ Bu alanda yaşanan olayları ve endişeleri dile getiren yazılar kaleme alınmış,⁹⁹ mevcut uygulamayı sona erdirmek üzere davalar açılmıştır.¹⁰⁰ Mevcut hukuki durumu eleştiren yazılarda, ABD'nin kişisel bilgileri koruyan uluslararası anlaşmaları imzalaması ve sadece sınırdan gelenlerin dijital gereçlerinin şüphe olmaksızın aranmasının yasaklanması önerilmektedir.¹⁰¹ Bir anlamda eleştirilerin çözümünü amaçlayan yasa önerilerine sonraki bölümde yer verilmiştir.

search-open-letter

⁹⁶ Janina M. Kon, "U.S. Border Searches of Electronic Devices", s.2. http://www.cba.org/CBA/newsletters-sections/pdf/06-09-privacy_1.pdf

⁹⁷ Luigi Benetton, "How to Secure Your Laptop Before Crossing the Border, CBA Website (September 2008) <http://www.cba.org/cba/practicelink/TAYP/laptop-border.aspx>

⁹⁸ The Association of Corporate Travel Executives (ACTE) Ekim 2006'da uluslararası bir konferansta üyelerinin ABD'ye girişlerde dizüstü bilgisayarlarının aranması ve elkonulmasına izin verilen bir yetki olduğu konusunda uyardı. Judith BLAKLEY, "Can US Customs Search and Seize Your Laptop Computer Without Cause? Yes They Can", http://www.associatedcontent.com/article/82561/can_us_customs_search_seize_your_laptop.html

⁹⁹ Örneğin, Ellen Nakashima'nın Washington Post gazetesinde cep telefonlarının, bilgisayarların ve benzeri elektronik cihazların alıkonulmasına ilişkin olayları özetleyen yazıları vardır. Kimi yolcular alıkonulan bilgisayar veya benzeri bilgi depolama ünitelerinde silinme veya değişikliklerden şikayet etmektedirler. Ellen Nakashima, "Clarity Sought on Electronic Searches: U.S. Agents Seize Travelers' Devices", The Washington Post, Feb. 7, 2008, A01. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/02/06/AR2008020604763.html>.

¹⁰⁰ Seyahat İşletmeleri Birlikleri'nin açıklamasına göre buna ilişkin açılmış bir dava bulunmaktadır. Davanın konusu, ABD sınırlarından girişte dizüstü bilgisayarların ve elektronik gereçlerin aramaya tabi tutulması ile ilgili olup California'da bazı sivil toplum kuruluşları tarafından açılmıştır. [http://www.computerworld.com/s/article\(20.12.2009\)](http://www.computerworld.com/s/article(20.12.2009))

¹⁰¹ Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights", s. 14.

C. Kararların Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak Değerlendirme

Gizlilik hakları bakımından gündeme getireceği sorunlar dikkate alınarak çok kapsamlı ve özel bilgiler içerebilecek olan bilgisayarlar ve elektronik bilgi depolama cihazlarının rutin arama kapsamında incelenecek eşyadan sayılmaması gerekir. Bunların hiç bir makul şüphe olmadan aranabilmesi doğrusu çok zor savunulabilecek bir durumdur.

Kararlarda bir benzetmeden hareket edilmiştir. Bilgisayarda depolanan bilgiler ile çanta ve valizlerdeki eşya veya klasörde dosyalanan bilgi arasında fark gözetilmemiştir. Sınır aramalarında bilgisayarın sıradan bir çanta ile benzer tutulması eleştirilmektedir.¹⁰² Bilgisayar ve elektronik cihazların arama veya kopyalanmasına klasik aramadan farklı yaklaşmak gerekir.¹⁰³ Bunların sıradan bir eşya ile benzerlik gösterdiği varsayılmaz, diğer çanta ve nesnelere aynı tutulması hiç de hukuki bir yaklaşım değildir.

Valizlerin aranmasında sadece mülkiyeti ilgilendiren bir ihlal olabilir. Bilgisayar aramaları ise mülkiyet hakkının yanında rekabet, fikri haklar, ticari gizlilik ve ifade özgürlüğüne ilişkin haklara da temas etmektedir. Bir çantada çanta dolusu malzeme veya döküman taşınabilir ama bilgisayar içinde kişinin bütün hayatını bağlayan, bir firmanın tüm geleceğini ipotek altında tutabilecek bilgiler taşımak mümkündür.

Eşya ve bagajların aranmasında sınırsız yetkiler tanınmış olsa bile bunlar elektronik bilgilerin aranması kadar çok kapsamlı ve ihlal edici sayılmaz. Çünkü bagajların aranması tamamen kişinin hazır bulunması ile yapılmaktadır. Kişi başında beklediği için eşyanın suistimal edilmesi, çalınması gibi tehlikeler nerdeyse yoktur. Ancak bilgisayarın alınması ya da elektronik bilgilerin kopyalanmasından sonra bunların korunmasına ilişkin objektif ölçüler belirlenmezse nelerin kopya-

¹⁰² Mark Rasch, "On the Border", <http://www.securityfocus.com/columnists/469>

¹⁰³ Cooper Offenbecher, "Border Searches of Laptop Computers after United States v. Arnold: Implications for Traveling Professionals", Lexis-Nexis. Ayrıca erişim için: Cooper Offenbecher, *Border Searches of Laptop Computers after United States v. Arnold: Implications for Traveling Professionals*, 5 Shidler J. L. Com. & Tech. 9 (2008), <http://www.lctjournal.washington.edu/vol5/a09Offenbecher.html>

landığının denetlenmesi mümkün olmayabilir, başkalarının hakimiyetine geçmesi de kolaylaşır. Bilgilerin kopyalanma usulü hakkında yasal düzenleme olmadığı ve tam bir açıklama olmadığı için dava açmak isteyen kişiler için bunun takip ve dava edilmesi çok zordur.

Bu benzetme şu yönden de hatalıdır. Normal sınır aramalarında çantaların incelenmek üzere alıkonulması sözkonusu olmaz. Arama sırasında yasaya aykırı madde bulunursa elkonulur. Bu yasaklanmış bir madde olması nedeniyle kişinin kanundan kaynaklanan bir katlanma yükümlülüğü vardır. Ancak bilgisayarda bir suç olup olmadığını hemen ilk incelemede anlamak mümkün olmayabilir. Bu durumda detaylı inceleme için alıkonulabilir. Bu alıkoyma ile bilgilerin başkalarının kontrolüne geçmesi çantada yapılan aramanın ötesine geçmektedir. İçindeki bilgilerin kişi açısından çok önemli olduğu durumlarda, zaman ile yarışan işlerle uğraşan avukatlar, firma temsilcileri gibi kişiler bakımından bilgisayarın bazen bir gün bile alıkonulmasının bir çanta araması ile mukayese edilemeyecek etkileri olmaktadır.

Normal suç soruşturmalarında yapılan aramalarda bazı mahkemelerin bilgisayarlara farklı yaklaşımları görülmektedir. Örneğin Federal 10. Temyiz Mahkemesi, bir arama kararına dayanarak yapılan bilgisayar aramasını ilgilendiren *U.S. v. Walser* kararında şu belirlemede bulunmaktadır: “Elektronik çağın gelişme seviyesi ve özellikle sabit bilgisayarların nerdeyse bir kütüphaneye denk bilgiyi depolayabilme imkanı dikkate alınınca mevcut anayasal doktrinleri aşan bir durum sözkonusudur. Diğer fiziki nesnelere, bir çekmeceli dolap ya da dosya kabinine benzeterek bunları açıklamak mümkün değildir.”¹⁰⁴

Sonuç olarak bu kararlar ile sağlanan yetkiler karşısında, Anayasa'nın Ek 4. maddesinin gizlilik ihlallerine karşı kişileri koruma güvencesi anlamını yitirmekte, buna mahkemelerin de onay vermesi ile maddenin sağladığı gizlilik haklarının işlerliği kalmamaktadır.

¹⁰⁴ H. Marshall JARRETT / Michael W. BAILIE, “Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations” Computer Crime and Intellectual Property Section Criminal Division, s. 4. <http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/ssmanual/ssmanual2009.pdf>

2. Suçlarla Etkili Mücadele Yönünden Değerlendirme

Mahkemelerin, sınır aramalarında bilgisayarlara ayrıcalık tanınmasının terör faaliyetlerine kolaylık sağlayacağı yönündeki tezi yerinde değildir. Bilgisayarlar bakımından ifade özgürlüğünü de koruyacak biçimde ayrıcalıklı bir arama şekli benimsenmesi yapılacak denetimleri etkisiz hale getirmez. Bu konuda gündeme getirilen endişeleri ikiye ayırarak değerlendirmek gerekir.

Birincisi, terörün önlenememesi tehlikesidir. Bunu gündeme getirenlerin çözüm olarak bilgisayarların sadece rastgele seçilip aranmasını değil, istisnasız olarak tamamının aranmasını önermeleri gerekirdi. Bilgisayar taşıyanların yarısı durdurulup aransa bile aynı tehlike kalan yarısı için geçerlidir. Diğerleri içinde bir terör planı olmayacağını kimse garanti edemez. Bu nedenle ya bütün bilgisayarların istisnasız aranması ya da bunun mantıklı bir temele dayandırılması gerekir

Milyonlarca kişinin bilgisayarlarının hepsini rutin arama kapsamında aramak mümkün değildir.¹⁰⁵ O halde hiçbir şüphe nedenine dayanmadan rastgele arama ve hertürlü bilgiye bakabilme yetkisini elinde tutmak her zaman suçlarla daha iyi mücadele anlamına gelmemektedir. Bunun mümkün olduğunu savunmak pek inandırıcı değildir. Bir yetkinin kullanılmasıyla elde edilecek yarar ile verilecek zarar arasında bir mukayese yaptığımızda verilecek zarar olasılığının elde edilecek yarar karşısında göz ardı edilebilir olması Yüksek Mahkemenin de benimsediği yararlar dengelemesi doktrininin gereğidir.

Bu güne kadar sınır aramaları kapsamında incelenen bilgisiyarlardan terör faaliyetine ilişkin istisnasız bir delil ortaya çıkarılmadığı belirtilmektedir. Nerdeyse tamamı pornografi materyalleri içermektedir. Bunlar da genellikle bir şüpheye dayanarak yapılmış aramalardır.¹⁰⁶ Bu durumda bilgisayar aramalarının bir standarda bağlanmasının suçla mücadeleyi engelleyeceği tezi yersizdir.

¹⁰⁵ 2008 Ekim ayı ile 2009 Ağustos ayı arasında sınırlardan gelen yolcu sayısı toplam 221 milyon iken arama yapılan bilgisayar sayısı 1.000 olarak rapor edilmiştir. "The PC Privacy Battle at the Border", <http://www.pogowasright.org/?tag=border-search>

¹⁰⁶ Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights", s. 8.

Aramaların belirli standartlara bağlanmasına karşı ikinci endişe pornografi gibi diğer federal suçların önlememesidir. Yukarıda açıklanan gerekçeler bunun için de geçerlidir. Rastgele arama ile bunları yakalama olasılığı yine düşüktür. Bunun yerine şüphe esasına göre aranacak kişiler kolaylıkla saptanabilir. Nitekim *Ickes* olayında kişi hakkında iki ayrı mahkumiyet kararı olduğu saptanmıştı. Araçta yapılan aramada uyuşturucu ve bunu kullanmaya yarayan kağıtlar bulunmuştur. Yine aramada kişi hakkında bir mahkmeden verilmiş yakalama kararı sureti de bulunduğuna göre bütün bunlar bilgisayarda detaylı arama kararı almak için yeterli makul sebep ve bekletmeye esas olacak şüphe nedenleridir.

Makul şüphe olanların aranması gibi seçici ve hedefe yoğunlaşmış bir yöntem izlemek, hem bu tehlikeleri önleme için daha akıllıca, hem de daha hukuka uygun bir yol olacaktır. Gerek teröre gerek pornografiye karşı önlemler alınması mutlaka gereklidir. Ancak bu önlemlerin en aza indirgeme ilkesine¹⁰⁷ uygun biçimde yürütülmesi, daha çok bu suçlarla irtibatlı olabileceğinden şüphelenilen kişiler üzerine yoğunlaşması sağlanmalıdır. Sonuç olarak aramaların şüphe esasına dayanarak yapılması ile de sözü edilen bu endişelerin karşılanması, korunması gereken yararların korunabilmesi mümkündür.

Mahkemelerin gerekçelerinde “*gümrük görevlilerinin her bir kişinin bilgisayarının içeriğini aramaya ve araştırmaya yeterli zamanları ve kaynakları olmadığı*” belirtilmiştir. Bu gerekçeden görevliler tamamen serbest bırakılsa bile hakları ihlal etmeye fırsatları olmayacağından sınırlamaya gerek görülmediği anlaşılmaktadır. Hukuka aykırı elde edilen delillerin hükme esas alınmaması ilkesi karşısında gerekçe biraz şaşırtıcıdır. Yetkinin kötüye kullanılma ihtimalinin az olması ilke olarak buna izin vermeyi gerektirmez. Bu nedenle ölçüleri belirlenmeden takdire göre herkesin bilgisayarından kopya alabilme imkanının verilmesi, bu yetki pratik olarak kullanılmasa bile ciddi bir sorun olarak kabul edilmelidir.

¹⁰⁷ En aza indirgeme ilkesi (Minimization requirement), ABD hukukunda koruma tedbirlerinin uygulanmasında hedef olan kişi ve aranan bilgilere yönelmek ve bunun dışındaki kişi ve materyalleri olabildiğince dışarda tutmaya itina göstererek yerine getirilmesi anlamına gelir. M Murat Yardımcı, *ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi*, Ankara 2009, s. 43, 150.

3. Ticari Önemi Olan Bilgiler Bakımından Değerlendirme

Uluslararası ticaretin, ülkelerin sınırlarını koruma endişesini aşan yararlar taşıdığı gözardı edilmemelidir. Uluslararası ilişkilerine önem veren ülkelerin sınırdan gelen herkesin suçlu olabileceği karinesinden hareket etmek yerine, suçlu olanları seçip yakalamaya yönelik yöntemleri geliştirmesi ve evrensel hukuk ilkelerine uygun hukuki çözümler üretmesi gerekir.

Bilgilerin kopyalanmasına ilişkin ilkeleri belirlerken ticari, fikri ve sinai hakların korunmasının da dikkate alınmalıdır. Sınır aramaları doktrinine kişisel, ticari, fikri, sinai gizlilik haklarının korunması tezinin eklenmesi gerekir. Bunu savunmak suç oluşturan bilgilerin ülkeler arasında kolaylıkla dolaşımını desteklemek anlamına gelmez. Denetimlerde kullanılacak yetkiler kolaylaştırılmalı, ancak yetkilerin kullanımına ilişkin kuralların, kopyalanan bilgilerin güvenli şekilde muhafazasına ilişkin yöntemlerin yasal hükümlerle çerçevesi çizilmelidir. Mevcut tasarımlarda yer alan tespitler işin önemini vurgulamaktadır. Bir yandan sınırlardan suç akışının önlenmesine dikkat edilirken, diğer yandan bilgilerin güvenli şekilde korunması ve suistimal edilmesinin önlenmesi için gerekli tedbirler alınmalıdır.

4. İfade Özgürlüğü Açısından Değerlendirme

a. Kararların İfade Özgürlüğüne Bakan Yönü

İfade özgürlüğüne temas eden yönü de bulunduğundan bilgisayarlarda arama yapma ve kopya almanın Ek 1. maddeye aykırılık teşkil edebileceği ileri sürülmektedir. Bilgisayarların aranmasına ilişkin kararlarda genellikle çocuk pornografisi ile ilgili materyaller içerdiği için işlem yapılmıştır. Buna temas eden bir kararda [*New York v. Ferber*¹⁰⁸] çocukların cinsel suistimalini önlemedeki toplumun üstün yararları bulunduğu gerekçesiyle çocuk pornografisine ilişkin materyaller bakımından yapılacak uygulamalarda Ek 1. madde kapsamındaki ifade özgürlüğünün korunmayacağına karar verilmiştir.¹⁰⁹

¹⁰⁸ [*New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 765 (1982).]

¹⁰⁹ KIM, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 10.

Aslında konu çocukların cinsel yönden sömürülmesi olunca alınan tedbirlerin daha katı olması herkesin benimseyebileceği bir husustur. Ne varki elektronik gereçlerin aranmasına ilişkin düzenleme yapılmasını önermek bunlara karşı tedbirlerin uygulanmaması anlamına gelmemektedir. Önerilen husus işlemlerin kişilerin anlayabileceği belli usullere bağlı olması ve bilgilerin güvenceye alınarak başkalarına yayılmasının önlenmesi, bu alanda zikredilen endişelerin karşılanmasıdır. Bilgisayarında ilk bakışta zaten pornografi materyalleri bulunanlar açısından makul şüphe oluşmuş demektir. Asıl ileri sürülen endişe hukuki materyaller ile ticari gizlilik içerdiği kabul edilen bilgilere ilişkindir.

Yapılan aramaların ifade hakkını ilgilendirdiği ve Ek 1. maddenin ihlal edildiği iddiaları mahkemelerce reddedilirken şu gerekçeler kullanılmıştır: Aramaların kural olarak yasaklanıp istisna hallerde izin verilmesi terör faaliyetlerine kolaylık sağlar. “*Teröristlerin kullandığı yazılar da ifade*” içerebileceği için bunların serbest kalmasına yol açabilir.

Bize göre bu gerekçeler yerinde değildir. Çünkü bu gerekçeden, terörle mücadele sözkonusu olduğunda hiç bir kural tanımadan bütün hakların gözardı edilebileceği ve hukuka uymasa da önlemlere başvurulabileceği şeklinde bir sonuç çıkmaktadır. Oysa terörle mücadele bile olsa aynı sonuçları hukuka uygun bir yolla elde etmek mümkün ise her zaman öncelikle bunun tercih edilmesi gerekir. Kaldı ki, yapılan aramalardan bir tane bile terör materyalleri yakalandığı rapor edilmemiştir.¹¹⁰

b. İfade Özgürlüğüne İlişkin Bir Karar

Sınır aramalarının ifade özgürlüğüne bakan yönü Federal 9. Temyiz Mahkemesi'nin *United States v. Seljan*¹¹¹ kararında tartışılmıştır. Olayda bir çocuktan gelen cinsel içerikli iş arayışına dair mektup arama yapılan bir paketten çıkmıştı. Arama yetkileri kabul edilen görevlilerin hakim kararı olmadan onun içeriğini de okumaları ifade özgürlüğü bakımından dava konusu edilmiştir.

¹¹⁰ Snead, “Redefining Fourth Amendment Rights”, s. 8.

¹¹¹ *United States v. Seljan*, 547 F.3d 993 (9th Cir. 2008)

Mahkeme mektubun makul şüphe olmadan içeriğine bakılmasını ve okunmasını oyçokluğu ile onaylanmıştır. Kararda *Arnold* kararına benzer gerekçeler kullanılmıştır. Sınırlardaki aramalarda kişisel yazışmalar içeren bir mektubun korunmayacağına karar verilmiştir.¹¹² Kararda yer alan karşıoy, mektuplar bakımından ifade özgürlüğünün korunması gerektiğine işaret etmiş ve mektubu yazan kişinin bunun aramadan muaf olacağı konusunda makul sayılabilecek bir beklentisinin bulunduğunu, bu nedenle ifade özgürlüğüne ilişkin hakların korunması gerektiğini belirtmiştir. Sınır aramaları istisnasının ifadeye ilişkin materyaller bakımından uygulanmamasını savunmuştur.¹¹³

5. Yüksek Mahkemenin Son Kararlarındaki Yaklaşımına Göre Değerlendirme

Ülkeyi zararlı maddelerden korumak ve istenmeyen kişilerin girişini önlemek için sınırları kontrol altına alma konusunda devletin çabaları genellikle Yüksek Mahkeme tarafından da desteklenmiştir. Yüksek Mahkeme son yıllarda verdiği kararlarda da sınırlarda yargı kararı olmadan yapılan arama, elkoyma ve kişilerin alıkonulmasına ilişkin güvenlik birimlerine verilen yetkileri genişletme eğilimindedir.

Özellikle 11 Eylül olaylarından sonra artan terör endişesi Yüksek Mahkemenin kararlarını da etkilemiştir. Güvenlik amaçlı olarak yapılan birçok işlem¹¹⁴ sadece karar zorunluluğundan muaf tutulmakla kalmamış, şüphe olmadan da arama yapabilme yetkisi verilmiştir. Aslında bu durum rutin aramalarla sınırlı olmakla birlikte son yıllardaki bazı kararlarda rutin aramanın da kapsamı genişletilmiştir. Bunun en açık örneği 2004 tarihli *U.S. v. Flores-Montano* kararıdır.¹¹⁵ Bu durum

¹¹² Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 7. Mahkeme'ye göre, bu olayda şartlara bakıldığında makul olmayan bir durum yoktu. Çünkü görevliler mektubun içeriğini okumamışlar sadece gözetmişlerdi. Bu gözetme sonucu elde edilen bulgu da görevli için mektubun içeriğini okumaya makul şüphe oluşturmuştu.

¹¹³ Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 8.

¹¹⁴ Federal Procedure, Lawyers Edition, § 22:223, Database updated September 2008, Online West Law. Ek 4. Maddenin öngördüğü karar zorunluluğunun bir istisnası olarak ulusal güvenlik amaçlı düzenlemeler ve uygulamaları için bkz. "Construction And Application Of "National Security" Exception To Fourth Amendment Search Warrant Requirement, 39 A.L.R. Fed. 646".

¹¹⁵ McInnis, *The Evolution of the Fourt Amendment*, s. 108; Dressler / Michaels, s. 315.

karşısında bilgisayarların aranması Yüksek Mahkemenin gündemine geldiğinde federal temyiz mahkemelerinin kararlarına benzer şekilde bir içtihatla sonuçlanabilir.

6. Sınırlarda Bir Tarama Yöntemi: Profillerin Kullanılması

a. Genel Olarak

Sınırlarda yapılan aramalarda kolaylık sağlamak için çeşitli yöntemler kullanılır.¹¹⁶ Hukuka uygun davranan kişiler güvenlik taramalarına ilişkin birçok yöntemden endişe edebilirler. Şüpheli kimseleri saptamaya yönelik bir tarama şekli de profil çalışmalarından yararlanılması yöntemidir. Kişiler hakkında kamuya intikal etmiş hukuken erişilebilir kayıtlar ve işlem bilgileri toplanarak bilgisayar yardımıyla taranıp şüpheli grupları oluşturmaya yarayan yöntem “*profillerin kullanılması*” (profiling) olarak bilinir.¹¹⁷

Profil çalışmalarında, kişilerin belirli bir zaman aralığı içinde gerçekleşen davranışlarına, alışkanlıklarına ve seçeneklerine göre yapılan bu tarama sonucunda kapsama giren yolcular güvenlik görevlilerince diğerlerinden daha farklı arama işlemine tabi tutulur.¹¹⁸

Profil çalışmaları ABD’de güvenlik amacıyla yapılan arama ve kontrollerde özellikle havayolu ulaşımında işletilen bir tarama yöntemidir. Mahkemelerin yaklaşımına gelince, muhtemelen bazı hususlarda yeterince işlemediği için bu tür tekniklerin kullanılmasına pek sıcak bakmamaktadırlar. Ancak 11 Eylül olaylarının ışığında, hem CAPS’ın kullanımı¹¹⁹ ve hem de idari araştırma doktrininin kapsamı kamunun

¹¹⁶ Bu gün sınırlarda ve sınırlara eşdeğer havaalanlarında uygulanan yöntemler arasında en yaygın olanı manyetik tarama cihazlarının kullanılması, en çok dikkat çekici olanı ise köpeklerin koklama duyusundan yararlanılmasıdır. Whole-body imaging technology olarak ifade edilen yöntem ise genellikle havayolu ile yurtdışına çıkışlarda güvenlik taraması için kullanılmaktadır. Güvenlik taramaları sırasında bilgisayarların bir patlayıcı içermediği ve bunun gerçekten bir bilgisayar olduğunu anlamak için bir kez açılıp kapatılması istenmektedir.

¹¹⁷ Blinka, “Screening Passengers And Property”, s.9.

¹¹⁸ James L. Buchwalter, “Validity Of Airport Security Measures”, 125 A.L.R.5th 281, § 6 (a), Online Westlaw.

¹¹⁹ Son yıllarda federal güvenlik kurumları havayolu ile yapılan işlemler ve seyahat alışkanlıkları üzerine CAPS (Computer Assisted Profiling System) adında ülke

güvenliği dikkate alınarak genişleme eğilimindedir.¹²⁰ Bunların uygulanmasında çoğu ırksal temele dayanan önyarguların kişi haklarının kullanımı ve korunmasında eşitliği ihlal edebilme olasılığı her zaman vardır. Bu nedenle mahkemelerin profillerin kullanılmasını tereddütte karşıladıkları ifade edilmektedir.¹²¹ Yine de uygulama başla-
dığından beri birçok mahkeme kararında, profillerin taranması çalış-
malarına dayanarak uçak kaçırma şüphesi oluşan kişilerin bagajların-
ın aranmasının da Ek 4. maddeye aykırı sayılmayarak onaylandığı
görülmüştür.¹²²

b. Profillerin Kullanılmasında Ayrımcılık Yasağı

Güvenlik amaçlı olarak özellikle terör faaliyetlerine karşı kulla-
nılan bu yöntemlerin ayrımcılık esasına göre yapılmaması gerekir.¹²³
Yüksek Mahkeme kararlarına göre değerlendirildiğinde bilgilerin ka-
muya açık olan kurumlardan ve üçüncü kişilere rıza ile verilen bilgi-
lerden toplanması halinde hukuken sorun oluşturmamaktadır.

Hangi tür suçlarla mücadele edilmekteyse bunlardan şüpheli ki-
şilerin bulunması hedeflenmelidir. Renk, ırk, dil ve ülke esasına göre

çapında bir veri tabanı (database) oluşturmuşlardır. Wayne R. Lafave, *Search And Seizure: A Treatise On The Fourth Amendment, Search & Seizure*, § 10.6, *Airport searches*, Online Westlaw.

¹²⁰ Blinka, "Screening Passengers And Property", s. 10.

¹²¹ Blinka, "Screening Passengers And Property", s. 10.

¹²² [U.S. v. Mitchell, 352 F. Supp. 38 (E.D. N.Y. 1972)] ; [Ruling in U.S. v. Slocum, 464 F.2d 1180 (3d Cir. 1972)] [U.S. v. Miller, 480 F.2d 1008 (5th Cir. 1973)]; [U.S. v. Fern, 484 F.2d 666 (7th Cir. 1973)]; [U.S. v. Burton, 341 F. Supp. 302 (W.D. Mo. 1972)]; [U.S. v. Doran, 482 F.2d 929 (9th Cir. 1973)]; [People v. Hyde, 12 Cal. 3d 158, 115 Cal. Rptr. 358, 524 P.2d 830 (1974)]; [U.S. v. Clay, 638 F.2d 889 (5th Cir. 1981)]; [In U.S. v. Lopez-Pages, 767 F.2d 776 (11th Cir. 1985)]; [People v. Flier, 2002 WL 31648800 (Cal. App. 2d Dist. 2002)] BUCHWALTER, "Validity Of Airport Security Measures", 125 A.L.R.5th 281, § 6(a), Westlaw.

¹²³ Bu sistemin kullanılmasına dair usul ve ölçütler, onun gizliliğini ve böylece etkinliğini temin etmek bakımından kamuoyuna çok fazla tanıtılmış değildir. Ancak Federal Havacılık İdaresi (FAA) de işin özünde renk, cins, ırk temeline dayalı bir bilgi toplama olmadığını ifade etmiştir. CAPS sistemi ile verilerin kullanılması ve havaalanlarının güvenliğine ilişkin ayrıntılı tartışmalar için. Bkz. Jamie RHEE, "Rational and Constitutional Approaches to Airline Safety in The Face of Terrorist Threats", 49 DePaul Law Rev.847 (2000) (Blinka, "Screening Passengers And Property", s. 10.)

ayrımcılığa yol açabilecek bir yöntem izlenmemesi gerekir. Kongre'ye sunulan S. 3612 sayılı Tasarı'da, profillerin kullanılması bir yöntem olarak öngörülmüş, ancak yapılacak çalışmaların ayrımcılığa yol açabilecek tarzda kullanılması yasaklanmıştır.¹²⁴

Tasarı'ya göre, görevliler aranacak kişilerin seçiminde, aramanın kapsamını ve tarzını belirlemede kişinin renk, etnik durumu, geldiği ülke orijini ve din tercihlerini dikkate alacak şekilde davranamazlar.¹²⁵ Belirtilen özelliklerin kullanılmasına ilişkin bir istisna öngörülmüştür. Aranacak kişilerin seçiminde belirtilen hususların dışındaki faktörlere dayanarak makul şüphe edinilmiş ise bu kişiyi tanımlamada belirtilen faktörlerden yararlanabilir.¹²⁶

IV. YASAMA ÇALIŞMALARINA İLİŞKİN GELİŞMELER

A. Yasal Düzenleme Yapma Zorunluluğu

Sınırlarda elektronik gereçlerin aranmasına ilişkin uygulama rutin arama bile olsa kişileri rahatsız edecek nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Oysa rutin aramaların kişilerin gizlilik yararlarını çok fazla ihlal etmeyen ve incitici olmayan yöntemler olması gerekir.

Görevlilerin ne zaman, nasıl yetki kullanacakları bireyler bakımından bilinmezliğini sürdürmektedir. Takdir yetkisindeki bu genişlik eleştirilebilir. Koruma tedbirlerine ilişkin kararların keyfilik önlenmesi adına bazı hususları içermesi öngörülmüştür. Kararların, aramanın yerini ve aranacak şeyi belirginleştirmesi, olabildiğince aramanın kapsamını açıklaması gerekir. Sınırlarda ise karar zorunluluğu olmadığı için bu güvenceler işe yaramamaktadır. Yapılan işlemler görevlilerin takdirine ve nezaketine bırakılmaktadır.

Mevcut uygulama hakkında ileri sürülen endişeler şunlardır: Elektronik cihazların, bilgi depolanabilen her türlü aletlerin ve dizüstü bilgisayarların aranmasında ve bunların kopyalanmasında sınırsız yet-

¹²⁴ H.3612,Section7. (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>)

¹²⁵ H.3612, Section 7(a). (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>)

¹²⁶ H.3612, Section 7(b). (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>)

kiler tanınması denetlenmesi zor inisiyatif alanları açmaktadır. Elektronik bilgilerin kopyalanması suistimal edebilmeye açık bir alandır. Kopyalanan bilgisayarların içeriğinin sınırsız görülebilmesi, bilgilerin başka kurumlarla paylaşılması imkanı nedeniyle ticari ve kişisel gizliliği olan bilgilerin korunamaması riski vardır. Bilgilerin güvenli şekilde korunmaması firmaların rekabet gizliliğini tehlikeye atmaktadır.¹²⁷ Uluslararası ticari ilişkilerin bu kapsamda geliştiği ve rekabet kapasitesin ülkelerin sınırlarını aşmış global seviyede bir yarışın yaşandığı günümüzde ticari gizlilik haklarının korunması bakımından gerekli düzenlemelerin yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Bu endişelerin karşılanması adına toplumsal yararları oluşturan öncelikler esas alınmak suretiyle yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Yapılacak olan düzenlemelerde, uygulanacak yöntemleri daha açık hale getirilmeli, görevlilerin keyfi takdirlerini ve ihlal oluşturabilecek durumları ortadan kaldırılmaya ve bilgilerin güvenli bir şekilde muhafazasına yönelik yöntemler açıklanmalıdır. Bireyler de haklarında yapılan işlemlere hangi şartlarda ve hangi hukuki yollara başvurabileceğini bilmelidir. Bunun yolu yetkilerin kullanım şeklinin yasal düzenlemelerle daha açık bir şekilde belirlenmesidir. ABD Kongresi'ne sunulmuş olan sınır aramalarına ilişkin tasarılar yeterli ayrıntıyı içermektedir.

B. Yasa Önerilerinin Özetleri

110. ve 111. Kongre dönemlerinde sınırlarda yapılan aramalara ilişkin bazı yasa tasarıları hem Senato'ya hem de Temsilciler Meclisi'ne sunulmuştur. Bunların çoğunlukla elektronik cihazlara ve dizüstü bilgisayarlara yönelik arama, elkoyma ve kopyalama işlemlerine ilişkin olduğu görülmektedir.

110. Kongre döneminde sunulmuş tasarılarından H. R. 6588¹²⁸ ABD sınırlarında sadece genel sınır araması yetkisine dayanarak bilgisayarların aranmasının yasaklanmasını, ama bunların bir federal yetkiye dayanarak yapılabilmesini öngörmektedir.¹²⁹

¹²⁷ Zimmerman, <http://www.fenwick.com> (20.12.2009)

¹²⁸ "Electronic Device Privacy Act of 2008", H.R. 6588, 110th Cong. (2008)

¹²⁹ KIM, "Border Searches of Laptop Computers..", s. 11.

Yine 110. Kongre'ye sunulan bir başka tasarı (S.3612) da¹³⁰ ise sınırlarda ABD vatandaşları ile hukuka uygun olarak ülkede bulunma hakkı olanların yanlarında bulunan elektronik cihazların makul olmayan arama ve alıkoymalara karşı korunmasını amaç edinmiştir. Tasarıda genel olarak arama ve elkoymanın şekli, ölçütleri ve usulleri gösterilmiştir. Yapılan işlemlerin kayıt altına alınması öngörülmektedir. Tasarı'ya göre aramanın dayanağı olan makul şüphe, belirginleşmiş ve objektif bir temele dayanan şüphe olarak anlaşılması gerekir. Profillerin ayrımcılığa yol açabilecek şekilde kullanılmasına ilişkin yasaklamalar düzenlenmiştir. Görevlilerin bu tür materyallerde arama yaparken renk, etnik köken, din ve ulus kökenine göre seçerek işlem yapmalarını yasaklamaktadır.¹³¹

3612 no.'lu Tasarı'da sınır aramalarında önem arz eden "resident" (oturma hakkı sahibi) ibaresi de tanımlanmış ve ABD vatandaşları ile hukuka uygun olarak ülkede geçici olarak oturmalarına izin verilen yabancıların bu kavrama dahil kabul edildiği belirtilmiştir.¹³² Bu tasarı diğerlerine göre kapsamı geniş ve öngördüğü hükümler itibariyle eleştirileri karşılamaya elverişlidir.

¹³⁰ "Travelers' Privacy Protection Act of 2008" 110th Cong. (S 3612 IS). 26 Eylül 2008 tarihli bu tasarı da halen Senato'da beklemektedir. 110. Kongre'ye sunulan tasarılar genel işleyişe bırakılır ise yasalaşma ihtimali bulunmamaktadır. Kongreye bir önceki sezonda sunulduğu ve aradan iki yıl geçtiği için yeniden üyelerce sunulmasına ihtiyaç vardır. Her bir sezon sonunda yasalaşmayan öneriler kayıttan kalkmaktadır.

¹³¹ Tasarı metni için: <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>

¹³² S.3612, Section (2/12). (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>) Oturma hakkı anlamına gelen resident statüsü alan kişiler ABD sınırlarından girişte veya havayolu ile uçaktan indikten sonra pasaport ve vize incelemesinde ülkede kalma süreleri belirlenir. Görevlinin dökümanlara dayanarak hazırladığı oturma belgesindeki süre kadar ülkede kalma, oturma hakkı vardır. Bu incelemeden sonra kişi gümrük denetimi yapılan alana geldiğinde gerek bagajları gerekse üzerinde bulunan eşyası ve çantaları aranmaktadır. Eğer sınırda veya havaalanlarında yapılan kontrollerde dökümanları kişinin oturma hakkını desteklemiyorsa oturma hakkı verilmeden sınırdan geri gönderilir veya havaalanında ise bu süreç içinde pasaport bölümünde tutularak uçakla geldiği ülkeye geri gönderilir.

110. Kongre'ye sunulan H.R. 6702¹³³ no.'lu Tasarı ile 111. Kongre'ye sunulan H.R. 239 no.'lu tasarılar tamamen aynı olup ikiz tasarı olarak nitelenmektedir.

111. Kongre'ye sunulan "*The Securing Our Borders and Our Data Act of 2009*" adlı ve H.R. 239 no.'lu Tasarı¹³⁴ federal görevlilerin sadece genel sınır araması yetkisine dayanarak "*dijital elektronik cihazları*", "*elektronik bilgi depolama ünitelerini*" ve bilgisayarları aramasını ve elkoymasını yasaklamaktadır. Bunlarla ilgili arama ve elkoyma yetkileri üzerine katı kurallar öngörmektedir. Arama ve elkoymaya sadece bu cihazın bir suç delili içerdiğine dair makul şüphe bulunması şartıyla aramaya izin verilmektedir. Cihazlara elkonulması bilinen sınır yetkileri dışında başkaca bir federal yasadaki kaynaklanan bir yetkiye dayanarak mümkün olmaktadır. Alıkonulması halinde azami bir süre öngörülmekte, cihaz sahibinin bunu geri isteme hakkına ve alıkonulan veya kopyalanan bilgilerin diğer kurumlarla paylaşılmasına ilişkin kurallar içermektedir. İç Güvenlik Bakanlığının bunları sağlamak üzere gerekli ek düzenlemeleri yapması öngörülmektedir.¹³⁵

111. Kongre'ye sunulan "*The Border Security Search Accountability Act of 2009*" başlıklı ve H.R. 1726 no.'lu tasarı¹³⁶ daha çok ticari bilgilerin korunmasını amaçlayan bazı arama ve kayıt usulleri öngörmektedir. Özellikle ticari bilgilerin diğerlerinden farklı ele alınması öngörülmektedir. Buna göre, arama bir gözetici amir huzurunda yapılması gerekmekte, bir makul sebep yoksa bilgilerin tutulabileceği süre sınırlanmaktadır. Kişiyi yapılan elkoyma hakkında bilgi verilmesi, alındığına dair belge verilmesi gerekmektedir.¹³⁷

¹³³ "Securing Our Borders and Our Data Act of 2008", H.R. 6702, 110th Cong. (2008)

¹³⁴ "The Securing Our Borders and Our Data Act of 2009", H.R. 239, 111th Cong. (2009) [110. Kongre döneminde ("Securing Our Borders and Our Data Act of 2008", H.R. 6702, 110th Cong. (2008) başlığı ile sunulmuş tasarı ile aynıdır.]

¹³⁵ Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 11; KIM / Henning, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 8.

¹³⁶ ("The Border Security Search Accountability Act of 2009" (H.R. 1726). [110. Kongrede aynı isimle sunulmuş bir tasarı bulundakta idi: "Border Security Search Accountability Act of 2008, H.R. 6869, 110th Cong. (2008)" 110. Kongrede aynı isimle sunulmuş olan bir tasarı da İç Güvenlik Bakanlığına bazı düzenlemeler yapma konusunda yükümlülük öngörmekte idi.] <http://www.opencongress.org/bill/111-h1726/text>.

¹³⁷ Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 11.

Aynı isimle 110. Kongre'ye sunulmuş olan H.R. 6869¹³⁸ no.'lu tasarının¹³⁹ amacı da aynı şekilde denetlenebilir ve hesap verilebilir bir arama tarzı oluşturmaktır. Bu tasarılar elektronik cihazların aranması konusunda yetki kullanmada ihtiyaç olan tanımlar ve rehberlik oluşturmaktır. Bu tür cihazların alıkonulması, aranması, bilgilerin saklanması ve başka görevlilerle paylaşma konusunda gerekli olan spesifik ilkelere koymak suretiyle kişilerin varlıklarının ve daha da önemlisi bilgilerinin korunması sağlanacaktır. Kişisel gizliliği olan bilgilerin korunması ve hesap verilebilirliğe ilişkin usullerin geliştirilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda Ticari Sırlar Kanunu, Gizlilik Kanunu ve benzeri düzenlemelerin gereği olan önceliklerin korunması amaçlanmıştır. Bunlar avukat müvekkil, hasta doktor ilişkileri gibi gizli kalması gereken bilgilerdir.¹⁴⁰ Tasarı elektronik cihazların sınır güvenlik kapsamında aranması için gerekli olan usulü zorunlulukları düzenleme ve kapsamını belirginleştirme konusunda İç Güvenlik Bakanlığı'na bazı yükümlülükler dayatmaktadır.¹⁴¹

SONUÇ

Federal temyiz mahkemelerinin kararları ile de onaylanan mevcut uygulamaya göre sınırlarda ve uluslararası havaalanlarında rutin aramalar kapsamında bilgisayar ve elektronik cihazların da aranması mümkündür. İçerdiği bilgiler dikkate alındığında vahim gibi görünse de diğer bagaj eşyasından farklı olmayıp çanta, valiz ve kolilerle aynı şekilde muamele görmektedir.¹⁴² Bilgi alma kapasitesi ne olursa olsun tüm cihazlar bu kapsamdadır. Görevliler her türlü elektronik depolama cihazlarına erişim, inceleme, alıkoyma ya da kopyalama yetkisine sahiptir.

¹³⁸ "Border Security Search Accountability Act of 2008", H.R. 6869, 110th Cong. (2008)

¹³⁹ Temsilciler Meclisi üyesi Loretta SANCHEZ'in 11 Eylül 2008 tarihinde sunduğu "Border Security Search Accountability Act of 2008", tam metni için; <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=h110-6869>,

¹⁴⁰ http://www.lorettasanchez.house.gov/index.php?option=com_content&task=view&id=351&Itemid=1

¹⁴¹ Henning / Kim, "Border Searches of Laptop Computers...", s. 8.

¹⁴² [Tasarı: S 3612, Section 2/2] (<http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-3612>)

Teknolojik gelişmelere bağlı olarak gittikçe daha küçük depolama ünitelerine daha fazla bilgi konulabilmektedir. Birçok kimse yaptıkları işe bağlı olarak gittikleri heryere daha kapsamlı bilgileri taşımaya yeğlemektedir. Bilgisayar dışında da bilgi ve resim taşımada kolaylık sağlayan cihazların listesi çoğalmaktadır. Gelişen bu durum karşısında; farklı bir değerlendirme yapmak ve kişilerin eşyasının rutin sayılabilecek tarzda aranması ile bilgisayar ve elektronik depolama ünitelerinin aranmasını ayrı tutmak gerekir. Bunların aranmasının gizlilik hakları bakımından daha ihlal edici olduğu bir gerçektir. Normal bagaj eşyasından farklı olarak çok hassas ve ayrıcalık gerektiren bilgiler de içerebileceğinden bunların rutin arama dışında tutulması gerekir.¹⁴³ Var olan içtihat hukuku açısından sınır aramaları istisnasını ve tüm varlıkların denetlenmesini anlayabilmek mümkündür, ama dijital bilgi depolama işi yeni gelişen ve ayrı ele alınması gereken yeni bir hukuki sorundur.¹⁴⁴

Çoğu şirketlerin sahiplik ve çalışma şekilleri sınırları aşan bilgi paylaşımını gerektirebilir. Şirketleri temsil edenler ve başka ülkelerle ticari bağlantıları ve temsil durumları olanlar vekalet ettikleri kişilerin ve şirketlerin gizlilik taşıyan bilgileri konusunda endişe etmekte haklıdırlar. Bilgisayarında çok kapsamlı mali kayıtlar, işletmelerle ilgili gizli bilgiler ve fikri sınai haklar bakımından önemli bilgiler olabilir. Görevlilerin bunlara erişebilmesi sadece gizlilik hakkı yönünden değil başka haklar bakımından da sorunlar doğurabilir. Bilgisayar ve benzeri cihazlarında hukuki temsil gereği önemli belgeler, telif hakları gibi şirketlerin durumlarını etkileyecek bilgiler, korumaya özen gösterdikleri hukuki, ticari, kişisel gizlilik gerektiren bilgileri taşıyanlar bunlara erişilmesinde hukuki sakınca görmekte iseler daha özenli olmaları, buna yönelik önerilen koruma prosedürlerini uygulamaları gerekmektedir.¹⁴⁵

¹⁴³ Robert Litt / Ronald Lee / Stephen Marsh, "WorKing On The Flight? How International Travel Can Result in Government Officials Examining Your Electronic Data", <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/ca-worKingonthe-flight-021208.pdf>

¹⁴⁴ Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights", s. 6.

¹⁴⁵ Luigi Benetton, "How to Secure Your Laptop Before Crossing the Border, CBA Website (September 2008) <http://www.cba.org/cba/practicelink/TAYP/laptop-border.aspx> ; Sergio R. Karas, "Privacy at Risk: Laptops Can Be Searched at the Border" <http://www.visalaw.com/privacyrisk.pdf>

Ülkenin kendi çıkarlarını korumak o ülkenin öncelikli hakkıdır. Ancak bütün ülkelerin benimsediği sınır aşan ticari faaliyetlerin korunması da bir ödev sayılmalıdır. Şirketlerin ve bireylerin kişisel gizlilik yararlarının korunmasını desteklemek herkesin hesapsız bir şekilde sınırı geçebilmesini savunmak anlamına gelmez. Tamamen denetimsiz bir sınır geçişini savunmak elbette mümkün değildir. Belirli hukuki esaslara bağlı olarak arama ve incelemelerin yapılması normaldir. Bir ülkeye gelen kişilerden bir suç sebebiyle yakalanan veya hukuka aykırı, illegal amaçlar içinde olanların sayısı ve genel içindeki oranına bakıldığında prensip olarak gelenlerin öncelikle hukuka uygun davranan kişiler olduğunu kabul etmek ilke olmalı; istisna olarak şüpheli görülenlere yoğunlaşmak ve gerekmesi halinde detaylı arama yapmak esas olmalıdır. Şüphe gerekçesine dayanarak arama yapılmasını esas almak suçluların tamamen serbest bırakılması anlamına da gelmemektedir.

Sonuç olarak özetle vurgulamak gerekirse, bilgi depolamada kullanılan bilgisayar ve elektronik cihazlar basit bir eşya gibi rutin aramaya tabi tutulmamalıdır. Bu konuda tüm eleştiriler bunların rutin arama kapsamında ele alınmaması gerektiği üzerine yoğunlaşmaktadır. Başta bilgisayarlar olmak üzere tüm bilgi depolama ünitelerinin kopyalama ve inceleme yetkisinin keyfi olarak kullanılmasına yol açabilecek olan şüphe olmaksızın rutin arama ve kopyalamanın kabul edilebilir yanı yoktur. Bu nedenle, görevlilere hiçbir şüphe olmadan ve ölçülebilir belirlenmeden kendi takdirine göre herkesin bilgisayarından kopya alabilme imkanı verilmemelidir. Sonuçları çok ağır olabilecek olan kopyalama ve detaylı arama gibi tedbirlerin bir şüphe esasına bağlı olması benimsenmelidir. Bilgisayarlar üzerinde detaylı inceleme gerektiğinde bunun hakim kararına bağlanması bir çok endişeleri ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKLAR

- Adrien F. Snead, "Redefining Fourth Amendment Rights in The Digital Age: Suspicionless Border Searches of Electronic Data Storage Devices" http://www.abanet.org/natsecurity/09writing_comp_winner_aSnead.pdf
- Andrew E. Taslitz-Margaret L. Paris-Lenese C. Herbert, *Constitutional Criminal Procedure*, Professor Review Copy Not For Sale, Foundation Press, 3rd Ed. 2007 Ed.
- Anna C. Henning-Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers and Other Electronic Storage Devices" CRS Report for Congress, 30 Ocak 2009, 7-5700, RL34404, www.crs.gov.
- Brent E. Newton, *Practical Criminal Procedure, A Constitutional Manual*, NITA, 2005.
- Clifford S. Fishman- Anne T. Mckenna, *Wiretapping § Eavesdropping: Surveillance In The Internet Age*, Third Edition, 2007, Online Westlaw.
- Cooper Offenbecher, "Border Searches of Laptop Computers after United States v. Arnold: Implications for Traveling Professionals", 5 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 9 (2008)
- Daniel B. Blinka, "Screening Passengers And Property", In: *Electronic Surveillance, Commentaries And Statutes*, The Practice Commentaries Series, NITA (The National Institute for Trial Advocacy), 2003-2004 Edition, s.7-14.
- Erwin Chemerinsky-Laurie L. Levenson, *Criminal Procedure, Investigation*, Aspen Publishers, 2008.
- Federal Procedure*, Lawyers Edition, § 22:223, Database updated March 2010, Online West Law.
- Harvey Rishkof, "Symposium: The Fourth Amendment at the International Border: Combating Terrorism in the Digital Age: A Clash of Doctrines: The Frontier Of Sovereignty - National Security and Citizenship - The Fourth Amendment - Technology And Shifting Legal Borders" *Mississippi Law Journal*, Winter, 2008, 78 *Miss. L.J.* 381
- H.Marshall Jarrett - Michael W. Bailie "Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations" *Computer Crime and Intellectual Property Section Crimi-*

nal Division, s. 4; <http://www.justice.gov/criminal/cybercrime/ssmanual/ssmanual2009.pdf>.

İlyas Şahin, "ABD Hukukunda Mahkeme Kararları Işığında Havaalanlarında Yapılan Aramaların Hukuki Durumu ve Son Gelişmeler", KHUKA, Yıl.11, S.2. Eylül 2008 (2010) s. 115-147

Jaclyn Belczyk, "ACLU Lawsuit Demands Information on US Border Laptop Search Policy", JURIST Legal News and Research, 27.8.2009. <http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2009/08/aclu-demands-information-on-us-border.php>

James F. Anderson- Bankole Thompson, American Criminal Procedure, 2007.

James L. Buchwalter, "Validity Of Airport Security Measures", 125 A.L.R.5th 281, § 2(a) § 6 (a), Online Westlaw.

Jerold H. Israel-Wayne R. Lafave, Criminal Procedure, Constitutional Limitations, 6th Ed. 2001.

Joshua Dressler-Alan C. Michaels, Understanding Criminal Procedure, Volume 1: Investigation, 4th Edition, 2006, Lexis Nexis.

Kiely Lewandowski, "US Senator Criticizes Warrantless Laptop Searches At Border", JURIST Legal News and Research, 2.7.2008 (<http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2008/07/us-senator-challenges-warrantless.php>, 22.12.2009)

Micheal A. Cretacci, Supreme Court Case Briefs in Criminal Procedure, 2008.

Mitchell Zimmerman, "Gov't Rummaging Through Your Laptop's Contents? No Problem If You're Re-Entering USA, Says Ninth Circuit", http://www.fenwick.com/docstore/Publications/Litigation/Privacy_Alert_04-30-08.pdf

M.Murat YARDIMCI, ABD Hukuku, AİHM İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2009.

Robert Litt- Ronald Lee - Stephen Marsh, "Working On The Flight? How International Travel Can Result in Government Officials Examining Your Electronic Data", <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/ca-workingontheflight-021208.pdf>

Robert M. Bloom - Mark S. Brodin, Criminal Procedure, Aspen Publishers, Fourth Edition, 2004.

Russel L. Weaver- Leslie W. Abramson- John M. Burkoff- Catherine Hancock, Principles of Criminal Procedure, 3rd Edition, Thomson-West, 2008.

- Russell J. Davis-Laura Hunter Dietz-John R. Kennel, "Customs Duties And Import Regulations", 21A Am. Jur. 2d Customs Duties, Etc. § 308, American Jurisprudence, Second Edition, Database updated May 2009, Volumes 33-34B, Online Westlaw.
- Ryan Singel, "Border Agents Can Search Laptops Without Cause, Appeals Court Rules"
(<http://www.wired.com/threatlevel/2008/04/border-agents-c/>)
- Sherry F. COLB, "Does the Fifth Amendment Protect the Refusal to Reveal Computer Passwords? In a Dubious Ruling, a Vermont Magistrate Judge Says Yes", FindLaw, February 4, 2008, <http://writ.news.findlaw.com/colb/20080204.html>.
- Stephen A. Saltzburg - Daniel J. Capra - Angela J. Davis, Basic Criminal Procedure, 4th Edition, Thomson-West 2005.
- Stephen Lease, "Customs Duties", Corpus Juris Secundum, 25 C.J.S., Searches and Seizures, § 228, 229, 230 Database updated June 2009, Online Westlaw.
- Steven L. Emanuel, Criminal Procedure, Aspen Publishers. 27th Edition, 2007.
- Susan W. Brenner-Barbara A. Frederiksen, "Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues", 8 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 39 (2002), <http://www.mttlr.org/voleight/Brenner.pdf>
- Thomas N. McInnis, The Evolution of the Fourth Amendment, 2009.
- Wayne R. Lafave, Search And Seizure: A Treatise On The Fourth Amendment, Search & Seizure, § 10.6, Airport searches, Online Westlaw.
- Yule Kim, "Protecting the U.S. Perimeter: Border Searches Under the Fourth Amendment", CRS Report for Congress, RL31826, 29 Haziran 2009, <http://www.fas.org/sgp/crs/homesecc/RL31826.pdf>
- Yule Kim, "Border Searches of Laptop Computers and Other Electronic Storage Devices", CRS Report for Congress, RL34404, 28.07.2009, s. 4. http://assets.opencrs.com/rpts/RL34404_20090728.pdf