



**KTO KARATAY
ÜNİVERSİTESİ**

T.C
KTO Karatay Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı

ÖNLEME ARAMASI

Zeliha ALPSOY

KONYA
Haziran, 2019

ÖNLEME ARAMASI

Zeliha ALPSOY

KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı

Yüksek Lisans Tezi

KONYA
Haziran, 2019

KABUL VE ONAY

Zeliha ALPSOY tarafından hazırlanan “Önleme Araması” başlıklı bu çalışma, 28/06/2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ (Danışman)



Prof. Dr. Berrin AKBULUT



Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN



Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

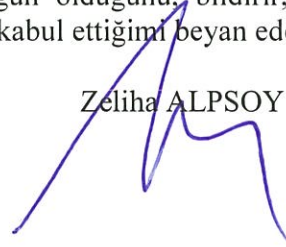


Dr. Öğr. Üyesi Fatma Didem TUNÇEZ
Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez/Proje Hazırlama ve Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; tez içerisinde sunduğum verileri, bilgileri ve dökümanları akademik ve etik ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabul ettiğimi beyan ederim.

Zeliha ALPSOY



ÖZET

Önleme Araması
ALPSOY, Zeliha
Yüksek Lisans, Kamu Hukuku
Tez/Proje Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ
Haziran, 2019

Arama işlemi kişilerin bazı temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi sonucunu doğuran bir işlem olup, kendi içerisinde adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılmaktadır. Adli arama, suç şüphesi üzerine başvuru yapılan arama türü olup; önleme araması, suç şüphesi öncesinde başvuru yapılan arama türüdür. Çalışmamızın konusu olan önleme aramasının ne olduğunun ya da ne olmadığına daha doğru anlaşılabilmesi için adli aramaya ilişkin açıklamalara da çalışmamızda yer verilmiştir.

Önleme aramasında, arama işlemi ile bağlantılı olduğu düşünülen bir suç bulunmamaktadır. Önleme aramasına muhatap olabilecek kişiler çoğunlukla, hayatın olağan akışında yaşamlarına devam eden insanlardır. Bu nedenle belki de hayatlarında devletin soğuk yüzünü hiç görmemiş olan bu insanlarda, önleme aramasından sonra, devlete ilişkin olarak olumsuz izlenimlerin bırakılmaması gerekir.

Çalışma üç bölümden oluşmakta olup birinci bölümde, arama kavramı, aramanın hukuki niteliği, aramaya hakim olan ilkeler, aramanın tarihsel gelişimi, mukayeseli hukukta arama, arama çeşitleri incelenmiş; ikinci bölümde, çalışma konumuz olan önleme araması incelenmiş; üçüncü bölümde ise hukuka aykırı olarak yapılan arama başlığı altında, hukuka aykırı aramanın suç teşkil etmesi, hukuka aykırı arama ile elde edilen delillerin durumu, hukuka aykırı arama nedeniyle uğranılan zararının tazmini ve hukuka aykırı aramaya karşı başvurulabilecek kanun yolları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Önleme araması, Arama, Hukuka aykırı arama, Kolluk, Özel hayatın gizliliği

ABSTRACT

PREVENTIVE SEARCH

ALPSOY, Zeliha

Post graduate, Public Law

Supervisor: Asst. Prof. Mehmet Savaş ÖZDAĞ

June, 2019

The search process is a process, which results in interference with certain fundamental rights and freedoms of individuals, is divided into two types: Judicial research and preventive research. Judicial search is the type of search which is applied on the criminal suspicion, preventive search is the type of search that is applied before the criminal suspicion. In order to better understand what the preventive search is or what it is not, the explanations related to the judicial search are also included in our study.

In the preventive search, there is no crime that is considered to be related to the search process. People who may be involved in the preventive search are usually people continuing their lives in the ordinary course of life. For this reason, in these people who have never seen the cold side of the State in their lives, it is necessary that negative impressions about the State should not be left after the preventive search.

The study consists of three parts. In the first part, the concept of search, the legal characteristic of the search, the principles of the search, the historical development of the search, search in comparative law and the types of search are examined. In the second part, the preventive search which is the subject of our study is examined. In the third part, the criminalization of unlawful search under the umbrella of the search unlawfully, the status of evidences obtained by unlawful search, the compensation for damage caused by the unlawful search and the legal remedies against the unlawful search are examined.

Key Words: Preventive search, Search, Unlawful search, Police, The right to privacy.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
ETİK BEYAN.....	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMA KAVRAMI, ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, ARAMAYA HAKİM OLAN İLKELER, ARAMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ, MUKAYESELİ HUKUKTA ARAMA, ARAMA ÇEŞİTLERİ

1. ARAMA KAVRAMI	3
2. ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	10
3. ARAMAYA HAKİM OLAN İLKELER	14
3.1. Genel Olarak	14
3.2. Hukuk Devleti İlkesi	15
3.3. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi	19
3.4. Orantılılık (Ölçülülük) İlkesi.....	24
3.5. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi	27
3.6. Dürüst işlem İlkesi (Adil Yargılanma Hakkı).....	35
3.7. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi	38
3.8. Suçsuzluk Karinesi.....	40
4. TARİHSEL GELİŞİM	42
4.1. Eski Yunan ve Roma Hukuku.....	43
4.2. Cermen Hukuku ve Frenk Hukuku	45
4.3. Kilise Hukuku, İtalyan Hukuku ve Aydınlanma Dönemi	45
4.4. Türk Hukuku	46
5. MUKAYESELİ HUKUK	50

5.1. Alman Hukuku	50
5.2. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku	52
5.3. Yeni Zelanda Hukuku ve Kanada Hukuku	57
5.4. İngiliz Hukuku	58
5.5. Belçika Hukuku.....	59
6. ARAMA ÇEŞİTLERİ.....	60
6.1. Genel Olarak	60
6.2. Adli Arama.....	68
6.3. Önleme Araması.....	70

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNLEME ARAMASI

1. GENEL OLARAK.....	72
2. ÖNLEME ARAMASININ AMACI.....	77
3. ÖNLEME ARAMASININ KONUSU, ÖNLEME ARAMASINA MARUZ KALABİLECEK KİŞİLER ve ÖNLEME ARAMASININ ZAMANI	79
3.1. Önleme Aramasının Konusu	79
3.1.1. Önleme Amaçlı Üst Araması (AÖAY m. 28)	80
3.1.2. Önleme Amaçlı Özel Kâğıt ve Eşya Araması (AÖAY m. 28).....	83
3.1.3. Önleme Amaçlı Araç Araması (AÖAY m. 29).....	84
3.2. ÖNLEME ARAMASINA MARUZ KALABİLECEK KİŞİLER	85
3.3. ÖNLEME ARAMASININ ZAMANI.....	87
4. ÖNLEME ARAMASI KARARI VE EMRİ.....	88
5. ÖNLEME ARAMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	96
5.1. 2709 Sayılı 1982 Anayasası	96
5.2. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu	97
5.3. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu.....	99
5.4. 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu	103
5.5. 6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun	105
5.6. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu.....	107
5.7. 5253 Sayılı Dernekler Kanunu	108
5.8. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun	108
5.9. 2935 Sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu.....	110

5.10. 211 Sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve 2692 Sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu	111
6. ÖNLEME ARAMASI SAYILMAYAN HALLER.....	112
7. ÖNLEME ARAMASININ YAPILABİLECEĞİ YERLER.....	118
8. HÂKİM KARARI OLMADAN ARAMA YAPILABİLEN HALLER.....	121
8.1. Ağır ve Muhakkak Bir Tehlikeden Korunmak İçin Yapılan Aramalar	122
8.2. AÖAY’inde Gösterilen İstisnalar.....	124
8.3. Rızaya Dayalı Arama	126
9. ÖNLEME ARAMASININ İCRASI	130
9.1. Karar veya Yazılı Emir Üzerine Üst ve Eşya Aramasının İcrası (AÖAY m. 28)	131
9.2. Araçlarda Arama (AÖAY m. 29).....	134
9.3. Konut, İşyeri ve Eklentilerinde Aramanın Yapılması (AÖAY m. 30)	136
10. ÖNLEME ARAMASININ SONA ERMESİ.....	137

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI OLARAK YAPILAN ARAMA VE SONUÇLARI, DENETİM MUHAKEMESİ

1. GENEL OLARAK.....	141
2. HUKUKA AYKIRI ARAMANIN SUÇ TEŞKİL ETTİĞİ HALLER.....	142
3. HUKUKA AYKIRI ARAMA NETİCESİNDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN MAHKEMEDE KULLANILAMAMASI.....	151
3.1. Delilin Hukuka Aykırı Olması Hali	151
3.2. Karşılaştırmalı Hukukta Hukuka Aykırı Delil Kavramı	162
3.3. Yargıtay Kararları Işığında Arama İşleminde Hukuka Aykırı Delil.....	164
4. HUKUKA AYKIRI OLARAK YAPILAN ARAMANIN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNU GEREKTİRDİĞİ HALLER	171
5. ARAMA EMRİ YA DA KARARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI.....	179
SONUÇ.....	183
KAYNAKÇA.....	186
ÖZGEÇMİŞ	203

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Al.	: Alman
AN.	: Anayasa
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Av. K.	: Avukatlık Kanunu
AÖAY	: Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CHKD	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
D.	: Daire
Dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
ETK	: Emniyet Teşkilât Kanunu
GBT	: Genel Bilgi Toplama
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
m.	: madde
MS	: Milattan Sonra
MUYEP	: Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
R.G.T.	: Resmi Gazete Tarihi
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCDD	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
U.S.	: United States Reports
vd.	: ve devamı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Suç ile ilintili olan kişiler her an kolluğun bir müdahalesine maruz kalabileceği öngörüsü ile hayatlarını yaşarlar. Suç ile bir bağlantısı bulunmayan kişiler ise, her an devletin özel hayat alanlarına müdahale edebileceği düşüncesi bulunmadan yaşayabilmelidir. Her an devlet müdahalesi ile karşı karşıya kalabilecekleri düşüncesi, suç ile bir bağlantısı olmayan kişileri huzursuz eder. Devletin huzursuzluğun bir aracı olmak yerine, huzursuzluğun kişilerin iç dünyasının bir parçası haline gelmesine engel olması gerekir.

Devlet tarafından çok sayıda işlem ve eylem gerçekleştirilmekte olup bunların bir kısmıyla kişilerin özel hayat alanına girilmektedir. Arama işlemi de devletin kişilerin özel hayat alanına girdiği işlemler arasında yer almaktadır. Devletin, özel hayat alanına yaptığı bu müdahalenin bir sınırı var mıdır, var ise bu sınır nerede başlamaktadır? İşte bu soruların cevabına vakıf olan kişiler temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalelerde hukuk dışına çıkılmasına müsaade etmeyeceklerdir. Çalışmamızda, arama işlemi ile temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahale karşısında, kişilerin devlete dur diyebileceği noktayı öğrenmeleri ve hukuka aykırı olduğunu düşündükleri arama işlemine karşı hangi denetleme yollarına başvurulabileceklerinin bilgisini vermeye çalıştık.

Arama işlemi ve işlemin bir türü olan önleme araması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8, Anayasa m. 20-21, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m. 9, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) m. 19'da düzenlenmiş olup sayılanlar dışında da çok sayıda uluslararası sözleşme, kanun ve yönetmelik içerisinde de ayrıca düzenlenmiştir. Çalışmada bu düzenlemelere ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde; öncelikle arama işlemi nedir, hangi durumlar arama olarak kabul edilmektedir sorularını cevaplamaya çalıştık. Çünkü yapılan işlemin arama olup olmadığının tespiti, sonrasında izlenecek yolun belirlenmesi noktasında büyük bir önem taşımaktadır. Hangi hallerin arama olarak kabul edileceğinin tespitini yaptıktan sonra, arama işleminin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmede bulunduk.

Arama işlemi icra edilirken mahiyetine uygun düşen hukukun temel ilkelerine uygun hareket edilmesi gerekir. Keza bu hususun taşıdığı önem nedeniyle arama işleminin beslendiği hukukun temel ilkelerinin arama işlemindeki yansımalarını inceledik. Aramanın bu günkü haline nasıl geldiğinin daha iyi anlaşılabilmesi için arama işleminin tarihsel gelişimini inceledik. Sonrasında ise arama işleminin mukayeseli hukuktaki uygulanış biçimlerine çalışmamızda yer vererek, arama işlemini önleme araması ve adli arama olarak iki başlığa ayırarak çalışmanın birinci bölümünü tamamladık.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise tez konumuz olan önleme aramasına ilişkin detaylı bir inceleme yaptık. Bu doğrultuda; önleme aramasının amacı, önleme aramasının konusu, önleme aramasına maruz kalabilecek kişiler ve önleme aramasının zamanı, önleme araması kararı ve emri, önleme aramasına ilişkin düzenlemeler, önleme araması sayılmayan haller, önleme aramasının yapılacağı yerler, hâkim kararı olmadan arama yapılabilen haller, önleme aramasının icrası, önleme aramasının sona ermesi başlıkları altında konuyu değerlendirdik.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise hukuka aykırı olarak yapılan arama ve sonuçları, denetim muhakemesi başlığı altında; öncelikle delilin hukuka aykırı olması hali, karşılaştırmalı hukukta hukuka aykırı delil kavramı, Yargıtay kararları ışığında arama işleminde hukuka aykırı delil, hukuka aykırı olarak yapılan aramanın tazminat sorumluluğunu gerektirdiği haller ve arama emri ya da kararına karşı başvurulabilecek kanun yolları incelenmiştir. Çalışmada güncel Yargıtay ve Danıştay kararlarına yer vererek doktrin ile uygulamanın konuya nasıl yaklaştığına ilişkin bir kıyaslama yapmaya çalıştık. Çalışmanın bu açıdan konuya farklı bir bakış açısı getirmesi amaçlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMA KAVRAMI, ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, ARAMAYA HAKİM OLAN İLKELER, ARAMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ, MUKAYESELİ HUKUKTA ARAMA, ARAMA ÇEŞİTLERİ

1. ARAMA KAVRAMI

Arama, ortada olmayan şeyin ortaya çıkarılmasına hizmet eder¹. Arama, araştırmayı da bünyesinde barındırmaktadır². Bu nedenle araştırmaya gerek olmayan, duyu organları ile algılanan delil veya emarelerin ele geçirilmesine yönelik eylemler arama kapsamına girmemektedir³. Görülerek, koklanarak, sesin duyulması ile varlığından haberdar olunan ya da ortada olan⁴ şeye ilişkin yapılan faaliyetler arama değildir⁵. Arama kelimesinin sözlük anlamına baktığımızda rıza ile ele geçirilemeyen

¹ KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Kazancı Matbaacılık Sanayii, Sekizinci Bası, Büyükçekmece / İstanbul 1986, s. 727; YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe / GÜZEL, İdris, Kolluk Yetkileri Güvenlik ve Hukuk, Nergis Yayınlar, İstanbul 2004, s. 73; ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 17; ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özlem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, Nazari ve uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 501.

²http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a2aa12a235456.45079702, E.T.: 08.12.2017; YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 2017, s. 390; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. I, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 626.

³ ÖZBEK 1999, s. 18; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 308; ŞAFAK, Ali / BIÇAK, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Roma Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2005, s. 159.

⁴ ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 104, 1. Baskı, Mayıs 2006, s. 132, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sorularla_cmk.pdf, E.T.: 27.12.2017; ÖZBEK, Veli Özer / BACAKSIZ, Pınar, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 145.

⁵ YENİSEY, Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama El Koyma Yakalama ve İfade Alma, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları no: 12, Ankara 1995, s. 7; AYDIN, Murat, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ocak 2012, s. 21; SILVA, Juan Carlos Da / STANGE, Albrecht / YILDIZ, Ali Kemal, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi Arama ve El Koyma Tedbirleri Modülü, s. 128, <http://aves.erciyes.edu.tr/YayinGoster.aspx?ID=8481&NO=27>, E.T.: 27.12.2017; ŞENTUNA, M. Tarık / POLAT, Güntekin, “*Ceza Yargılaması Hukukunda Arama*”, Adalet Dergisi, Yıl : 94, S. 14, Ocak 2003, s. 223; ÖZBEK, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 394.

bir kişi ya da delili zorla ele geçirmek maksadı ile yapılan işlem olarak tanımlanmaktadır⁶. Arama kelimesi aramak fiilini ifade etmek için de kullanılmaktadır. Arama kelimesinden bağımsız olarak arama fiili ise bir şeyin bulunmasına gayret edildiği durumları ifade etmektedir⁷.

Kişilerin kendileri tarafından aleni hale getirilen şeylere ilişkin yapılan araştırma arama olarak kabul edilmemektedir⁸. Bununla birlikte aleni bir yerde bulunmasına rağmen kişi tarafından gizli tutulan şeyler hakkında yapılan işlemin arama olarak kabul edilmesi gerekir⁹. Terk edilen evde veya birinin kullanımında olmayan otel odasında yapılan araştırma, çöp tenekesine üzerindeki mahremiyetten vazgeçilerek bırakılan řeyde¹⁰ yapılan araştırma arama deđildir¹¹. Kimsenin kullanımında olmayan ev¹² ile devletin müdahale edeceği şekilde terk edilen araç içerisinde yapılan işlemler de arama deđildir¹³. Ailenin yaşadığı eve ve bahçeye girmek için arama kararına ihtiyaç varken apartmanın müşterek kullanımına tahsis edilen merdivenlere girmek arama olmadığı için arama kararına ihtiyaç yoktur¹⁴.

Kişilerin durdurulması ve kişilere kimlik sorulması işlemi arama deđildir¹⁵. Arabaya yahut kiřiye¹⁶ dışarıdan bakıldığında görülen şeyi elde etmeye yönelik faaliyet arama deđilken¹⁷ arabaya bakıldığında görülmeyen şeylerin araştırılmasına yönelik faaliyetler aramadır¹⁸. Gizli saklı olmayan, ortada olan şeylere ilişkin yapılan faaliyet arama olmadığından bu eşyalara doğrudan el konulabilir¹⁹. Gizli bir şeyin

⁶ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Basımevi, 9. Baskı, Ankara 2005, s. 88.

⁷ AYDIN, Murat, “*Türk Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Arama Kavramı*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 66, şubat 2012, s. 14.

⁸ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku II. Kitap, Beta Basım Yayım, 12. Bası, İstanbul 2003, s. 770.

⁹ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 1035.

¹⁰ KUNTER / YENİSEY 2003, s. 771; YENİSEY / NUHOĞLU / GÜZEL, s. 75; şAFAK / BIÇAK 2005, s. 159; BIÇAK, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Polis Akademisi Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 672.

¹¹ KUNTER / YENİSEY 2003, s. 770.

¹² YENİSEY / NUHOĞLU / GÜZEL, s. 29.

¹³ YENİSEY 1995, s. 8.

¹⁴ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, C. 1 Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 1126-127.

¹⁵ KUNTER / YENİSEY 2003, s. 772.

¹⁶ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 627.

¹⁷ şAFAK / BIÇAK 2005, s. 159; BIÇAK, s. 671-672; ÖZBEK İzmir şerhi, s. 394.

¹⁸ YENİSEY 1995, s. 8; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 771.

¹⁹ YENİSEY, Feridun, Kolluk Hukuku, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 279.

ortaya çıkarılması için teknik araç kullanılması halinde de yapılan işlem arama işlemidir²⁰. Teknik araçtan destek alınarak uzak mesafeden fotoğraf çekilmesi halinde eşyaya, kişiye müdahale boyutuna varmayan, durumun tespiti seviyesinde kalan faaliyetler de arama olarak kabul edilmemektedir²¹. Köpeğin koklama duyusundan faydalanılmasını arama olarak kabul etmeyen yazarların yanı sıra²², bu görüşe katılmayan yazarlar da bulunmaktadır²³. Kanaatimizce köpeğin duyu organından faydalanılarak yapılan araştırma faaliyetinde köpek, ortada olmayanı ortaya çıkarmak için bir araç olarak kullanıldığı için bu durumun arama olarak kabul edilmesi gerekir.

Arama olarak kabul edilen durumlara bakıldığında, aramanın ortada olmayan bir şey ya da kişinin ortaya çıkarılması, aleni hale getirilmesi için yapılan işlemleri ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir²⁴. Gizli, saklı olan şeyin ortaya çıkarılması özel hayata müdahale sonucunu doğurmaktadır²⁵. Arama ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmekte, kişilerin özgürlüğü geçici süre ile de olsa kısıtlanmaktadır²⁶. Bu nedenle arama yapılabilmesi için kural olarak hâkim kararına ihtiyaç vardır²⁷. Arama kararını veren kişi aramayı kendisi gerçekleştirebilir yahut kolluk marifetiyle arama işlemi yapılabilir²⁸. Hukukumuzda rızanın varlığı arama yapılabilmesi için yeterli değildir²⁹. Danıştay 10. Dairesinin yakın tarihli bir kararı ile³⁰ rızaya dayalı arama yapılabilmesi imkânı ortadan kaldırmıştır. Arama koşullarının

²⁰ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 627.

²¹ ÖZBEK / BACAKSIZ 2006, s. 145; AYDIN 2012, s. 22; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 770; ŞAFAK / BIÇAK 2005, s. 159; BIÇAK, s. 672; ÖZBEK İzmir Şerhi, s. 394.

²² YENİSEY 1995, s. 7; AYDIN 2012, s. 21; YENİSEY / NUHOĞLU / GÜZEL, s. 75.

²³ GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 103; ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 626.

²⁴ ÖZBEK 1999, s. 17-18.

²⁵ YENİSEY / NUHOĞLU / GÜZEL, s. 73.

²⁶ ERYILMAZ, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve uygulamasında Durdurma ve Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 33; ERYILMAZ, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Dersleri, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 436; ŞAFAK / BIÇAK 2005, s. 160; BIÇAK s. 672.

²⁷ KUNTER 1986, s. 667.

²⁸ KUNTER 1986, s. 667.

²⁹ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 285.

³⁰ Danıştay 10. D., E. 2005/6392, K. 2007/948, K.T. 13.03.2007, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/DA801D20070313K2007948E20056392/1>, E.T.: 11.12.017.

oluşması halinde ise kişinin rızasının yokluğu aramaya engel değildir³¹. Rıza yokluğu halinde aramayı yapacak olan kişi zor kullanabilir³² (PVSK m.16/1).

Arama ile ihlal edilen temel haklar baz alınarak yapılan ayrıma göre arama; konutta ve sair yerde, üste veya eşyada arama olarak alt başlıklara ayrılmaktadır³³. Arama mevcut kamu düzeninin korunması, var olan düzene yönelik tehlikeyi önlemek³⁴, saklanan şüpheli/sanığın bulunması ya da müsadereye tabi eşya ile bulundurulması yasak eşyanın³⁵ ele geçirilmesi, delil elde etmek amaçlarıyla yapılabilir³⁶. Arama suç işlemeden önce suçun işlenmesini önlemek amacıyla yapılıyorsa önleme araması, suç işlendikten sonra yapılıyor ise adli arama olarak adlandırılmaktadır³⁷. Önleme araması idari arama olarak da isimlendirilmektedir³⁸.

Önleme amacıyla yapılan aramada; aranan, kamu düzenini tehlikeye sokan kişi veya eşyadır³⁹. Bu tür aramaların sadece eşya elde etmek amacıyla yapıldığını ileri

³¹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 310; ÖZBEK İzmir Şerhi, s. 395.

³² ÖNDER, Ayhan, “*Ceza Muhakemeleri Usulünde Arama*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S. 3, 1963, s. 424, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004924/1023004469>, E.T.: 22.12.2017; ERTUĞRUL, Hüseyin, “*Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 55, Mart 2011, s. 50; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara 2017, 311.

³³ ÖZBEK 1999, s. 18.

³⁴ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 279; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 501; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 761; MALKOÇ, İsmail / YÜKSEKTEPE, Mert, Ceza Muhakemesi Kanunu (Madde 1-202), Malkoç Kitapevi, C. 1, Ankara 2008, s. 525.

³⁵ ERYILMAZ 2003, s. 33; ÖNDER 1963, s. 426; YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 397.

³⁶ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun, Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul 2000 s. 3; YENİSEY, Feridun, Arama Hukukuna Giriş, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2006, s. 7; YENİSEY, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta Basım Yayın, 1. Bası, İstanbul 1987, s. 119; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, 14. Bası, İstanbul 2017, s. 422; ÖZTÜRK, Bahri / EKER KAZANCI, Behiye / GÜLEÇ, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 114; EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1964, s. 269; ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı C. 1, Ankara 2018, s. 328; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 761; MALKOÇ / YÜKSEKTEPE s. 533.

³⁷ CENTEL / ZAFER, s. 422; BİLEN, Mesut, Adli ve Önleme Araması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2006, s. 15; MALKOÇ / YÜKSEKTEPE s. 533; ÖZBEK İzmir Şerhi, s. 395; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 313; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 761.

³⁸ CENTEL / ZAFER, s. 422; KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 326.

³⁹ YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Dördüncü Baskı, Ankara 2016, s. 277.

süren yazarlar da vardır⁴⁰. Adli arama sanığın ya da bir delilin bulunması için yapılır⁴¹. Arama neticesinde sanık ya da şüpheli bulunmuş ise aramayı yakalama işlemi takip eder. Aranılan bir delil ise delilin bulunması halinde bu delile el konulur⁴². Aramanın amacı sadece yakalama ya da el koyma olabileceği gibi hem yakalama hem de el koyma olabilir⁴³. Arama yakalama işleminin mübadili değil durumun özelliklerine göre yakalama işleminin yapılmasına araç olan bir işlemdir⁴⁴.

Arama ile olay yeri incelemesi birbirine benzer işlemler olmakla birlikte aynı şeyi ifade edip etmediği sorusunun cevabı için olay yeri incelemesinin özelliklerine bakmamız gerekir. Ceza hukuku bağlamında olay, suç olarak tanımlanan fiil ve hareketin gerçekleşmesidir⁴⁵. Olay yeri incelemesi adli olayların gerçekleştiği yerlerde delil toplayıp toplanan delilleri nakil etme işlemidir⁴⁶. Olay yeri incelemesi CMK'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiştir. CMK m. 161'e göre savcı olay yeri incelemesini doğrudan yapabileceği gibi kolluk kuvvetleri marifetiyle olay yeri incelemesi yaptırabilir. Olay yeri incelemesi ayrıca Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde de düzenlenmiştir. Olay yeri incelemesi, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılıyor ise bir izin ya da emir olmadan yapılabilir (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 9/1). Olay yeri incelemesi yapılacak yer bu özellikleri taşıyor ise ancak bir karar ya da emir üzerine olay yeri incelemesi yapılabilir (AÖAY m. 9/2). Bu noktada arama olay yeri incelemesi işlemi ile benzer hükümlere tabidir⁴⁷. Olay yeri incelemesinde ortada olan şeylerin incelemesi yapılırken arama, ortada olmayan şeylerin ortaya çıkarılmasına yönelik olarak yapılır⁴⁸. Olay yeri incelemesi suç işlenen yerde delil elde etmek amacıyla

⁴⁰ ÇULHA, Rıfat / DEMİRAG, Fahrettin / NUHOĞLU, Ayşe / OKTAR, Salih / TEZCAN, Durmuş, Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 50; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 761.

⁴¹ KUNTER / YENİSEY 2003, s. 761

⁴² ERYILMAZ 2003, s. 34.

⁴³ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ / TEPE 2017, s. 310.

⁴⁴ ERYILMAZ 2003, s. 34; ERYILMAZ 2012, s. 489.

⁴⁵ Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik m. 3.

⁴⁶ DİNLER, Veysel, "Kolluğun Olay Yeri İnceleme Yetkisi", Suç Analizi 1, Editörler: Mustafa KAYGISIZ, Hanifi SEVER, Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s. 117, https://www.academia.edu/642154/Kollu%C4%9Fun_Olay_Yeri_%C4%B0nceleme_Yetkisi, E.T.: 08.04.2019.

⁴⁷ ÖZTÜRK / EKER KAZANCI / GÜLEÇ, s. 115.

⁴⁸ KUNTER 1986, s. 726; ŞAFAK, Ali / BIÇAK, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Liberte Yayınları, 3. Baskı, Ankara 1999, s. 140; BIÇAK, s. 702; DİRDİMAN, Ramazan Cengiz, Türk

gerçekleştirilir (AÖAY m. 9/1). Arama yapılabilecek yerler ise suçun işlendiği yer ile sınırlandırılmamış olup arama, delil elde etmekten başka amaçlar için de yapılabilir.

Kişilerin üstlerinde arama yapılması ile beden muayenesi de birbirinden farklı işlemlerdir⁴⁹. Beden muayenesi iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmaktadır⁵⁰ (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3). Dış beden muayenesi vücudun dış yüzeyinde yapılan incelemedir⁵¹. Beden muayenesi doktor veya doktor gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabilir (Yönetmelik m. 5). Beden muayenesine benzeyen üst araması ise yasa ile yetkilendirilen kişiler tarafından yapılabilir⁵². Beden muayenesi tamamen ya da kısmen çıplak olan vücudun üzerinde yapılmaktayken⁵³, üst araması kişinin kıyafetleri üzerinde yapılmaktadır. Her iki işlem amaçları açısından da farklılık göstermektedir. Vücut muayenesinde amaç vücuttaki izlerin tespit edilmesi iken üst aramasında amaç elbise ya da vücut boşluklarında elle yoklama suretiyle suç delilinin aranması şeklindedir⁵⁴. Yutulan veya beden içerisinde olduğu düşünülen şeylerin tespiti için yapılan işlem de arama değil beden muayenesidir⁵⁵.

Arama ile özel hayatının gizliliği, konut dokunulmazlığı, vücut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü hakları kısıtlanmaktadır⁵⁶. Yapılan işlemin arama olup olmadığına tespitinde özel hayata müdahale olup olmamasına göre karar verilmektedir⁵⁷. Kanaatimizce kişilerin herkesle paylaşmadıkları, alenileştirmedikleri alana temas olup olmadığı yapılan faaliyetinin arama olarak kabul edilip edilmemesi noktasında bize yol göstermektedir. Bir şeyin ortada olup olmadığı beş duyu organı ile

Hukukunda Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Hukuki İstisnası Olarak Adli Arama ve İnsan Hakları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1990, s. 14, <http://acikerisim.istanbul.edu.tr/bitstream/handle/123456789/13513/18899.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, E.T.: 18.07.2018.

⁴⁹ BIÇAK, s. 706; DİRDİMAN 1990, s. 14.

⁵⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 447; KARAKEHYA 2016, s. 408.

⁵¹ ÖZTÜRK / EKER KAZANCI / GÜLEÇ, s. 115;

⁵² MALKOÇ / YÜKSEKTEPE s. 403; Vahit, s. 706.

⁵³ BIÇAK, s. 706.

⁵⁴ BIÇAK, s. 706.

⁵⁵ BIÇAK, s. 706.

⁵⁶ ÖZBEK 1999, s. 18; TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2017, s. 244.

⁵⁷ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1034.

algılanıp algılanamadığına göre belirlenir. (Buradan hareketle kişi ya da şeye beş duyu organından biri ile temas varsa bunlara yönelik gerçekleştirilen işlem arama olarak kabul edilmemelidir.) Özel hayata müdahale bulunmuyorsa yapılan işlem başka bir adli ya da idari işlemi oluşturur⁵⁸. Hangi işlemi oluşturacağı ise işlemin mahiyetine göre farklılık gösterir.

Arama ile müdahale edilen hakların insan hayatındaki önemi nedeniyle arama şartları uluslararası ve ulusal düzeydeki çeşitli metinlerde düzenlenmiştir. Arama, Anayasa'nın Özel Hayatın Gizliliği başlıklı 20. maddesinde; kanunda belirtilen hallerin varlığında hâkim tarafından verilen arama kararı ile kişilerin kıyafetleri, eşyaları özel belgelerinin aranabileceği yine kanunda belirtilen sebeplerin varlığı halinde gecikmede sakınca olan bir durumla karşılaşılması halinde kanunla belirtilen merciin yazılı emri ile arama yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın Konut Dokunulmazlığı başlıklı 21. maddesi ile konutta yapılacak aramanın nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Maddeye göre, kanunda belirtilen hallerin varlığında hâkim tarafından verilen arama kararı ile kişilerin konutunda arama yapılabileceği yine kanunda belirtilen sebeplerin varlığı halinde gecikmede sakınca olan bir durumla karşılaşılması halinde kanunla belirtilen merciin yazılı emri ile de arama yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 12. maddesinde, kişilerin özel hayatının, konutunun keyfi müdahalelere karşı kanun tarafından korunması gerektiği düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması'nı düzenleyen 8. maddesinde; kişilerin özel ve aile hayatına, konutuna yazışmalarına kamu makamları tarafında bir müdahalenin kanunla belirlenen çerçevede kamu güvenliği, sağlığı, ekonomik refah gibi keyfilikten uzak sebeplerle yapılabileceği düzenlenmiştir. Arama Ceza Muhakemesi Kanununun 116-134 maddeleri arasında şüpheli sanık ve diğer kişilerin üstü, eşyası konutu veya onlara ait diğer yerlerde kural olarak hâkim kararı, gecikmesinde sakınca olan hallerde cumhuriyet savcısının, cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle yapılabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 9. maddesinde Önleme Araması başlığıyla polisin kural olarak sulh ceza hâkiminin kararıyla, gecikmesinde

⁵⁸ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1034.

sakınca olan hallerde mülki amirin yazılı emriyle tehlike veya suç işlenmesini önlemek için kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arayabileceği düzenlenmiştir.

2. ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arama, hukuk düzenince gerçekleşmesi istenmeyen fakat olması muhtemel olayların önüne geçmek ya da olmuş olayların aslını, kişi ya da şeylerin peşine düşerek araştırma faaliyetidir. Bu faaliyet gerçekleştirilirken konut dokunulmazlığına, özel hayatın gizliliğine, kişi özgürlüğüne⁵⁹ ve vücut bütünlüğüne müdahale edilmektedir⁶⁰. Tehlikeyi önlemek, asayişin sağlamak amacıyla yapılan aramaya önleme araması; suç işlendikten sonra, suçla ilişkili olarak yapılan aramaya ise adli arama denilmektedir⁶¹. Adli arama CMK'da, önleme araması ise PSVK'da düzenlenmiştir. Ceza muhakemesinin amacı *maddi gerçeği*⁶² insanların temel hakları alanına girmeden ortaya çıkararak adli makamların önüne taşınan olayların çözümünü sağlamaktır⁶³. CMK'da düzenlenen adli arama da bu genel amaca hizmet etmektedir. Aramanın hukuki niteliği, aramanın amacı göz önüne alınarak belirlenmektedir⁶⁴.

CMK hükümleri doğrultusunda yapılacak olan arama kural olarak hâkim kararıyla yapılır. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal ile karşılaşılmış ise Cumhuriyet savcısının emri ile yapılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal ile karşılaşılmış ve Cumhuriyet savcısına ulaşılamamış ise kolluk amirinin yazılı emri ile de arama yapılabilir (CMK m. 119/1). PYSK hükümleri doğrultusunda yapılan arama ise kural olarak Sulh Ceza Hâkimi kararıyla, gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılmış ise mülki amirin yazılı emri ile yapılabilir (PYSK m. 9/1). PYSK'ya göre yapılacak olan önleme araması kararı verme yetkisi Sulh Ceza Hâkim'indeyken

⁵⁹ EREM 1964, s. 269; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 769.

⁶⁰ CENTEL / ZAFER, s. 423; ÖZBEK 1999, s. 18; ŞAHİN, s. 327.

⁶¹ KUNTER / YENİSEY 2000, s. 3.

⁶² CENTEL / ZAFER, s. 6; YURTCAN 2017, s. 4; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 70; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ, s. 31; BIÇAK s. 126.

⁶³ KARAKEHYA, Hakan, "Ceza Muhakemesinin Amacı" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 2, 2007, s. 125, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/95727>, E.T.: 08.04.2019; READ, Frank Tom, Ceza Muhakemesinde Anlattırıcı Soru ve Çapraz Sorgu Teknikleri (Direct and Cross Examination), Çeviri: Feridun YENİSEY / Neylan ZİYALAR, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 279, Ankara 2014, s. 7.

⁶⁴ ERYILMAZ 2003, s. 36.

CMK'ya göre yapılan adli arama kararı verme yetki Sulh Ceza Hâkimi ya da kovuşturma aşamasında görevli hâkim ya da mahkemededir.

Güvenliği sağlamak ve asayişin bozulmasını önlemek idarenin görevidir. İdare bu görevi idari işlem, idari eylem ve sözleşmeler ile yerine getirir⁶⁵. İdare bu görevini yerine getirirken arama işleminden yararlanabilir. Suçun işlenmesinden önceki süreçte başvurulmuş önleme araması, bir idari işlemdir⁶⁶. Önleme tedbirleri içerisinde yer alır⁶⁷. Danıştay da önleme tedbirleri kapsamında yapılan üst ve eşya aramasının idari işlem niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁶⁸. Önleme aramasına “*idari arama*”⁶⁹, “*arama-tarama*”⁷⁰ veya “*uygulama*”⁷¹ da denilmektedir. İdari işlem kamu kurumu adına yapılan tek taraflı irade açıklaması şeklinde tanımlanmaktadır⁷². Önleme araması idari işlem olmasına rağmen kural olarak hâkim kararı ile icra edilir (PVSK m. 9).

Önleme aramasının bir idari işlem olmasından hareketle önleme araması yapabilmek için hâkim kararının aranmasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek bu düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 20 ile özel hayatın gizliliğinin güvence altına alındığı ve özel hayata müdahale anlamına gelecek işlemlerin Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak hâkim kararının, gecikmesinde sakınca olan hallerde ise kanun tarafından yetkilendirilen merciin yazılı emrinin varlığını şart koştuğunun altı çizilerek; özel hayata müdahale anlamına gelen tüm aramaların bu kurala tabi olduğu önleme aramasının da bu kurala istisna teşkil etmeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmiştir⁷³. Aramanın adli arama ya da önleme araması olması, korunmak istenen hakkın niteliğini değiştirmemektedir. Önleme araması, özü itibari ile suç ile ilintili olmadığı düşünülen

⁶⁵ ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 291.

⁶⁶ KUNTER / YENİSEY 2000, s. 4; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 278; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 761; YENİSEY 1995, s. 15; YENİSEY Arama Hukuku, s. 8; MALKOÇ / YÜKSEKTEPE, s. 525.

⁶⁷ ERYILMAZ 2003, s. 36; ÇULHA / DEMİRAĞ / NUHOĞLU / OKTAR / TEZCAN s. 48-49.

⁶⁸ Danıştay 10. D., E. 1992/2572, K. 1994/392, K.T. 01.02.1994, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-1992-2572-k-1994-392-t-1-2-1994>, E.T.: 01.04.2019.

⁶⁹ CENTEL / ZAFER, s. 422; MALKOÇ / YÜKSEKTEPE, s. 525; KARAKEHYA 2016, s. 326; ŞAHİN, s. 327.

⁷⁰ CENTEL / ZAFER, s. 431.

⁷¹ CENTEL / ZAFER, s. 431; GALERİ, Aytakin, Önleyici Polislik, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 126.

⁷² YILMAZ 2005, s. 517.

⁷³ AYM, E. 2003/29, K. 2006/24, K.T. 22.02.2006, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2003-29-k-2006-24-t-22-2-2006>, E.T.: 08.01.2018.

kişilere uygulanmaktadır. Bu nedenle adli arama için kabul edilen hâkim kararı güvencesinin önleme araması için evleviyetle kabulü gerekir.

İdari işlemin özellikleri, *tek yanlılık, icrailik, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma, yargısal denetime tabi olmadır*⁷⁴. İdari işlemin *tek yanlı olması* karşı tarafının irade açıklaması olmadan işlemin tamamlanabilmesini⁷⁵; *icrailik*, öngörülen usul takip edilerek ortaya konan işleminin başkaca bir onay ya da muvafakat olmadan hukuki sonuç doğurabilmesini⁷⁶; *hukuka uygunluk karinesinden yararlanma*, aksi ispatlanıncaya kadar yapılan işlemin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi ve mahkeme kararı olmadan uygulanabilmeyi⁷⁷ ifade eder.

Önleme yerine bastırma amacı taşıyan adli arama ise bir koruma tedbiridir⁷⁸. Adli aramanın koruma tedbiri değil de delile ulaşmak için kullanan bir araştırma aracı olduğunu kabul eden yazarlar da vardır⁷⁹. Adli arama doktrindeki çoğunluk görüşü paralel olarak CMK'nın koruma tedbirleri başlıklı dördüncü kısmında düzenlenmiştir. Koruma tedbirleri ise ceza muhakemesi işlemlerinin yapılabilmesi, yapılan işlemlerin uygulanabilmesi için muhakeme hukukunda yetkilendirilen kişiler tarafından karar verilen kanuni yollardır⁸⁰. Bir koruma tedbiri olan arama hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerinde başvurulabilir⁸¹. KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU'na göre

⁷⁴ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2015, s. 123.

⁷⁵ ÇAĞLAYAN,295; GÜNDAY, s. 124; YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / TEKİNSOY, Oktay, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 394.

⁷⁶ ÇAĞLAYAN, 296; YILDIRIM / YASİN / KAMAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / TEKİNSOY, s. 394; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayın Dağıtım, C. I, Bursa 2009, s. 673; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 662-663.

⁷⁷ ÇAĞLAYAN, s. 296; GÜNDAY, s. 125; GÖZLER 2009, s. 678.

⁷⁸ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM /SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 501-502; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 768. ÖZTÜRK / EKER KAZANCI / GÜLEÇ, s. 24; ÖZBEK 1999, s. 21; AYDIN 2012, s. 23; KUNTER 1986, s. 665; ŞAFAK / BIÇAK 1999, s. 142; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 250; Faruk EREM Koruma Tedbirleri kavramını Usul Tedbirleri olarak ifade etmektedir, EREM, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Işın Yayınları, 6. Bası, Ankara 1986, s. 435; EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası, 4. Bası, Ankara 1973, s. 411; ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991, s. 118; Erdener YURTCAN Koruma Tedbirleri terimi yerine Ceza Yargılaması Önlemleri Terimini kullanmaktadır, YURTCAN 2017, s. 335.

⁷⁹ CENTEL / ZAFER, s. 423.

⁸⁰ ÖZTÜRK / EKER KAZANCI / GÜLEÇ, s. 23.

⁸¹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM /SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 501.

koruma tedbirlerinin ön şartları; *haklı görünüş, gecikmede tehlike ve orantılılıktır*⁸². YURTCAN'a göre ise koruma tedbirlerinin ön şartları *gecikemezlik ve görünüşte haklılıktır*⁸³. *Gecikmede tehlike*, o an müdahale edilmemesi halinde, istenmeyen zararın ortaya çıkma ihtimalinin doğacağı somut delillerle desteklenmesidir. Tehlike yakın bir tehlike değildir. Gecikmede tehlike her koruma tedbiri için ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁸⁴. Adli arama koruma tedbiri açısından tehlike, sanık ya da şüphelinin kaçması⁸⁵, delillerin elde edilememesi olarak kendisini gösterebilir⁸⁶. *Haklı görünüş*, o an için gerçek durumun ne olduğunu tespit edecek zaman bulunmadığı için tehlikenin var olup olmadığına görünen hal doğrultusunda karar verilmesini ifade etmektedir⁸⁷. Bu koşula göre süreç tamamlanmadan bir değerlendirme yapılması gerektiğinde, bu değerlendirmenin o an ki koşullara göre yapılacağını ifade etmektedir⁸⁸. Buna göre arama koruma tedbirine başvurulmaması halinde tehlikenin ortaya çıkma ihtimali yüksektir⁸⁹. *Orantılılık* şartına göre ise elde edilmek istenen sonuç ile bu sonuca ulaşmak için kullanılan araç arasında bir denge olmalıdır⁹⁰. Bu şart koruma tedbirine karar verirken yahut koruma tedbirinin sonlandırılmasında dikkat edilmesi gereken bir şarttır⁹¹. Bu şart uyarınca amaca ulaşmak için daha az hak ihlaline sebep olan tedbirin tercih edilmesi gerekmektedir⁹².

Koruma tedbirleri muhatabın rızasına rağmen uygulanabilen, zorlayıcı tedbirlerdir⁹³. Zorlayıcılık özelliği tedbire maruz kalan kişinin tedbirden haberdar olup olmamasına göre değişebilmektedir⁹⁴. Bir koruma tedbiri olan adli arama aynı zamanda bir yaptırım çeşidi değildir⁹⁵.

⁸² YENİSEY / NUHOĞLU, s. 300; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 663; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 838.

⁸³ YURTCAN 2017, s. 337.

⁸⁴ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 300; ÖZBEK 1999, s. 21.

⁸⁵ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 301-302.

⁸⁶ YURTCAN 2017, s. 338.

⁸⁷ ERYILMAZ 2003, s. 37.

⁸⁸ ERYILMAZ 2003, s. 37; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 665.

⁸⁹ YURTCAN 2017, s. 338.

⁹⁰ ERYILMAZ 2003, s. 37.

⁹¹ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 302; KUNTER / YENİSEY 2003, s. 665.

⁹² YENİSEY / NUHOĞLU, s. 303.

⁹³ KUNTER / YENİSEY 2003, s. 665.

⁹⁴ TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 218.

⁹⁵ KARAKEHYA 2016, s. 270-271; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 250.

⁹⁶ ÖZBEK 1999, s. 21.

Koruma tedbirlerinin iki özelliği bulunmaktadır. Bunlar *araç olma ve geçici olmadır*⁹⁶. Adli arama bir başka muhakeme işleminin hazırlayıcısı, *aracı* niteliğinde⁹⁷ olup adli arama neticesinde şüpheli ya da sanığa ulaşırsa bu kişiler yakalanır, bir eşyaya ulaşırsa eşyaya el konulur⁹⁸. Adli arama nihayetinde hüküm verilmesine de araçtır⁹⁹.

Adli arama, aranılan şey ya da kişiye ulaşıncaya¹⁰⁰ ya da ulaşılamadığının tespit edilmesiyle sona ermekte olup bu durum aramanın *geçici* olmasının sonucudur¹⁰¹. Geçicilik zaman olarak sınırlanma şeklinde olabileceği gibi amaca ulaşmakla sona erdirilmesi şeklinde de kendisini gösterebilir¹⁰². Aranılan şeyin bulunamadığının anlaşılması noktasına ne zaman gelinir, sorusunun cevabı ise aranılan şeyin niteliğine, olayın özelliklerine göre değişmektedir¹⁰³.

3. ARAMAYA HAKİM OLAN İLKELER

3.1. Genel Olarak

Arama işleminin hukuka uygun olarak icra edilebilmesi için işlemin öncelikle uygar ülkelerin benimsediği ve uyguladığı ilkelere aykırı olmamalıdır¹⁰⁴. Bunun için de arama işleminin hukukun temel ilkelerinden beslenmesi gerekir. Bu ilkelere arama işleminin tüm aşamalarında riayet edilmek zorundadır. Arama işlemi ile bu ilkelere birisi arasında bulunan bağın kopması halinde yapılan işlem hukuka aykırı hale gelir¹⁰⁵. İnsanı bir binaya benzetecek olursak, aramaya hakim olan ilkeler ile korunan haklar binanın birer parçası gibidir. Yapısında eksiklik olan binanın çökmesi muhtemel olduğu gibi ilkeler ile korunan haklara hukuka aykırı olarak yapılan müdahaleler de insanı eksilterek çöküşüne neden olabilir. Bu nedenle ilkelerin

⁹⁶ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 299; KUNTER, 1986, s. 609; YURTCAN, 2017, s. 339; Yener ÜNVER ve Hakan HAKERİ zorlayıcı olmayı koruma tedbirlerinin özellikleri arasında saymaktadır, ÜNVER / HAKERİ 2006, s. 525

⁹⁷ KUNTER / YENİSEY 2003, s. 662; ÜNVER / HAKERİ 2006, s. 252; ÖZBEK İzmir Şerhi, s. 402.

⁹⁸ ERYILMAZ 2003, s. 37.

⁹⁹ ÖZBEK 1999, s. 21.

¹⁰⁰ ÖZBEK 1999, s. 21.

¹⁰¹ ERYILMAZ 2003, s. 37.

¹⁰² KUNTER 1986, s. 609.

¹⁰³ YENİSEY / NUHOĞLU / GÜZEL, s. 30.

¹⁰⁴ AYM., E. 1985/31. K. 1986/1, K.T. 17.03.1986, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk1985-31.htm&kw=`1985/31`#fm, E.T.: 12.11.2018.>

¹⁰⁵ AYDIN 2012, s. 24.

sağladığı kazanımlar çok önemlidir. Bu başlık altında sıra ile bahsi geçen ilkelere değinilerek arama işlemi ile bu ilkeler arasındaki bağ irdelenmiştir.

3.2. Hukuk Devleti İlkesi

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde devletin özellikleri sayılırken, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu da yazılmıştır. Takip eden 4. maddede ise hukuk devleti ilkesinin bulunduğu maddenin değiştirilemeyeceği ayrıca düzenlenmiştir. Anayasa'da hukuk devleti ilkesi önce ülkenin yapı taşları arasında kabul edilmiş; sonrasında bu durumun değiştirilmesi yine Anayasa eliyle yasaklanmıştır. Anayasa m. 11'de anayasanın ülkedeki tüm kurum, kuruluş ve kişileri bağladığı, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu da ülkede hukuk devleti ilkesinin sirayet etmediği bir alan bırakmamıştır. Bu düzenlemeler, ülkemizin gerçek anlamda hukuk devleti olabilmesi için yeterli değildir. Devlet her işleminde tekrar tekrar hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek zorundadır¹⁰⁶. Hukuk devleti hukukun üstün olduğu devlettir¹⁰⁷. Kanunları harfiyen uygulamak, devleti hukuk devleti haline getirmez. Önemli olan uygulanan kanunların içeriğidir. İçeriğin hukuk devleti ilkesinin özellikleriyle örtüşmesi gerekir¹⁰⁸. Devleti sınırlamak yerine kişilerin temel haklarını ihlal eden kanunların uygulanması devleti hukuk devleti yerine *kanun devleti* haline getirir¹⁰⁹. Kanunlar vasıtasıyla hukuka aykırı işlemler tesis edilebilmesi mümkündür¹¹⁰. Bu durum da hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Hukuk devleti ilkesini daha iyi anlamak için önce *mülk devleti* ve *polis devleti* kavramlarının ele alınması gerekmektedir¹¹¹. Mülk, birinin malı olma durumunu ifade eder¹¹². Mülk devleti ise devletin bir hanedanın malı olduğu¹¹³, halkın mutlak bir

¹⁰⁶ ÇOBAN, Ali Rıza, “*Hukuk Devleti*”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza ÇOBAN / Bilal CANATAN / Adnan KÜÇÜK, Adres Yayınları, Ankara 2008 s. 13.

¹⁰⁷ ESEN, Bülent Nuri, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1970, s. 580.

¹⁰⁸ HAYEK, Friedrich A. Von, “*Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti*”, Çeviri: Sevda Gültekin GÖKTOLGA / Ali Rıza ÇOBAN, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza ÇOBAN / Bilal CANATAN / Adnan KÜÇÜK, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 83.

¹⁰⁹ ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitapevi, 6. Basım, Ankara 2004, s. 114.

¹¹⁰ ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 40.

¹¹¹ ATAY, Ethem Ender, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, 5. Baskı, Ankara 2016, s. 101.

¹¹² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a676cc72e02c9.65142736, E.T.: 23.01.2017.

¹¹³ AKGÜNER, Tayfun / KAHRAMAN, Berk, İdare Hukuku, Der Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2017, 64.

hakimiyetle yönetildiği, bu yönetim esnasında temel hak ve hürriyetlerin göz önünde bulundurulmadığı, hükümdarın sınırsız olduğu bir devlet şeklini ifade etmektedir¹¹⁴. Mülk devletinin kökeni orta çağın derebeylik sistemidir. Merkezi otoritenin güçlenmesinin ardından mülk devleti anlayışı yerini polis devleti anlayışına bırakmıştır¹¹⁵. *Polis devleti*, hukukla bağlı olmayan devlet anlamını taşır¹¹⁶. Buradaki polis kavramı, kolluk görevlisi olan polis olarak kullanılmamakta, kamu düzen ve güvenliğini ifade etmektedir¹¹⁷. Polis devleti kamu güvenliğini sağlayabilmek için gereken ne ise yapan, bunu yaparken insanların temel hak ve özgürlüklerine riayet etmeyen¹¹⁸, devletin faaliyetlerinin yargı tarafından denetlenmediği devlet türüdür¹¹⁹. Polis devletinin olumsuz sonuçlarını yumuşatmak amacıyla *hazine teorisi* ortaya atılmıştır. Buna göre, kişiler devlet tarafından yapılan müdahaleleri iptal ettirememekle birlikte kişilere, bu müdahaleler nedeniyle ortaya çıkan zararların tazminini isteme hakkı tanınmıştır. Taleplerin muhatabı olan hazinenin devletten ayrı bir tüzel kişiliği olduğu kabul edilmiştir¹²⁰.

Zamanla hazine ve devletin ayrı tüzel kişiler oldukları görüşü terk edilerek *hukuk devleti* teorisi ortaya çıkmıştır¹²¹. Hukuk devletinde uygulayıcılar hukuk kuralları ile sınırlandırılmışken, polis devletinde keyfilik hakimdir¹²². Hukuk devletinde keyfiliğe yer yoktur¹²³. Hukuk devleti kavramı ile polis devleti kavramı birbirinin zıddıdır¹²⁴. Hukuk devleti kanunlara uyan devletin ötesinde bir anlam taşımaktadır. Kanunlara

¹¹⁴ ATAY, s. 104-105.

¹¹⁵ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitapevi, 33. Bası, Ankara 2015, s. 23.

¹¹⁶ TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, 17. Bası, İstanbul 2018, s. 114; GÖZÜBÜYÜK 2015, s. 24; AKGÜNER / KAHRAMAN, s. 65.

¹¹⁷ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 114; ATAY, s. 107; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Anayasa Hukuku Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara 2013, s. 167.

¹¹⁸ GÖZÜBÜYÜK 2013, s. 167.

¹¹⁹ ATAY, s. 106-107; GÜNDAY, s. 39; GÖZÜBÜYÜK 2015, s. 24.

¹²⁰ ATAY, s. 108; GÜNDAY, s. 38-39; GÖZÜBÜYÜK 2015, s. 24; AKGÜNER / KAHRAMAN, 65.

¹²¹ ATAY, s. 108.

¹²² ERDEMİR, Nevzat, "*Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı*", TBBB, S. 1, 1988, s. 81, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-1085>, E.T.: 02.02.2018.

¹²³ ATAY, s. 109; DİCEY, Albert V., "*Hukuk Devleti ve Genel Uygulamalar*", Çeviri: Ali Rıza ÇOBAN, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal*, Editörler: Ali Rıza ÇOBAN / Bilal CANATAN / Adnan KÜÇÜK, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 28; KABOĞLU, İbrahim Özden, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, 9. Bası, Eylül 2014, s. 21; ÖZTÜRK, s. 42; ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 118.

¹²⁴ ERDOĞAN 2004, s. 113; ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2010, s. 123.

uyumak, hukuk devleti olmak için yeterli değildir¹²⁵. Hukuk devleti ilkesi; hukuka aynı zamanda demokratik anayasaya uygun olmayı gerektiren ilke ve kuralları, *yargı denetimini, yargı bağımsızlığını ve adil yargılanmayı* bünyesinde taşımakta ve kamu gücü hukukla sınırlanmaktadır¹²⁶.

Hukuk devleti ilkesini benimseyen devlet tüm faaliyetlerinde bu ilkeye uygun davranmak taahhüdü altına girmektedir¹²⁷. Hukuk devleti ilkesi temel hak ve özgürlüklere haksız olarak müdahale edilmesini önleyerek insan haklarının gerçekleşmesi¹²⁸, kişilere adalet ile muamele edilmesi, kişilere huzurlu ve güvenli bir yaşam sürme imkânı vermektedir¹²⁹. Hukuk devletinin birincil hedefi düzenin bozulmasını engellemektir. Bunu gerçekleştirirken hukukun sınırları içerisinde hareket etmek zorundadır¹³⁰. Devlet kural koyarken de hukuk devleti ilkesine riayet etmek zorundadır. Bu ilke gereği devlet faaliyette bulunurken orantılı¹³¹, keyfi harekete müsaade etmeyecek şekilde belirli, açık kurallar¹³² koymalıdır. İlke, devlete kendisinin koyduğu kurallara uyma zorunluluğu da yüklemektedir¹³³. Bu nedenle kanunları yapanlar kanunların içeriklerini oluştururken daha hassas davranmak zorunda kalırlar¹³⁴. Hukuk devletinde kişiler makamlarına göre muamele görmezler. Kurallar herkese karşı aynı şekilde uygulanır¹³⁵. Hukuk devletinde işlem yapılırken, hukuka bağlılık esas olmakla, işlemin yargı organları tarafından denetlenebilmesi de gerekir¹³⁶. Kişilerin aleyhine olan hükümlerin, hükmün yürürlüğe girmesinden önce işlenen olaylara uygulanmaması (*geçmişe yürüme yasağı*) da hukuk devleti ilkesinin

¹²⁵ ERYILMAZ 2003, s. 91.

¹²⁶ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 114; ATAY, s. 112-113.

¹²⁷ ÖNDER, s. 19; ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 20.

¹²⁸ GÖZÜBÜYÜK 2013, s. 168; AKGÜNER / KAHRAMAN, s. 70.

¹²⁹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 113-114-115.

¹³⁰ ÜNVER / HAKERİ, s. 21.

¹³¹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 47; ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2016, s. 11.

¹³² ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA 2016, s. 8; ÖZGENÇ, s. 118.

¹³³ ÖNDER, s. 19; GÜNDAY, s. 39; GÖZÜBÜYÜK 2013, s. 167; AKGÜNER / KAHRAMAN, s. 67.

¹³⁴ HAYEK, s. 100; ÖZBUDUN 2010, s. 123.

¹³⁵ DİCEY, s. 36.

¹³⁶ HAYEK, s. 96; ÖZTÜRK, s. 66; AKGÜNER / KAHRAMAN, s. 67.

bir sonucudur¹³⁷. Hukuk devleti ilkesi ikincilik ve oranlılık ilkeleri gibi başkaca ilkelere kaynaklık etmektedir¹³⁸.

Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti; hukuk devleti ilkesinin yapı taşlarından olan *belirlilik* ilkesini barındıran (yasal düzenlemelerin uygulayıcılar ve muhataplar için anlaşılır olması ve kişiye göre farklı uygulamalar ortaya çıkmasına uygun olmaması)¹³⁹, insan haklarına dayanan ve insan haklarını güçlendiren, anayasaya bağlı olan¹⁴⁰, kanunların kişilerin değil *kamu yararına* hizmet amacıyla yapılan¹⁴¹, *ölçülülük* ilkesinden ayrılmadan düzenleme yapılan¹⁴², hukukun üstün tutulduğu ve düzenlemeleri yargısal denetime açık olan¹⁴³ devlettir.

Yapılan işlemin arama olup olmadığı belirlenirken, kişilerin özel alanına girilip girilmediği hususu büyük önem arz etmektedir. Kişilerin özel alanını hukuk, temel hak ve özgürlükler vasıtasıyla koruma altına almış olup; temel hak ve özgürlükler de anayasa ile güvence altına alınmıştır. Hukuk devleti ilkesi arama işleminin şartlarının belirlenmesi aşamasında ve sonrasında yer alan uygulayıcılara hem yol göstermekte hem de bu kişileri bağlamaktadır. Arama ile kişilerin bazı temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmekle bu ihlalin hangi şartlar altında yapılırsa hukuka uygun olacağıнын cevabını bize hukuk devleti ilkesi vermektedir. Hukuk devleti ilkesi içeriği belirsiz,

¹³⁷ HAKERİ, s. 11; ERYILMAZ 2003, s. 92; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA 2016 s. 8; ÖNDER, s. 20; HAYEK, s. 84; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 19. Baskı, Bursa 2017, s. 66; ÖZBUDUN 2010, s. 131.

¹³⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 48.

¹³⁹ AYM, E. 2017/51, K. 2017/163, K.T. 29.11.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2017-51.htm&kw=hukuk+devleti#fm>, E.T.: 23.01.2017; AYM, E. 2016/132, K. 2017/154, K.T. 15.11.2017,

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2016-132.htm&kw=hukuk+devleti#fm>, E.T.: 23.01.2017; AKGÜNER / KAHRAMAN, s. 67.

¹⁴⁰ AYM, E. 2017/137, K. 2017/161, K.T. 29.11.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2017-137.htm&kw=hukuk+devleti#fm>, E.T.: 23.01.2017; AYM, E. 2016/132, K. 2017/154, K.T. 15.11.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2016-132.htm&kw=hukuk+devleti#fm>, E.T.: 23.01.2017; AYM, E. 2017/97, K. 2017/148, K.T. 01.11.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2017-97.htm&kw=hukuk+devleti#fm>, E.T.: 23.01.2017.

¹⁴¹ AYM, E. 2016/132, K. 2017/154, K.T. 15.11.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2016-132.htm&kw=hukuk+devleti#fm>, E.T.: 23.01.2017.

¹⁴² AYM, E. 2016/132, K. 2017/154, K.T. 15.11.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2016-132.htm&kw=hukuk+devleti#fm>, E.T.: 23.01.2017.

¹⁴³ AYM, E. 2017/97, K. 2017/148, K.T. 01.11.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2017-97.htm&kw=hukuk+devleti#fm>, E.T.: 23.01.2017;

AYM, E. 2017/36, K. 2017/147, K.T. 01.11.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2017-36.htm&kw=hukuk+devleti#fm>, E.T.: 23.01.2017.

keyfi düzenlemelerin yapılmasının önünde bir engeldir. Buradan hareketle arama işlemi keyfiliğe yol açacak şekilde belirsiz ifadeler ile düzenlenir ise bu düzenleme hukuk devleti ilkesine aykırı olur. Hukuk devleti ilkesi, devleti sınırlarken kişilere belli bir hareket özgürlüğü sağlar. Kişiler hangi durumda aranabileceklerini bilirler ona göre hareket ederler. Aramanın hukuk devleti ilkesinin kapsamında icra edilmesi gerekir. Hukuka aykırı bir aramaya maruz kalan kişi bu ilke doğrultusunda ilgililerin sorumluluğu yoluna gidilmesini isteyebilir. Arama işlemini denetleyecek yargı organlarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı da hukuk devleti ilkesinin bir diğer gereğidir¹⁴⁴. Aksi halde yargı yoluna başvurma bir anlamı kalmaz. İlke kişilerin arama nedeniyle haksız bir şekilde temel hak ve özgürlüklerinin ihlalini engeller. Hukuk devleti ilkesinin gereklerine aykırı olarak gerçekleştirilen arama, hukuka aykırı bir aramadır. Bu aramadan elde edilenler delil olarak kullanılamaz¹⁴⁵. Hukuk devleti ilkesi arama işleminin yargısal denetimden muaf hale getirilmemesinin de güvencesidir¹⁴⁶.

Hukuk devleti ilkesi arama işleminin her aşamasına nüfuz etmelidir. Örneğin arama kararında aranılanın ne olduğu ve arama işleminin sınırlarının belirlenmesi gerekir. Aksi halde bu boşlukların uygulayıcılar tarafından, uygulayıcıların tecrübe ve eğitimleri doğrultusunda doldurulmaya çalışılması muhtemeldir. Bu ise uygulayıcı sayısı kadar arama yönteminin ortaya çıkmasına ve netice olarak toplumda bir huzursuzluğun ortaya çıkmasına neden olabilir.

3.3. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi

Onur kelimesi TDK sözlüğüne göre; *insanın kendisine duyduğu saygı, şeref, haysiyet, izzetinefis* anlamlarına gelmektedir¹⁴⁷. İnsanlar, sırf insan oldukları için kendilerine saygı duyulması gereken varlıklardır¹⁴⁸. Onur, insana insan olması nedeniyle duyulan saygıyı ifade eder ve insan onuru, kişilerin maddi ve manevi

¹⁴⁴ ÖZBEK 1999, s. 22; ERYILMAZ 2003, s. 93; GÖZLER 2017, s. 65; AKGÜNER / KAHRAMAN, s. 67; ÖZBUDUN 2010, s. 130

¹⁴⁵ AYDIN 2012, s. 24.

¹⁴⁶ KABOĞLU 2014, s. 18.

¹⁴⁷ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a7969f4274e87.96980914, E.T.: 06.02.2018.

¹⁴⁸ DOĞAN, İlyas, “*Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2005, s. 53.

varlığına duyulan saygıdır¹⁴⁹. Soyut bir kavram olan insan onuru, insan hakları ile ilintili bir kavramdır. İnsan onuru, insan haklarının hem temeli¹⁵⁰ hem de varması gereken hedef noktasıdır¹⁵¹. İnsan onurun hiçe sayıldığı bir düzende yaşamak anlamsız bir hal alabilir¹⁵². Almanya’da temel hakların insan onurundan türediği kabul edilmekte, Alman Anayasa’sında insan onurunun dokunulmazlığı birinci madde olarak yer almaktadır¹⁵³.

İnsan onuru, devletlerin keyfi müdahalelerine bırakılmayacak kadar büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle insan onuru kavramına anayasalarda yer verilmektedir¹⁵⁴. İnsan onuru insanların doğumuyla birlikte kazanılır ve devleti bu onura sahip insanlara eşit muamele yapma yükü altına sokar¹⁵⁵. Kişinin yaşam biçimi, ahlak anlayışı kişiyi, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesinin uygulama alanı dışına çıkarmaz¹⁵⁶. Bu nedenle kimse sahip olduğu ya da olmadığı özellikler nedeniyle farklı muameleye tabi tutulamaz. İnsan haklarının temellerinden biri olan insan onuru kavramı, insan haklarına dair yapılan düzenlemelerde insan hakları ihlaline ilişkin verilen mahkeme kararlarında yol gösterici niteliktedir¹⁵⁷. Keza ahlaki bir değer olan insan onuru kavramı, Anayasa ile koruma altına alınarak hukuki bir değer haline

¹⁴⁹ DOĞAN 2005, s. 53.

¹⁵⁰ ARSLAN, Kahan Onur, “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 120, 2015, s. 160, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1511>, E.T.: 09.02.2018.

¹⁵¹ DOĞAN 2005, s. 56.

¹⁵² ESEN, s. 590.

¹⁵³ GÖREN, Zafer, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 24, <http://ticaret.edu.tr/uploads/Kutuphane/dergi/s12/M00186.pdf>, E.T.: 07.02.2018; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 116; Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 1, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, E.T.: 18.05.2018.

¹⁵⁴ DOĞAN 2005, s. 57.

¹⁵⁵ AYM, E. 1992/13, K. 1992/50, K.T. 21.10.1992, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk1992-13.htm&kw=insan+onuru#fm>, E.T.: 07.02.2018; KAFADAR, Muhammet Fatih, Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: “İnsan Onuru”, s. 3, http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_11%20Ekim-IV-2.pdf, E.T.: 09.02.2018.

¹⁵⁶ GÖREN, Zafer, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992, s. 177, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/anayasa-yargisi-dergisi/>, E.T.: 09.04.2019; GÖREN İnsan Onuru, s. 28.

¹⁵⁷ DOĞAN 2005, s. 58.

getirilip bağlayıcılık kazanmıştır¹⁵⁸. Bu nedenle devlet tüm işlemlerinde insan onurunu korumakla mükelleftir¹⁵⁹.

Kişilerin kendilerine duydukları saygı veya kendilerine verdikleri değer, insan onuru kavramından farklıdır. Kişinin kendisini değersiz hissetmesi bu kişiye karşı insan onurunu zedeleyecek şekilde davranabileceği sonucunu doğurmaz¹⁶⁰. İnsan onuruna yapılan ağır müdahaleler insan hayatında ömür boyu taşıyacağı olumsuz izler bırakabilir¹⁶¹. İnsan onuruna yapılan ağır bir müdahale, kişiyi kendisi olmaktan çıkarıp olmak istemediği biri haline getirebilir¹⁶². Devlet insanların olmak istedikleri kişi olabilmelerine fırsat vermeli, buna uygun hareket etmeli, diğer kişilerin de buna uymalarını sağlamalıdır.

Tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde kimsenin insanlık dışı ceza ve muameleye tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu madde de insan onurunun korunmasına hizmet etmektedir. Anayasa'nın 176. maddesi gereği Anayasa metnine dahil olan başlangıç kısmında Türk vatandaşlarının onurlu bir hayat sürdürme hakkına, maddi ve manevi gelişim hakkına sahip olduğu açıklanmıştır. Anayasa'nın 17. maddesinde kimsenin insan haysiyetine aykırı muameleye maruz bırakılmayacağı güvence altına alınmıştır. Anayasa m. 32/1'de "*Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.*" denilerek ilkeye maddede yer verilmiştir. CMK'ya m. 148/1'de şüpheli ve sanığın ifadesinin özgür iradelerine dayanması gerektiği özgür iradeyi ortadan kaldıracı davranış ve müdahalelere başvurulamayacağı, aynı maddenin 3. fıkrasında ise yasak usul olarak ifade edilen özgür iradeyi ortadan kaldıran usullere başvurularak verilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak

¹⁵⁸ ÖZTÜRK, s. 68; GÖREN Kişiliğin Korunması, s. 169-170; GÖREN İnsan Onuru, s. 27; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara 2017, s. 38.

¹⁵⁹ GÖREN Kişiliğin Korunması, s. 169-170; GÖREN İnsan Onuru, s. 27; ÖZBEK, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 62.

¹⁶⁰ STOECKER, Ralf, "*İnsan Onuru ve Rencide Paradoksu*", Kilikya Felsefe Dergisi, Çeviren: Büşra Çakıl, S. 1, 2016, s. 98-99, <http://philosophy.mersin.edu.tr/2148-7898/16-1/16-1-090.pdf>, E.T.: 06.02.2018.

¹⁶¹ STOECKER, s. 107.

¹⁶² STOECKER, s. 108.

değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler insan onurunun dokunulmazlığı ilkesinin CMK'daki yansımalarıdır. AÖAY Aramanın yapılma şekli başlıklı dördüncü bölümünde yer alan m. 27/6 “*giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır.*”, m. 28/3 “*Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.*”, m. 28/6 “*Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir.*” şeklindeki düzenlemeler ilke ile bağlantılıdır. Örneğin direnme ile karşılaşıldığında orantısız bir güç kullanılması insan onurunun çiğnenmesi sonucunu doğurur. Bununla birlikte ilkenin, açıkça zikredilmediği mevzuat hükümleri uygulanırken de göz önüne alınması gerekir. Mevzuat hükmünde insan onuru kavramı ya da özgür iradenin altının ayrıca çizilmemiş olması Anayasa ve imzalanan uluslararası sözleşmelerde ortaya konulan eksenden uzaklaşılmasını hukuka uygun hale getirmez.

İnsan hakları ihlalleri ile uluslararası alanda mücadele edilmesinin temel nedeni insan onurudur¹⁶³. Devlet insan onurunu korumakla yükümlüdür. Gerek uluslararası sözleşmeler, bildirimler¹⁶⁴ gerek Anayasa devleti insan onurunu korumakla görevlendirmiştir. İnsan onuruna gereken kıymetin verilmemesi, ülkeyi demokratik bir ülke olmaktan uzaklaştırır¹⁶⁵. Devlet hem insan onurunu zedelememeli hem de insan onurunun başkaları tarafından zedelenmesini engellemelidir¹⁶⁶. İnsan onurunun dokunulmazlığı ilkesi hukuk devleti ilkesinin hem gereği hem de ilkenin koruyucusudur¹⁶⁷. Hukukun üstünlüğüne giden yol ise insan onurunun temel değer olarak kabul edilmesinden geçmektedir¹⁶⁸. Hukuk devleti insana saygılıdır ve

¹⁶³ SELÇUK, Sami, Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi, İmge Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 15-16; KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 403.

¹⁶⁴ Bkz.; BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 1, m. 5; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 3; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 1; İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi.

¹⁶⁵ DOĞAN 2005, s. 58; YÜCE, Tufan Turhan, “*Saniğin Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri*”, TBB, 1988, s. 158-159, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-1092>, E.T.: 09.02.2018.

¹⁶⁶ ÖZBEK İnfaz Hukuku, s. 61.

¹⁶⁷ AYM, E. 2017/36, K. 2017/147, K.T. 01.11.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2017-36.htm&kw=insan+onuru#fm>, E.T.: 07.02.2018; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 117; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 49; ÖZBEK İnfaz Hukuku, s. 61; ÖZBEK 1999, s. 25.

¹⁶⁸ ESEN, s. 580.

kendisini insana yaklaştırmayı amaçlar¹⁶⁹. Hukuk devletinde insan onuruna müdahale edecek uygulamalar kabul edilmez. İnsanların suç şüphesi altında olması ya da suç işlemesi bu gerçeği değiştirmez¹⁷⁰.

Bir muamelenin insan onurunu zedeleyip zedelediği belirlenirken, müdahalenin kamuya açık bir alanda yapılıp yapılmadığı ya da bu müdahalenin başkaları tarafından görülüp görülmediği önem arz etmez¹⁷¹. Kişinin kendi gözünde küçük duruma düşmesine neden olan muameleler de onur kırıcıdır¹⁷². Kişiyi rahatsız eden tüm davranışlar onur kırıcı olarak kabul edilemez¹⁷³. Davranışın onur kırıcı olarak nitelendirilebilmesi için kasten yapılması gerekir¹⁷⁴, belli bir ağırlıkta bulunması gerekir. Bu ise her olayın gerçekleşme şekline, muhatabın şahsi özelliklerine göre farklılık göstermektedir¹⁷⁵. Yapılan muamele muhatabın onurunu zedelemek, muhatabı boyun eğdirmek amacıyla yapılmassa da muhatabın onurunun zedelenmesine sebep olabilir¹⁷⁶. Anayasa Mahkemesi bir kararında işkencenin kişilerin maddi ve manevi varlığına yapılan en ağır muamele olduğu, işkence olarak nitelendirilmemekle birlikte insana ruhen ve fiziki olarak acı veren insanlık dışı davranışların eziyet, eziyet kapsamına girmemekle birlikte insanı küçük düşüren utandıran muamelelerin de insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak kabul edileceğini belirtmiştir¹⁷⁷.

Hür iradenin olmadığı yerde insan onurundan bahsedilemez¹⁷⁸. Kişilerin hür iradelerinden rızaları ile vazgeçmeleri, yapılan işlemin insan onurunu zedelediği sonucunu doğurmaz¹⁷⁹. İnsan onurunun dokunulmazlığı ilkesi sınırsız değildir. Hukuk

¹⁶⁹ YÜCE, s. 158.

¹⁷⁰ YÜCE, s. 158.

¹⁷¹ AYM, Başvuru no: 2013/293, K.T. 17.07.2014, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2013-293.htm&kw=cezmi+demir#fm>, E.T.: 07.02.2018.

¹⁷² GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 214.

¹⁷³ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 215.

¹⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 215.

¹⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 214.

¹⁷⁶ AYM, Başvuru no: 2013/293, K.T. 17.07.2014, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2013-293.htm&kw=cezmi+demir#fm>, E.T.: 07.02.2018.

¹⁷⁷ AYM, Başvuru no: 2012/969, K.T. 18.09.2013, RG.T. 01.11.2013, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2012-969.htm&kw=2012/969#fm>, E.T.: 09.02.2018.

¹⁷⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 48; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 38.

¹⁷⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 48; ÖZTÜRK, s. 68, ÖZTÜRK / ERDEM, s. 38.

devleti ilkesi çerçevesinde kişiler bazı yükümlülükleri yerine getirmek ya da bazı tedbirlere katlanmak durumundadır¹⁸⁰.

İnsan onuru kavramı fiziki varlığımızın ötesinde bir bilinç olarak da var olmamıza hizmet eder. Bir hiç olduğuna, kıymetinin bulunmadığına inanan insan maruz kaldığı haksız uygulamalara itiraz etmek bir tarafa itiraz edebilme hakkının var olduğunu dahi düşünmeyebilir. Bu durum da hukuk devleti ilkesi ile sağlanan kazanımları işlevsiz hale getirebilir. Hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama insan onurunu zedeler¹⁸¹. Kişilerin çıplak olarak aranması¹⁸², gerekli olmamasına rağmen fiziksel güç kullanılması¹⁸³, kişinin hür iradesini ortadan kaldırarak aranılan şeyin yerini söylene çalışılması¹⁸⁴, gerçeğe aykırı düzenlenen arama tutanağının zorla imzalatılması bu ilkeyi ihlal eder. İlkeye aykırı bir şekilde insanların hür iradeleri hiçe sayılarak gerçekleştirilen aramalar, devlet tarafından kendisine sanık rolü verilenlerin mahkumiyetine giden yolda bir formalitenin yerine getirilmesinden başka bir şey değildir.

3.4. Orantılılık (Ölçülülük) İlkesi

Orantılılık ilkesi temellerini hukuk devleti ilkesinden alır¹⁸⁵. AIHS Koruma Mekanizmasında ilkeyi ifade etmek için ölçülülük yerine orantılılık terimi kullanılmaktadır¹⁸⁶.

İlkeye göre kişiye uygulanacak olan yaptırımın kişinin gerçekleştirdiği fiile göre belirlenmesi gerekir¹⁸⁷. Fiil ile fiile uygulanan yaptırım arasındaki orantısızlık, yaptırım ile elde edilmek istenen suç işlenmesinin önlenmesi amacına

¹⁸⁰ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 117; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 50; ÖZBEK İnfaz Hukuku, s. 62; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 38.

¹⁸¹ AYM, E. 1986/24, K. 1987/8, K.T. 31.03.1987, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk1986-24.htm&kw=insan+onuru#fm>, E.T.: 07.02.2018. YALÇIN, Hüseyin, Önleme Araması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2010, s. 26.

¹⁸² AYDIN 2012, s. 25.

¹⁸³ KALABALIK, s. 410.

¹⁸⁴ ÖZBEK 1999, s. 25.

¹⁸⁵ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 163; HAKERİ, s. 31.

¹⁸⁶ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 162.

¹⁸⁷ HAKERİ, s. 31; ÖNDER, s. 22.

ulaşılamamasına sebep olabilir¹⁸⁸. İlke yapılan işlemlerde de kendisini göstermektedir. Buna göre işlemler yapılırken kullanılan araç ile işlem neticesinde elde edilmek istenen amaç arasında bir orantının bulunması gerekir¹⁸⁹. İlkeye göre araç ile amaç arasında makul bir orantının bulunması gerektiğinden ilke, aşırıya kaçılmasına engel niteliktedir. Bu nedenle ilke, *aşırılık yasağı* olarak da isimlendirilmektedir¹⁹⁰. İlke, elde edilmek istenen amaçtan hareketle bu amacı elde etmek için kullanılan aracın denetlenmesini de ifade eder¹⁹¹. İlke, temel hak ve özgürlükler sınırlanırken nerede durulması gerektiğini gösterir¹⁹², temel hak ve özgürlükler ile kamu yararı arasındaki dengenin kurulmasına hizmet eder¹⁹³. Ayrıca, yapılan sınırlamayla elde edilmek istenen genel yarar ile bu sınırlamayla ortaya çıkan bireysel zarar arasındaki dengenin de gözetilmesi gerekir¹⁹⁴. AİHS göre ilke amaç ile araç arasında *adil bir denge* sağlanmasına hizmet etmekte olup ilkenin, sözleşmenin uygulandığı durumlarda gözetilmesi gerekir¹⁹⁵. Arama işlemi açısından bu denge aramaya maruz kalan kişinin menfaati ile toplum menfaati arasında bulunmalıdır¹⁹⁶. Bazı hallerde araç ile amaç arasında aranan orantı bulunmasına rağmen araç ağır olabilir. Bu nedenle orantılılık ilkesinin Ceza Hukukunun *son çare* olması ilkesiyle birlikte değerlendirilmesi hak ve özgürlüklerin korunması açısından daha doğrudur¹⁹⁷.

İlkeye Anayasa m. 13'de temel hak ve özgürlüklerin ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlandırılabilceği belirtilerek yer verilmiştir. İlke, Anayasa'ya 2001 yılında girmekle birlikte Anayasa Mahkemesi, 2001 yılı öncesinde verdiği kararlarda da

¹⁸⁸ ÖNDER, s. 22.

¹⁸⁹ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ s. 156; YÜCE, s. 167.

¹⁹⁰ YÜCE, s. 167.

¹⁹¹ METİN, Yüksel, “*Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük ilkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, No:1, 2017, s. 6, <http://dergipark.gov.tr/sduhfd/issue/33190/369413>, E.T.: 24.05.2018; ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 23.

¹⁹² METİN, s. 6.

¹⁹³ KILKELLY, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, Almanya, Avrupa Konseyi, 2001, s. 54, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayat.pdf, E.T.: 24.05.2018.

¹⁹⁴ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 156; ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Seçkin yayınevi, Ankara 1999 s. 98.

¹⁹⁵ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 156

¹⁹⁶ YENİSEY Hazırlık Soruşturması, s. 102.

¹⁹⁷ ZAFER, s. 43-44.

ilkeden yararlanmıştır¹⁹⁸. Anayasa m. 15/1’de olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulması düzenlenmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılması durumun gerektirdiği ölçü doğrultusunda kısmen ya da tamamen durdurulması mümkündür. Görüldüğü gibi burada da bir ölçü doğrultusunda hareket edilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararları ve doktrinde ölçülülük ilkesinin *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* unsurlarından oluştuğu kabul edilmektedir¹⁹⁹. Unsurlardan *elverişlilik*, aracın elde edilmek istenilen amaç için elverişli olmasını; *gereklilik*, amaca ulaşabilmek için kullanılan aracın gerekli olmasını; *orantılılık*, araç ile amaç arasındaki dengeyi, oranı ifade etmektedir²⁰⁰.

TCK’da da ilkenin yansımaları bulunmaktadır. TCK m. 3’de suç işleyen kişiye uygulanacak yaptırımın işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı olacağı hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde, orantılı olmayan yaptırım ile karşılaşan kişinin fiilinden pişmanlık duymayacağı ve bu durumun, kişinin yeniden topluma kazandırılmasına engel olacağı vurgulanmıştır²⁰¹. AÖAY m. 28/6 “*Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir.*” şeklindeki düzenleme ile gerektiği ölçüde güç kullanılması gerektiğinin ayrıca altı çizilmiştir. Güç kullanımında aşırıya kaçılması ilkenin ihlali sonucunu doğurur.

İlkeye göre bir tedbire maruz kalan kişiye kendi haklarını koruyacak kadar hukuki bilgi verilmesi gerekir. Bu durum ilkenin temellerini aldığı hukuk devleti ilkesine de uygundur²⁰². İlke uyarınca arama işlemini gerçekleştiren görevlinin

¹⁹⁸ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 162.

¹⁹⁹ SAYGIN, Engin, “*Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2017, s. 67, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-2/2.pdf> , E.T.: 24.05.2018; METİN, s. 7; ÖZBUDUN 2010, s. 114; AYM, Başvuru No:2015/1927, Karar No: 22.03.2018, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2015-1927.htm&kw=%C3%B6l%C3%A7%C3%BCl%C3%BCl%C3%BCk+arama#fm>, E.T.: 24.05.2018; AYM, E. 2017/172, K. 2018/32, K.T. 28.03.2018, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2017-172.htm&kw=%C3%B6l%C3%A7%C3%BCl%C3%BCl%C3%BCk+arama#fm>, E.T.:24.05.2018.

²⁰⁰ AYM, E. 2017/172, K. 2018/32, K.T. 28.03.2018, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk2017-172.htm&kw=%C3%B6l%C3%A7%C3%BCl%C3%BCl%C3%BCk+arama#fm>, E.T.: 24.05.2018.

²⁰¹ TCK m. 3-Gerekçe.

²⁰² YÜCE, s. 167.

aramaya maruz kalan kişiye, yapılan işleme karşı başvurabileceği kanuni yolları bildirmesi gerekir. Böyle bir bildirim yapılmaması halinde, aramaya maruz kalan kişinin hak kaybına uğramaması için yasal süresi geçtikten sonra yapılan başvuruların da değerlendirilmesi gerekir.

Ceza Muhakemesi hukuku maddi gerçeği ortaya çıkarmayı amaçlar²⁰³. Bu amaca yine hukukun gösterdiği yollar takip edilerek ulaşılmaya çalışılır. Orantılılık ilkesi de amaca ulaşmak için genel hatları ile belirli olan yolların sınırlarının oluşturulmasına yardımcı ilkelere dayanır. Uzak bir tehlikenin varlığı halinde başvurulacak olan önleme aramasının konutta icra edilmesinin yasaklanması ölçülülük ilkesine uygundur²⁰⁴. İlke hem arama kararı verilirken hem de kararın kapsamı belirlenirken göz önünde bulundurulmalıdır²⁰⁵. Arama ile elde edilmek istenen yarar ile muhtemel zarar arasında orantı bulunmuyor ise arama işlemi yapılmamalıdır²⁰⁶. Arama ile elde edilmek istenen amaca ulaşıldıktan sonra arama işleminin yapılması ilkeye aykırıdır²⁰⁷. İlke uyarınca, elde edilmek istenilen sonuca arama yapılmadan ulaşıyorsa artık arama yapılması hukuka aykırı bir hal alır. Gündüz arama yapılarak elde edilebilecek sonuç için gece arama yapılması halinde de orantılılık ilkesi ihlal edilmiş olur. Keza kanun koyucu da arama işlemini bu hususa dikkat ederek düzenlemiştir²⁰⁸.

3.5. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

İnsanların kendilerini bulabilmeleri için diğer insanların olmadığı özel bir alana ihtiyaçları vardır²⁰⁹. Hukuk devletinde kişilere maddi ve manevi olarak kendilerini yine kendi istekleri doğrultusunda geliştirebilecekleri bir alan sunulur. Bu alan kişilerin kendilerine özgü olan ve devlet müdahalelerinden korunan dünyalarını

²⁰³ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 31.

²⁰⁴ AKDEMİR, Mehmet, Türk Hukukunda Önleyici Arama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 36, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, E.T.: 09.04.2019.

²⁰⁵ ÖZBEK 1999, s. 34.

²⁰⁶ ÖZBEK Mağduriyetin Giderilmesi, s. 98.

²⁰⁷ ÖZBEK 1999, s. 34.

²⁰⁸ AYDIN 2012, s. 26.

²⁰⁹ ERYILMAZ 2003, s. 65.

oluşturur²¹⁰. İnsanlara böyle bir alan sunulması insan onurunun dokunulmazlığı ilkesiyle bağlantılı olduğu gibi hukuk devleti olmanın da bir gereğidir²¹¹.

Devletin müdahalesinden korunan bu alan belirlenirken Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen *kuşak teorisinden* yararlanılmıştır Teoriye göre, kişiler hayatlarını diğer kişilerle etkileşim halinde yaşamaktadır. Bu nedenle kişilerin hayatı, hayatın genel yönü ve özel yönü olarak öncelikle iki kısma ayrılmakta, hayatın özel yönü ise kendi içerisinde “*özel hayat*” ve “*hayatın gizli alanı*” olarak ikiye ayrılmaktadır²¹². Hayatın genel yanına *ortak hayatta*²¹³ denilmekte olup, bu alan diğer insanlarla birlikte var olan alandır. Bu alana ilişkin meseleler özel hayatın gizliliği içinde değerlendirilmemektedir²¹⁴. Hayatın gizli alanı ise sadece bireyin var olduğu hayat alanıdır²¹⁵. Hayatın gizli alanında kişinin kendisine sakladığı, kimseyle paylaşmadığı yahut istisnai bazı kişilerle paylaştığı²¹⁶ duygu ve düşünceleri bulunmaktadır²¹⁷. Bu çekirdek alandan (çekirdek benlik²¹⁸) sonra özel hayat denilen alan gelmektedir²¹⁹. Özel hayat denilen alan ise kişinin yakınlarıyla paylaştığı yaşam alanını ifade etmektedir²²⁰. Devlet müdahalesinden korunan bu alanın sınırı diğer kişilerin özgürlük alanı sınırına göre belirlenmektedir²²¹. Hayatın özel alanına devlet tarafından koruma sağlanarak bu alana dokunulmazlık atfedilmiştir. Fakat bu koruma

²¹⁰ ÖZTÜRK, s. 75; ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Hukukunda Organize suçlulukla Mücadele Gizli Soruşturma Rehberi, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara 2001, s. 231.

²¹¹ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2017, s. 529.

²¹² ÖZTÜRK, s. 78; ERDEM 2001, s. 232.

²¹³ DANIŞMAN, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1991, s. 8.

²¹⁴ ÖZTÜRK, s. 77; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 530.

²¹⁵ ÖZTÜRK, s. 78.

²¹⁶ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 531.

²¹⁷ ÖZBUDUN, Ergun, “*Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği*”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C. 1, Ankara 1977, s. 266.

²¹⁸ ÖZBUDUN 1977, s. 266.

²¹⁹ ÖZTÜRK, s. 78.

²²⁰ ÖZBUDUN 1977, s. 266.

²²¹ ERDEM 2001, s. 231.

ve dokunulmazlığa da istisnalar getirilmiştir²²². Buna karşı hayatın gizli alana yönelik kabul edilen dokunulmazlık mutlak niteliktedir²²³.

Bir görüşe göre, suç olan bir eylem hayatın gizli alanı kapsamında yer alsa dahi bu alana oranlılık ilkesi²²⁴ çerçevesinde müdahale etmek mümkündür²²⁵. Bir diğer görüşe göre ise hayatın gizli alanına hiçbir gerekçe ile müdahale edilmemesi gerekir²²⁶. Kanaatimizce kişi hayatın gizli alanında ceza hukukunun faaliyet alanına girecek bir eylem gerçekleştirirse eylem artık hayatın özel alanı kapsamında değerlendirilerek müdahaleye açık hale gelir. Örneğin kişilerin dini inancı hayatın gizli alanına ilişkin bir kavram olmakla birlikte dini inanç gereği başkalarına zarar vermesi halinde bu durum devletin müdahalesine açık hale gelir²²⁷.

Kişilerin hayatın gizli alanında bulunan duygu ve düşüncelerini açıklayıp açıklamama konusunda özgür olmaları gerekir²²⁸. Kişilerin bu noktadaki özgür iradelerine müdahale edilmesi insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine de aykırıdır.

Özel hayat kişinin kendisine yakın olarak gördüğü diğer kişilerle kendi isteği doğrultusunda ve ölçüsünde paylaştığı hayat alanıdır²²⁹. Kişiler, kendileriyle özel hayat alanını paylaşan kişinin rızası olmadan öğrendikleri bilgileri, başkalarıyla paylaşmaları halinde kişinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmiş olurlar²³⁰. Özel hayatın sınırı; toplumun ahlaki yapısı, olayın içeriği, yer ve zamana göre değişmektedir²³¹. Örneğin, toplumca tanınan kişilerin özel hayat alanları daha dar

²²² DANIŞMAN 1991, s. 28; TOSUN, Öztekin, “*Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, 1974, s. 97, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96475>, E.T.: 09.04.2019.

²²³ ÖZTÜRK, s. 77; ERDEM 2001, s. 232; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 142.

²²⁴ ERDEM 2001, s. 233.

²²⁵ ÖZTÜRK, s. 79;

²²⁶ ERDEM 2001, s. 234.

²²⁷ ÖZTÜRK, s. 79.

²²⁸ ÖZBUDUN 1977, s. 266.

²²⁹ DANIŞMAN, s. 8; ÖZBUDUN 1977, s. 266.

²³⁰ ŞEN, Ersan, “*Anglo Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı*”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No: 18, İstanbul 1990, s. 85, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/259927>, E.T.:19.06.2018.

²³¹ DANIŞMAN, s. 12.

kapsamlıdır²³². Anayasa Mahkemesi, bir kararında, topluma mal olmuş politikacı, sanatçı gibi kişilerin özel hayat alanlarının topluma mal olmamış kişilere göre daha dar olduğunu belirtmiştir²³³. Bu değişkenlik nedeniyle özel hayat kavramının tanımlanması, bu kavramının aleyhine bir durum olur²³⁴. AİHM de özel hayatın ihlali iddiasıyla yapılan başvurulardaki uyuşmazlıkları çözerken bir tanımlama yapmaktan kaçınarak, olayın özelliklerine göre özel hayatın kapsamını belirlemiştir²³⁵. Özel hayat kavramın tanımlanarak kalıplaştırılması yerine olayın özelliklerine göre özel hayata müdahalenin olup olmadığının tespiti daha yerindedir.

Kişi özel hayatını aleni hale getirmişse, aleni hale getirdiği hususlara ilişkin olarak özel hayatın dokunulmazlığından yararlanamaz²³⁶. Aleniyet, kişinin mahremiyetinden vazgeçmeyi bünyesinde barındırmıyor ise yani kişi izlendiğinin ya da dinlendiğinin farkında olsaydı buna müsaade etmezdi denilebiliyorsa, kişinin özel hayat alanının korunması gerekir²³⁷. Özel hayata hangi durumlarda ne ölçüde müdahale edilebileceğinin tespiti, orantılılık ilkesinde belirtilen ölçütlerden faydalanılarak yapılması gerekir²³⁸.

Kişilerin mutlu olabilmesi özel hayat alanının korunmasıyla doğrudan ilgilidir. Özel hayat alanına yapılan müdahaleler nedeniyle mutsuz olan kişiler, toplumda huzursuzluğun ortaya çıkmasına sebep olabilir²³⁹. Bu da özel hayat alanına yapılan haksız müdahalelerin toplum nezdindeki olumsuz sonuçlarından biridir.

²³² GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 354.

²³³ AYM, Başvuru No: 2014/20364, K.T. 05.10.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amkb2014-20364.htm&kw=insan+onuru#fm>, E.T.: 31.07.2018.

²³⁴ BOZLAK, Ayhan, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 26, S. 109, Kasım 2013, s. 84, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-109-1322>, E.T.: 18.06.2018.

²³⁵ SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “*Özel hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 3, 2013, s. 255, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_3_8.pdf, E.T.: 19.06.2018.

²³⁶ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 143.

²³⁷ BOZLAK Özel Hayatın Korunması, s. 62.

²³⁸ ÖZTÜRK, s. 78; ÖZBEK 1999, s. 31.

²³⁹ AYM, E. 1986/24, K. 1987/8, K.T. 31.03.1987, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk1986-24.htm&kw=insan+onuru#fm>, E.T.: 31.07.2018.

Gizlilik ve bağımsızlığın olmadığı yerde özel hayatta yoktur²⁴⁰. Kişiler özel hayatlarının kapsamını bağımsız olarak oluşturabilmelidirler²⁴¹. Özel hayatın gizliliği hem diğer kişilere hem de devlete karşı korunmalıdır²⁴². Bu koruma da devlet tarafından sağlanmalıdır²⁴³. Böyle bir korumanın bulunmaması halinde kişiler, kendisini güvende hissetmezler ve olmak istedikleri kişi yerine devlet tarafından olunması istenen kişi haline gelirler²⁴⁴. Böylelikle herkesin birbiri gibi düşünüp davrandığı bir toplum ortaya çıkar. Herkesin aynı şekilde düşündüğü bir toplum ise ilerleyemez.

Kişiler arasındaki farklılıkların kaynağı olan özel hayat çeşitli metinlerle koruma altına alınmıştır. Özel hayatın gizliliği ilke defa 1961 Anayasa'sı ile güvence altına alınmış olup 1961 Anayasa'sı dünyada bu hakka yer veren ilk anayasalardandır²⁴⁵. 1982 Anayasası'na bakıldığında, 20. maddesinde, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması üst başlığı altında Özel Hayatın Gizliliği ilkesi düzenlenmiştir. Anayasamız özel hayatın dokunulmaz olduğunu kabul edilmekle birlikte Anayasa'da düzenlenen sebeplere dayanılarak belirtilen usul doğrultusunda kişilerin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranabileceği ve bunlara el konulabileceği düzenlenmiştir. Anayasa m. 21'de Konut Dokunulmazlığı başlığı altında; kişilerin konutlarının dokunulmaz olduğu kabul edildikten sonra Anayasada belirtilen hallerde kişilerin konutunun aranabileceği ve eşyalarına el konulabileceği düzenlenmiştir. Anayasa m. 22'de Haberleşme Hürriyeti düzenlenmiş olup herkesin bu hürriyete sahip olduğu, haberleşmenin gizliliğinin ise esas olduğu kabul edilmiştir. Buna ek olarak Anayasa'da belirtilen hallerde haberleşmenin engellenmesi ve gizliliğinin ihlalinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Anayasa'nın ilgili maddeleri ile düzenlenen bu hakların

²⁴⁰ KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Afa Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 1998, s. 167.

²⁴¹ KABOĞLU 1998, s. 167.

²⁴² ÖZBUDUN 1977, s. 267; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 533; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara 2017, s. 614; GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 350.

²⁴³ KABOĞLU 1998, s. 171; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 533; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 614; GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 350.

²⁴⁴ ÖZBUDUN 1977, s. 268.

²⁴⁵ DANIŞMAN, s. 93.

sınırlanmasının söz konusu olması halinde yine Anayasa m. 13²⁴⁶, de belirtilen usul doğrultusunda hareket edilmesi gerekir. 2001 yılında yapılan değişiklik ile madde genel sınırlama hükmünden çıkarak, sınırlamada uyulacak kuralların düzenlendiği bir madde halini almıştır²⁴⁷.

AİHS Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması başlıklı 8. maddesinde kişilerin, özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ve bu hakka, belirtilen sebeplerin varlığı halinde ölçülülük ilkesi dikkate alınarak yasa ile müdahale edilebileceği düzenlenmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde, kişilerin özel hayatının, ailesinin, meskeninin yazışmalarının keyfi müdahalelere konu edilemeyeceği düzenlenmiştir. Özel hayata hangi şartlar altında müdahale edilebileceğinin sınırı çizilirken, ölçülülük ilkesi de göz önüne alınarak demokratik toplum tarafından kabul edilen diğer temel hak ve hürriyetlere de var olma alanı bırakılmalıdır²⁴⁸.

Bireyin özel hayatına müdahaledeki kolaylık ile kişi hürriyetleri ters orantılıdır. Müdahalenin yapılması ne kadar kolay ise o devlette yaşayan kişiler de o derece hürriyetten yoksundur²⁴⁹. Devlet kişinin özel hayatına kural olarak müdahale etmemeli, aynı zamanda kişilerin özel hayat alanı oluşturması için yasal zemini hazırlamalıdır²⁵⁰.

Arama işlemi ile kişilerin özel hayatına müdahale edilmektedir. İşte bu müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için Anayasa ve AİHS'nin çizdiği çerçevede yapılması gerekir²⁵¹. Yapılan işlem ile özel hayatın ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi yapılırken şu sorulardan yardım alınabilir:

(1) “Müdahalenin yasal dayanağı var mıdır”,

²⁴⁶ AN. m. 13 “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

²⁴⁷ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 137.

²⁴⁸ ŞEN 1990, s. 88.

²⁴⁹ ERYILMAZ 2003, s. 65; ÖZTÜRK, s. 75.

²⁵⁰ DANIŞMAN, s. 27.

²⁵¹ ERYILMAZ 2003, s. 66.

(2) “Müdahalenin meşru bir amacı var mıdır?”,

(3) “Müdahale demokratik bir toplumda gerekli midir?”²⁵².

Dokunulmaz olarak kabul edilen gizli alanı hedef alan arama, hukuka aykırı bir aramadır²⁵³. Usulüne uygun gerçekleştirilmek koşuluyla hayatın özel alanına yönelik yapılan arama işlemi ise hukuka uygundur²⁵⁴. AİHM özel hayatın ihlali neticesinde elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılmasını kabul etmemektedir²⁵⁵. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise bir kararında hukuka aykırı olarak elde edilen delillere itibar edilmesinin özel hayatın gizliliğine aykırı olacağını belirtmiştir²⁵⁶. Delil elde edilebilmesi için usulüne uygun yapılan arama ile özel hayata müdahale edilebileceği kabul edilmiştir²⁵⁷. Diğer kişilerin haklarını da korumak için özel hayata müdahale edilerek arama yapılabilir²⁵⁸. Elde edilmek istenen sonuca özel hayata müdahale etmeden ulaşılabiliyorsa orantılılık ilkesi uyarınca da arama yapılmaması gerekir²⁵⁹. Arama kararında, aranılan ne ise açıkça belirtilmelidir. Aramanın genel nitelikte olması özel hayatın ihlali sonucunu doğurur²⁶⁰.

Özel hayat kişinin bulunduğu mekândan bağımsız bir kavramdır. Kişinin evinde ya da hapisane bulunması özel hayat alanının varlığını etkilememektedir²⁶¹. Kişisel veriler²⁶² özel hayat alanı içerisinde yer almakla birlikte Anayasa Mahkemesi bir kararında GBT kayıtlarının özel hayatın gizliliğini ihlal olarak kabul etmemiştir²⁶³. Kişilerin kimliklerine ilişkin kayıtlar, adı, fotoğrafı, cinsel hayatına ilişkin

²⁵² SALİHPAŞAOĞLU, s. 256.

²⁵³ ÖZBEK 1999, s. 30.

²⁵⁴ ÖZBEK 1999, s. 30.

²⁵⁵ İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 289.

²⁵⁶ ÖZBUDUN 1977, s. 279.

²⁵⁷ DANIŞMAN, s. 31.

²⁵⁸ DANIŞMAN, s. 33.

²⁵⁹ ERYILMAZ 2003, s. 67.

²⁶⁰ ERYILMAZ 2003, s. 67.

²⁶¹ ERYILMAZ 2003, s. 68.

²⁶² Kişisel veri 6698 sayılı Kanun 3/d nolu fıkrasında “...Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi...” olarak tanımlanmıştır.

²⁶³ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 59.

davranışları, ev, araba gibi özel yerlerinin aranması AİHM tarafından özel hayat kapsamında değerlendirilmektedir²⁶⁴.

TCK m. 134'de Özel Hayatın Gizliliğini İhlal suçu düzenlenmiş olup, ölümler suçun mağduru olamaz²⁶⁵. Ölü kişiler açısından özel hayatın korunması söz konusu değildir²⁶⁶. Ölen kişiye yönelik işlemler şartları varsa TCK m. 130'da düzenlenen Kişinin Hatırasına Hakaret suçunu oluşturabilir²⁶⁷.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi *Cady v. Dombrowski* kararında, gerçekleşen bir trafik kazası sonrasında kazayı yapan sürücü, sarhoş şekilde araç kullanmaktan tutuklanmıştır. Tutuklanan sürücünün, yasalar gereği silah taşınması zorunlu olan bir polis memuru olduğu fark edilmiş ve tutuklanan memurun üzerinde silah bulunmaması üzerine silahı bulmayı amaçlayan polis memuru, kazaya karışan araçta arama yapmıştır. Araçta yapılan aramada, kazaya karışan polis memurunun bir cinayete de karıştığına dair deliller bulunmuştur. Mahkeme burada, arama yapan polis memurunun toplumu tehlikeli bir durumdan korumak amacıyla hareket ettiğini, aleyhe delil elde etmek, yakalamak ya da araştırma yapmak gibi amaçlarla hareket etmediğini bu nedenlerle polisin yaptığı arama ile Ek 4. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir²⁶⁸. Karar ile kabul edilen istisna önleme aramalarına ilişkin olup adli aramalarda bu istisnanın uygulanması mümkün değildir. Bu karara göre arama kararı bulunmadan yapılan bir önleme araması, aramaya maruz kalan kişinin aleyhine bir sonuç elde etmek amacıyla değil de toplum menfaati uyarınca gerçekleştirilmiş ise yapılan bu arama hukuka uygun bir aramadır. Bu arama neticesinde tesadüfen elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesi mümkündür.

²⁶⁴ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 353-354.

²⁶⁵ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 641.

²⁶⁶ DANIŞMAN, s. 43.

²⁶⁷ TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 641.

²⁶⁸ 413 U.S. 433, <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/413/433.html>, E.T.: 07.03.2019; BOZLAK Özel Hayatın Korunması, s. 80-81.

3.6. Dürüst işlem İlkesi (Adil Yargılanma Hakkı²⁶⁹)

Dürüstlük, insanlar mutlu bir yaşam sürebilsinler diye hukuk kurallarının bir parçasıdır²⁷⁰. Dürüst işlem ilkesi; kişilerin özgür iradelerine müdahale edilmeden, savunma hakkını ortadan kaldıracabilecek yollara başvurmadan, önceden belirlenen yasal çerçeve içerisinde²⁷¹, insafılı, kişilerin kendilerini ifade etmelerini kolaylaştıracak şekilde davranılmasını ifade eder²⁷². İlke bünyesinde çeşitli güvenceleri barındırmaktadır²⁷³.

Kişilerin suçlu olup olmadıklarına ortaya konulan deliller doğrultusunda karar verilir²⁷⁴. Adaletin yerini bulması için yapılan delil toplama işleminin adaletsizlik barındırmaması gerekir²⁷⁵. İlke, delillerin toplanması için başvuru işlemleri ve yöntemlerde adalet ve insan onurunun dokunulmazlığı kavramlarından uzaklaşmamasını sağlar²⁷⁶. İlke, devletin iddiayı ispat için ihtiyaç duyulan delilleri elde ederken, hileli yollara başvurusunun önünde bir engeldir²⁷⁷. İlke, aleyhine delil toplanan kişiyi, devletin hileli yollara başvurusundan korur²⁷⁸. İlkeye aykırı yöntemler benimsenerek delil toplanması, topluma, hakkında delil toplanan suçun işlenmesinden daha büyük zararlar verebilir²⁷⁹. Maddi gerçek, dürüst işlem ilkesi göz ardı edilerek araştırılırsa hile ile elde edilen delillerle karşı karşıya kalınabilir. Dürüst işlem ilkesi maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesinin sınırını oluşturmaktadır²⁸⁰. Bunlara ek olarak elde edilen delilin yasal olması mutlak olarak bu delilin dürüstlük ilkesi doğrultusunda elde edildiği sonucunu doğurmaz. Bunun temelinde ise yasallığın

²⁶⁹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 122.

²⁷⁰ SELÇUK, Sami, “*Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adalet*”, Yargıtay Dergisi, Ajans-Türk Matbaacılık Sanaii, C. 3, S. 2, Ankara Nisan 1977, s. 49, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/ya/nisan1977.pdf>, E.T.: 20.06.2018

²⁷¹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 122-123.

²⁷² YÜCE, s. 164.

²⁷³ ERDEM 2001, s. 274.

²⁷⁴ BOUZAT, Pierre, “*Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları*”, Çeviri: Hasan İ. BIYIKLI, Yargıtay Dergisi, Ajans-Türk Matbaacılık Sanaii, C. 3, S. 1, Ankara Ocak 1977, s. 85, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/ya/ocak1977.pdf>, E.T.: 21.06.2018.

²⁷⁵ BOUZAT, s. 107.

²⁷⁶ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 53.

²⁷⁷ BOUZAT, s. 87.

²⁷⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 53.

²⁷⁹ BOUZAT, s. 90.

²⁸⁰ ÖZBEK 1999, s. 32.

bünyesinde toplumsal bir içerik mevcutken, dürüstlük kavramındaysa manevi değer ön plandadır²⁸¹.

İlke ile bağlantılı olan adil yargılanma hakkı AİHS m. 6'da düzenlenmiştir. Maddenin içeriği özetle şu şekildedir. Kişilerin hukuki uyuşmazlıklarının çözümü için oluşturulan mahkemelerin yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız sıfatlarını taşıması gerektiği, yargılamanın kamuya açıklık şartını ihlal etmeden makul bir süre içerisinde görülmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Yargılama neticesinde verilecek olan kararın aleni olarak verilmesi asıl olmakla birlikte; özel hayatın gizliliği gibi sebeplere dayanılarak, kararın kapalı olarak verilmesi de mümkündür. Aksi ispat edilene kadar kişilerin masum oldukları kabul edilir. Suç şüphesi altında bulunan kişilerin suçlamayı öğrenme hakkı, müdafii yardımından faydalanma hakkı, tanıklarının iddia makamı ile aynı muameleyi görme hakkı ve tercüman yardımından yararlanma hakkı vardır. Madde ile sağlanan güvencelerin kaynağı maddenin 1. fıkrasıdır. Bu fıkra da adil yargılanma hakkının bazı unsurları açıkça sayılmıştır. Bunlar; davanın hakkaniyete uygun surette, kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız, mahkeme önünde, makul sürede, açık duruşmada görülmesidir²⁸². Adil yargılama, hakkaniyete uygun yargılamayı bünyesinde bulundurmakla birlikte hakkaniyete uygun yargılamadan daha geniş bir kavramdır²⁸³. Hakkaniyete uygun bir yargılamanın yapılabilmesi için AİHS m. 6'da açıkça zikredilen hususlara ek olarak madde hükmüne zımnen dâhil edilen unsurların varlığı da aranır²⁸⁴. Örneğin hak arama özgürlüğü ve silahların eşitliği, zımnen kabul edilen bu unsurlar arasında yer alır²⁸⁵. Türkiye aleyhine AİHM'ne yapılan başvurulara bakıldığında en çok adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle başvuru yapıldığı görülmektedir²⁸⁶.

²⁸¹ BOUZAT, s. 92-93.

²⁸² GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 283-284.

²⁸³ ÇELİK, Adem, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 84.

²⁸⁴ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 283.

²⁸⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:11 Seminer Yayın Dizisi No: 2, İmaj Yayıncılık, Mart-Haziran 1995, s. 3.

²⁸⁶ TURAN, Hüseyin, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi", TBB Dergisi, S. 84, 2009, s. 215.

Hukukumuzda adil yargılama olarak çevrilen fair trial kavramını, YÜCE; insafli, ölçülü, dürüst işlem olarak tanımlamıştır²⁸⁷. Fair trial ilkesi, kişilere kendilerini savunma için yeterli imkânların sağlandığı, haksızlık ve hile yapılmadan davanın hakkaniyete uygun olarak yürütülmesini ifade etmektedir²⁸⁸. Fair trial ilkesi AİHS m. 6/1’de düzenlenmiş olup maddenin 2. ve 3. fıkralarında yer alan haklar ilkenin somutlaştırılmış halini oluşturur²⁸⁹.

Sözleşmeye, Ek 7 nolu protokol ile adil yargılanma doktrinine yeni unsurlar eklenmiştir. Buna göre ceza muhakemelerinde iki dereceli yargılama hakkının tanınması (m. 2), koşulların gerçekleşmesi halinde adli hatalar nedeniyle tazminat ödenmesi yükümlülüğün getirilmesi (m. 3) ile tazminat ödenmesi yükümlülüğü ile adil yargılanma gereği telafi edilmesi, aynı fiil nedeniyle iki kere yargılama yapılamaması düzenlenmiştir²⁹⁰. Buradan hareketle arama kararını veren mahkemenin m. 6’da belirtilen özellikleri haiz²⁹¹, aramaya maruz kalan kişiye anlayabileceği dilde açıklama yapılması gerekir. Aksi halde yapılan işlemin ne olduğunu ve ne sebeple yapıldığı anlaşılamayacağından; işleme, karşı argüman koymasına engel teşkil edebilir. Bununla birlikte bilgilendirme işlemi aramanın amacını tehlikeye düşürme ihtimali var ise bilgilendirme yapılmamalıdır²⁹². Yine hukuka aykırı arama neticesinde belirlenen koşullar çerçevesinde tazminat ödenmesinin kabulü de adil yargılanma hakkının bir uzantısıdır.

İlke 1982 Anayasa’sında ise Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36. madde kapsamında düzenlenmiştir²⁹³. Maddeye göre “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” CMK’ya bakıldığında ise ilke ile ilişkili olan adil yargılanma hakkının unsurları; *bağımsızlık ve tarafsızlık, kanunlarla*

²⁸⁷ YÜCE, s. 164.

²⁸⁸ SCHROEDER, Friedrich-Christian, “*Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” İlkesi*”, Çeviri: Feridun YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trail, SCHROEDER, Friedrich-Christian / YENİSEY, Feridun / PEUKERT, Wolfgang, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999, s. 6.

²⁸⁹ SCHROEDER, s. 12.

²⁹⁰ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ, s. 331-332-333.

²⁹¹ AKDEMİR, s. 25.

²⁹² YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 296.

²⁹³ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 53; Dürüst işlem ilkesini adil yargılamadan farklı kavramlar olduğunu kabul eden yazarlar da mevcuttur. Bkz.; ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 28.

kurulmuş mahkeme, makul sürede yargılanma, aleniyet, denetim, silahların eşitliği olarak kendisini gösterir. Adil yargılanma hakkının unsurları bu şekilde ortaya konulsa da esas itibari ile CMK'nın her maddesi, yargılamanın adil yapılmasına hizmet için vardır²⁹⁴. Bu genel bakış açısı ışığında soruşturma aşamasına hakim olan gizlilik ilkesinin, dürüst işlem ilkesini zedeledikten uygulanması gerekir²⁹⁵.

İlkenin kanun koyucu tarafından benimsenmesi, aramaya maruz kalan kişilere güvence sağlayacak nitelikte düzenlemeler yapılması sonucunu doğurur²⁹⁶. Bu doğrultuda, var ise ilke ile örtüşmeyen mevzuat hükümlerinin güncellenmesi gerekir. Dürüst işlem ilkesinin tam anlamıyla hukukun her alanına hakim olabilmesi ilke uyarınca yapılan düzenlemelerin yine ilkeyi benimsemiş uygulayıcılar tarafından icra edilmesine bağlıdır. Arama işlemini gerçekleştiren uygulayıcılar, esasında kanunun uygulayıcı eli konumunda olduklarından muhataplarının güvensizliğini doğuracak eylemlerden kaçınmalıdırlar²⁹⁷. Örneğin arama işleminin, muhatabı yönlendirerek ya da kandırarak gerçekleştirilmesi²⁹⁸, durumu farklı aksettirecek şekilde *güdümlü tutanak* tutulması²⁹⁹, ya da arama sahası dışından getirilen bir şeyin sanki orada bulunmuş gibi gösterilmesi dürüst işlem ilkesine aykırıdır. Dürüst işlem ilkesine aykırı gerçekleştirilen arama işlemi neticesinde elde edilen delilin muhakemede kullanılmaması gerekir³⁰⁰.

3.7. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Ceza muhakemesi yapılacak olan yargılamanın sonunda sanığı mahkûm etmek için yerine getirilmesi gereken prosedürler bütünü değildir. Ceza muhakemesinde maksat maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır³⁰¹. Adli makamların önüne taşınan

²⁹⁴ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 124-125.

²⁹⁵ ÖZTÜRK, s. 75.

²⁹⁶ BOUZAT, s. 94.

²⁹⁷ SELÇUK 1977, s. 54.

²⁹⁸ AYDIN 2012, s. 26.

²⁹⁹ YÜCE, s. 164.

³⁰⁰ ÖZBEK 1999, s. 33.

³⁰¹ CENTEL / ZAFER, s. 6; YURTCAN 2017, s. 4; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 70; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 31; BIÇAK, s. 126.

olaylardaki maddi gerçeğe, insanların temel haklarına müdahale etmeden ulaşılmaması amaçlanır³⁰².

Ceza muhakemesinde medeni muhakemeden farklı usul ve ilkeler benimsemiştir. Medeni muhakemede şekli gerçeğe ulaşmakla yetinilirken ceza muhakemesinde işin esasını araştırılır³⁰³. İşin esasını araştırma görevi şüpheli, sanık ya da mağdura verilmemiştir³⁰⁴. İlke savcı, hâkim ve kolluk makamlarını³⁰⁵ bağlar. Buna göre ceza muhakemesinde tarafların beyanları, sundukları deliller hatta ikrarları ile bağlı olmadan, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için resen araştırma ilkesi doğrultusunda hareket edilir³⁰⁶.

Maddi gerçek teriminin ortaya çıkışı, geçmişte yaşanan ve ceza muhakemesine konu edilen uyuşmazlığa konu olayın, duyulara hitap eden somut verilerle ortaya konulması zorunluluğuna dayanır³⁰⁷. Maddi sıfatı ile nitelendirilen gerçeğe, tahminlerle ya da metafiziksel yöntemlerle ulaşılamaz. Maddi gerçeğe ulaşmanın yolu rasyonel ve somut verilerden geçmektedir³⁰⁸. Maddi gerçeğe ulaşma hedefi delil serbestisi esasını getirmiştir³⁰⁹. Maddi gerçeğe ulaşmak için her yol mubah görülmemekte olup araştırmanın kapsamına delil yasakları ile bazı sınırlar getirilmiştir³¹⁰.

Adli aramayı gerçekleştiren uygulayıcının muhatabı taciz etmek gibi maddi gerçeği ortaya çıkarmaktan başkaca sebeplerle arama yapması, işlemi hukuka aykırı hale getirir. İlke, önleme araması açısından değerlendirildiğinde ise önleme

³⁰² KARAKEHYA Ceza Muhakemesinin Amacı, s. 125; READ, s. 7.

³⁰³ ÖZTÜRK, s. 79; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 73; KUNTER 1986, s. 23-24.

³⁰⁴ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 145.

³⁰⁵ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 65.

³⁰⁶ BIÇAK, s. 126-127; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 145; YURTCAN 2017, s. 71.

³⁰⁷ KARAKEHYA, Hakan, “Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, S. 27, Temmuz 2016, s. 68, <http://www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-27/>, E.T.: 26.06.2018.

³⁰⁸ KARAKEHYA Maddi Gerçek, s. 68.

³⁰⁹ ÖZBEK 1999, s. 35.

³¹⁰ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 145; ÖZBEK, Veli Özer, 1999, s. 35; CİHAN, Erol, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 28, S. 3-4, 1962 s. 708, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005119/1023004658>, E.T.: 27.06.2018.

aramasında amaç, geleceğe yönelik bir risk ya da tehlikeyi önlemek olup, geçmişte yaşanmış bir olayın esas araştırılmamaktadır. Bu nedenle ilke adli arama bakımından geçerli³¹¹ olup önleme araması açısından ise bu arama türünün amacındaki farklılık nedeniyle geçerli değildir.

3.8. Suçsuzluk Karinesi

Kavram, masumiyet karinesi olarak da isimlendirilmekle birlikte Anayasa'ya uygun kullanım şekli suçsuzluk karinesi terimidir³¹². Kişiler yargılama makamları karşısına masumiyet iddiasıyla değil, suçlu olduğu iddiasıyla çıkarılmaktadır. Bu kişilere karşı oluşabilecek suçluluk ön kabulüne karşı, suçsuzluk ihtimalinin altının çizilmesi için suçsuzluk karinesi teriminin kullanılmasının, karinenin özüne daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Karine, Avrupa hukuk literatürüne 1789 tarihli Fransız Kişi ve Vatandaş Hakları Bildirgesi ile girmiştir³¹³. Bunun öncesinde ise Beccaria kimse yargıcın kararından önce suçlu olarak adlandırılmaz³¹⁴ diyerek, suçsuzluk karinesine vurgu yapmıştır.

Suçsuzluk karinesi AİHS m. 6/2'de "*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır*" şeklinde düzenlenmiştir. Karine, suçun kanunen ispatı ile son bulmakta olup; AİHM bu konuyu, sözleşmeye taraf olan ülkelerinin iç düzenlemelerine bırakmıştır. Mahkeme burada hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını denetlemekle yetinmiştir³¹⁵. Suçsuzluk karinesi, Anayasa m. 38/4'de "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa m. 15'e göre savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerinde dahi suçsuzluk karinesinin uygulaması durdurulamaz. Karine, CMK'da doğrudan düzenlenmemiş olup CMK m 223/5'de geçen "*Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde...*" ibaresi, karinenin CMK'daki yansımasıdır³¹⁶.

³¹¹ AKSOY, Şemsettin, Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 43.

³¹² FEYZİOĞLU, Metin; "*Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 135.

³¹³ FEYZİOĞLU, s. 135; KUNTER, 1986, s. 24.

³¹⁴ SELÇUK 2004, s. 46.

³¹⁵ SCHROEDER, s. 36.

³¹⁶ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE 2017, s. 57.

Suçsuzluk karinesi temel bir hak olup, kişinin suçsuz sayılması esasına dayanır³¹⁷. Suçsuzluk karinesinin soruşturma ve kovuşturma aşamalarında uygulanması gerekir³¹⁸. Anayasa'ya göre suçsuzluk karinesinin uygulanması için suç isnadının bulunması şart değildir³¹⁹. Suçsuzluk karinesi, sadece yargılama makamlarını değil, tüm resmi makamları bağlar³²⁰. Suç isnadının bulunmadığı hallerde³²¹ resmi makamların yaptıkları işlemlerde de muhataba suçlu muamelesi yapılması, suçsuzluk karinesinin ihlali sonucunu doğurur³²². Suçsuzluk karinesi aynı zamanda dürüst işlem ilkesi ile ilişkilendirilir³²³.

Kişinin suçsuz olabileceği karinesi, bir varsayımdır ve kesinlik arz etmez³²⁴. Kişinin suçsuz sayılması, suçlu olma ihtimaline karşı önlem alınmasına engel değildir³²⁵. Suçsuzluk karinesi gerçekte masum olan birisinin yapılan yargılama sonunda suçsuz kabul edileceğinin garantisini vermez. Keza ceza hukukunun amacı mutlak değil, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır³²⁶. Karineye göre, suçsuz olarak varsayılan kişiye savunma hakkının tanınması gerekir³²⁷. Bu nedenle arama sonrasında kişinin aleyhine olabilecek bir durum ile karşılaşılması halinde tutulacak olan tutanağa, var ise aramaya maruz kalan kişinin itirazlarının eklenmesi gerekir.

Karine, suçluluk ön yargısıyla işlem yapılmasına engeldir³²⁸. Karine, ispat külfeti açısından değerlendirildiğinde, suç şüphesi altında bulunan kişilere suçsuz olduklarını ispatlama zorunluluğunun yüklenmesine engel teşkil eder³²⁹. Keza kişilerin, kamu gücünü elinde bulunduran makam ya da kişilere karşı böyle bir ispat

³¹⁷ FEYZİOĞLU, s. 139.

³¹⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 56.

³¹⁹ FEYZİOĞLU, s. 141

³²⁰ FEYZİOĞLU, s. 149.

³²¹ Karşı görüş; Feyyaz GÖKCÜKLÜ ve İlhan ÜZÜLMEZ karinenin uygulama alanı bulabilmesini suç isnadı bulunmasına bağlamaktadır, GÖLCÜKLÜ, s. 36; ÜZÜLMEZ, İlhan, “*Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları*”, TBB Dergisi, Sayı 58, 2005, s. 45, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-58-134>, E.T.: 03.07.2018.

³²² FEYZİOĞLU, s. 141; GÖLCÜKLÜ, s. 36.

³²³ FEYZİOĞLU, s. 141.

³²⁴ YÜCE, s. 158.

³²⁵ YÜCE, s. 158.

³²⁶ FEYZİOĞLU, s. 140.

³²⁷ FEYZİOĞLU, s. 140.

³²⁸ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 156.

³²⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 56; EREM 1986, s. 358; EREM 1973, s. 323; GÖLCÜKLÜ, s. 35; ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 55.

yükü altına sokulması hakkaniyete aykırıdır. Suçluluğu ispat yükü devletin üzerindedir³³⁰. İlkenin bir diğer sonucu ise şüphenin sanık lehine yorumlanmasıdır³³¹. Karinenin etkileri asıl yargılama ile bağlantılı olan yargılamalarda kendisini gösterir³³².

Suçsuzluk karinesinin ceza muhakemesindeki sınırlayıcı etkisi şu şekilde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle suçlu sıfatını almamış olan şüpheliye suçlu muamelesi yapılmasını yasaklar. Yine şüphe altında bulunan muhataba şüphe altında bulunmayan kişiye kıyasla başka şekilde davranılmasını yasaklar³³³. Karine bir yönüyle suçlu sayılmayan kişinin cezalandırılmasını önlemekte; diğer yönüyle de masum sayılmayan kişiye karşı muhakeme tedbirlerinin uygulanmasının yolunu açmaktadır³³⁴.

Netice olarak suçsuzluk karinesi, tüm resmi makamları bağlayan bir temel hak olduğundan arama işleminin uygulanmasında, suçsuzluk karinesi doğrultusunda hareket edilmelidir. Önleme araması ve adli aramanın her aşamasında, bu karineyi ihlal etmeden arama işleminin tamamlanması gerekir. Aramaya maruz kalan muhataba ön yargı ile yaklaşılmalı, muhatabın çevre tarafından suçlu olarak algılanmasına yol açacak davranışlardan sakınılmalıdır. Arama ile elde edilmek istenen amaca ulaşılsa dahi uygulayıcılar bu karineden ayrılmamalıdır. Çünkü suçsuzluk karinesi, hükmün kesinleşmesi ile ortadan kalkan bir karinedir³³⁵.

4. TARİHSEL GELİŞİM

Değişen ihtiyaçlara cevap verebilmek için hukuk kurallarının da değiştirilmesi gerekir. Bu gerekliliğin bir neticesi olarak hukuk kuralları değiştirilmektedir. Hukuk kuralları arasında bir devamlılık bulunmakta olup bugünkü uygulamanın daha iyi anlaşılması için eski uygulamaların bilinmesinde fayda vardır³³⁶. Arama işleminin

³³⁰ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 55.

³³¹ EREM 1986, s. 358; EREM 1973, s. 322; GÖLCÜKLÜ, s. 35.

³³² GÖLCÜKLÜ, s. 36.

³³³ GROOP, Walter, “*Masumiyet Karinesinin Ceza Muhakemesini Sınırlayıcı Etkisi*”, Çeviri: Osman İSFEN, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3 Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 324.

³³⁴ KUNTER 1986, s. 24

³³⁵ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 56; ŞIK, Hüseyin, “*Suçsuzluk Karinesi*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2013, s. 112, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ndergi/article/view/5000145728/5000133056>, E.T.: 03.07.2018.

³³⁶ CENTEL / ZAFER, s. 47.

tarihsel sürecine bakıldığında, aramanın günümüzdeki gibi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmediği görülür. Bu durum ise arama işlemine karşı güvence altına alınan temel hakların o dönemlerde günümüzdeki gibi koruma altına alınmamış olmasıyla ilişkilidir. Arama işlemi ilk olarak hırsızlık suçu ve konut dokunulmazlığının ihlali suçları ile bağlantılı olarak gerçekleştirilmiştir³³⁷. Arama işleminin icrası, zamana, uygulayan devletin hukuk düzenine göre farklılıklar göstermiş olup bu farklı uygulamaların katkılarıyla arama işlemi günümüzdeki halini almıştır. Bu başlık altında arama işleminin zaman içerisindeki farklı uygulamaları incelenmiştir.

4.1. Eski Yunan ve Roma Hukuku

Eski Yunan'da arama işlemi var olmakla birlikte bugünkü anlamda yasal temellere oturtulmamıştı³³⁸. Eski Yunan'da ceza kovuşturması devlet tarafından resen başlatılmıyordu³³⁹. Bu durum kendisini arama işleminde de göstermişti³⁴⁰. Suçtan zarar gören kişi arama yapılmasını talep edebiliyor hatta bizzat arama yapabiliyordu. Bu dönemde kişi üzerinde veya evde arama yapılabilmesi mümkündü. Kişi, evinde arama yapılmasına izin vermemesi halinde aranılan şeylerin değerini ödemeye mahkum edilebiliyordu³⁴¹. Uygulama şekline bakıldığında günümüzde bir ceza muhakemesi işlemi olan aramanın, Eski Yunan'da özel hukuk işlemlerine benzer özelliklere sahip olduğu görülmektedir.

Roma hukukunda arama, günümüzdeki arama işleminden farklıydı. Aramanın delil elde etme yönüne ağırlık verilmiş olup³⁴² arama işlemi mesken araması şeklinde gerçekleştiriliyordu³⁴³. Roma hukukunda, arama işleminin uygulama alanı Roma

³³⁷ YENERER, Özlem, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1996, s. 40.

³³⁸ ÖZBEK 1999, s. 36.

³³⁹ OKANDAN, Recai Galip, "Kadim Yunanda Hususi Hukuk, Ceza Hukuku, Adli Teşkilat ve Muhakeme Usulü", İÜHFİM, C. 17, S. 3-4, 1951, s. 812, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005133/1023004672>, E.T.: 05.07.2018.

³⁴⁰ YENERER, s. 41; GÜNTHER, Edgar, Die Durchsuchung von Raeumen und Sachen, Diss., Frankfurt am Main 1973, s. 35; Naklen: ÖZBEK 1999, s. 36.

³⁴¹ GÜNTHER, s. 36.

³⁴² MOMMSEN, Teodor, Römisches Strafrecht, Darmstadt 1955, s. 400 vd.; Naklen: ÖZBEK 1999, s. 36.

³⁴³ FRANK, Curt, Die Durchsuchungdes menschlichen Körpers im geltenden Strafprozessrecht, Diss., Köln 1929, s. 3; Naklen: ÖZBEK 1999, s. 36.

Devleti'nin devirlerine göre farklılık göstermiş olup, devletin ilk devirlerinde arama işlemi özel hukuk kapsamında bir uyuşmazlık olarak görülüyordu³⁴⁴.

Malı çalınan kişinin, çalınan malını bulabilmesi için arama yapabileceği kabul edilmişti³⁴⁵. Aramayı gerçekleştiren mağdurun, komşu ve akrabaları zor kullanılmasının gerekmesi ihtimaline istinaden, mağdura yardım için aramaya katılıyordu³⁴⁶. Arama esnasında yatak odasına girilmesi kabul edilmemişti. Aramayı icra eden kişinin giysisi ayrıca düzenlenmişti. Buna göre arama yapan, peştamal giymeli ve elinde bir tepsi bulunmalıydı³⁴⁷. Arama neticesinde çalınmış mal evinde bulunan veya arama yapılmasına izin vermeyen kişi, suçüstü hırsız olarak kabul edilirdi³⁴⁸. Aranılan eşyanın arama neticesinde bulunması, kişinin suçlu olduğunun tespiti anlamına gelmez, suçluluğun ayrıca kesin olarak tespit edilmesi gerekirdi³⁴⁹. Suçüstü hırsızlığın yaptırımını ise hırsızın hür yahut köle olmasına göre değişirdi. Hırsız köle ise önce kırbaçlanır sonra da Tarpeia kayasından atılarak idam edilirdi. Hür kişi ise kırbaçlanır ve sonrasında magistra tarafından mağdura teslim edilirdi³⁵⁰.

12 Levha Kanunlarıyla birlikte aramanın nasıl yapılacağına dair yasal bir düzenleme yapıldı³⁵¹. Arama neticesinde aranılan eşya bulunmuş ise kişi *magistra* önüne çıkarılır, eşyanın mağdura verilmesi istenir ve bu aşamada suçluluğun tespiti yapılırdı³⁵². Roma Devleti'nin son zamanlarına gelindiğinde ise hâkimlere arama yapma yetkisi verilmişti³⁵³.

³⁴⁴ MOMMSEN, s. 418; GÜNTHER, s. 37; FRANK, s. 11.

³⁴⁵ CORNIL, G., Ancien Droit Romain, Le probleme des origines, Bruxelles-Paris, 1930, s. 57; Naklen: TAHİROĞLU, Bülent, Roma Hukukunda Fortum, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul 1975, s. 31.

³⁴⁶ YENERER, s. 44.

³⁴⁷ TAHİROĞLU, s. 34.

³⁴⁸ TAHİROĞLU, s. 32.

³⁴⁹ TAHİROĞLU, s. 35.

³⁵⁰ TAHİROĞLU, s. 38.

³⁵¹ MOMMSEN, s. 748; GÜNTHER, s. 37; FRANK, s. 11.

³⁵² TAHİROĞLU, s. 35.

³⁵³ GÜNTHER, s. 37.

4.2. Cermen Hukuku ve Frenk Hukuku

Cermen hukukunda, başlangıçta yasal bir kurum olarak arama bulunmamaktaydı³⁵⁴. MS 5. yy.den sonra aramaya ilişkin yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır³⁵⁵. Cermen hukukunda zarar verilmemesi kaydıyla yapılacak olan arama talebi reddedilemezdi. Buna rağmen arama talebi reddedilirse aramayı reddeden ev halkı dinsiz kabul edilip arama zor kullanılarak yapılırdı³⁵⁶. Arama işlemi bazı şekli kurallara bağlıydı. Örneğin arama yapacak kişinin kıyafetinin nasıl olması gerektiği belirlenmiş olup gece arama yapılması kabul edilmemişti³⁵⁷.

Frenk hukukundaki arama Cermen hukukuna benzemekle birlikte çalınan malın değerinin, hırsızlığın gerçekleştiği topluluk tarafından ödenmesi gerekiyordu. Burada, hırsızlığa ilişkin varlığı gereken özel şartların da gerçekleşmiş olması aranmaktaydı³⁵⁸.

4.3. Kilise Hukuku, İtalyan Hukuku ve Aydınlanma Dönemi

15. yy.dan itibaren merkezi idare zayıflamış, bu zafiyet suçla mücadelede de kendisini göstermişti. Zayıflayan merkezi idare, maddi gerçeğe ulaşmak için ceza muhakemesinde her yola başvurmaya başlamıştı³⁵⁹. Merkezi idarenin bıraktığı boşluk *kilise hukuku* tarafından doldurulmuştur³⁶⁰. Kilise hukukunun uygulandığı bu dönemde arama işlemine başvurulmakla birlikte aramanın hukuki sınırı çizilmemişti³⁶¹. Somut bir şüphe olmadan, delil olmadan, hâkimin sezgileri doğrultusunda arama yaptırabiliyordu³⁶².

³⁵⁴ HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, Stuygart Berlin Köln Mainz 1968, s. 104; Naklen: ÖZBEK 1999, s. 37.

³⁵⁵ ÖZBEK 1999, s. 37.

³⁵⁶ GÜNTHER, s. 40.

³⁵⁷ GÜNTHER, s. 39.

³⁵⁸ GÜNTHER, s. 41.

³⁵⁹ ÖZBEK 1999, s. 39.

³⁶⁰ HENKEL, s. 35.

³⁶¹ GÜNTHER, s. 45.

³⁶² GÜNTHER, s. 49.

Kilise hukuku orta çağ *İtalyan hukukunu* da etkilemiştir. İtalyan hukukunda da arama işlemi için bir sınırlama getirilmemekle birlikte, konutta arama yapılabilmesi talebin varlığına bağlanmıştır³⁶³.

Aydınlanma döneminde ceza muhakemesinde özgürlükçü, insancıl bir bakış açısı hakim olmuş ve kanun maddelerine de bu bakış açısı yansımıştır³⁶⁴. Alman hukuku açısından bakıldığında ise 1849 İmparatorluk Anayasası'nda mesken dokunulmazlığı güvence altına alınarak, yasalar ile yapılan düzenlemelerde konutta aramanın şartları belirlenmiş, keyfi davranışlara yasa ile sınır getirilmiştir³⁶⁵.1879 tarihli İmparatorluk Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile arama koruma tedbiri olarak ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir³⁶⁶.

4.4. Türk Hukuku

Eski Türk Hukukuna bakıldığında konuya ilişkin yeterli kaynağın olmadığı görülmektedir. Eski Türk hukuku ile benzer düzenlemeler içeren Moğol Kanunları'nda gerek duyulması halinde konutların aranabileceğine ilişkin düzenlemeler mevcuttur³⁶⁷.

Osmanlı devletinde İslam hukuku uygulanmaktaydı³⁶⁸. Tanzimat dönemine kadar geçen sürede suç muhakemesi İslam hukuku kurallarına göre yürütülmüştür³⁶⁹. İslam hukukunda kanuni delil sistemi benimsenmiş olup, belirlenen usuller dışında delil elde edilmesi halinde, delil değerlendirme yasağına tabi tutuluyordu³⁷⁰.

İslam hukukunda arama ayrı bir başlık altında düzenlenmemiş³⁷¹ olup, en çok başvurulan arama türü ev aramasıdır³⁷². İslam hukukunda kişilerin konutlarının dokunulmaz olduğu kabul edilmiş³⁷³ olup, konut dokunulmazlığını ihlal edenler

³⁶³ GÜNTHER, Edgar, s. 45.

³⁶⁴ ÖZBEK 1999, s. 41.

³⁶⁵ ÖZBEK 1999, s. 42.

³⁶⁶ ÖZBEK 1999, s. 42; YENERER, s. 48.

³⁶⁷ YENERER, s. 51

³⁶⁸ CENTEL / ZAFER, s. 25.

³⁶⁹ BIÇAK, s. 87.

³⁷⁰ KAYMAZ, Seydi, Uygulama ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 18.

³⁷¹ YENERER, s. 49.

³⁷² ÖZBEK 1999, s. 42.

³⁷³ ÖZBEK 1999, s. 42-43.

cezalandırılmıştır³⁷⁴. Nur Suresi 27. ve 28. ayetlerine göre başkasının evine ancak o kişinin izni ile girilebilmekte, evde kimsenin bulunmaması, izinsiz eve girme hakkı vermemektedir³⁷⁵. İslam hukukuna göre arama yapılması için bir talebin var olması gerekir. Bu durum ise İslam hukukunda, ceza davalarının özel hukukun bir parçası olarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır³⁷⁶.

İslam hukukunda ev araması şu şekilde yapılıyordu³⁷⁷: Hâkim, aranan kişinin evde olduğu haberini aldıktan sonra, arama yapması için gidecek olan güvenilir iki kişiyi, kendisi tarafından görevlendirilen erkek ve kadınlarla eve yollardı. Eve aniden girilir ve aranan kişinin kaçmaması için kapıda durulur, evin etrafı sarılır, gerekirse çatıya çıkılırdı. Aranan kişi erkekse, kadın kılığına girmediğinden emin olmak için ayrıca kadınlar tarafından evdeki kadınlar aranır. Ev, gerekmesi halinde, kadınlar tarafından da ayrıca aranır. Aranılan kişinin bulunması halinde, bu kişi dışarıya çıkarılırdı.

Osmanlı devleti *Tanzimat döneminde*, 1858 tarihli Ceza Kanunu m. 105’de memurların usule aykırı olarak cebren konuta girmeleri halinde cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır³⁷⁸. 1911 yılında m. 105’de değişiklik yapılarak memurların cezalandırılması için aranan, cebren hareket etmesi şartı kaldırılmıştır³⁷⁹. Osmanlı dönemi hukukçularından Ahmed Ziya ise işyerine girmekle birlikte arama yapmaması halinde cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmüştür³⁸⁰. 105. maddeye göre memurun gerçekleştirdiği usulsüz arama amir emrine dayanıyorsa burada sadece amir

³⁷⁴ ÖRSTEN ESİRGEN, Seda, “*Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 2307, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22288.pdf>, E.T.: 05.07.2018.

³⁷⁵ YENERER, s. 50.

³⁷⁶ ÖZBEK 1999, s. 43-44; YENİSEY, Feridun, “*Ceza Yargısında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler*”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, s. 42 vd.

³⁷⁷ FETAVAYİ HİNDİYYE, Çeviri: Mustafa EFE, C. 6, Ankara 1985, s. 283; Naklen: ÖZBEK 1999, s. 43.

³⁷⁸ ÖRSTEN ESİRGEN, s. 2316, ALPKAYA, Gökçen, “*Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlükleri (1839-1908)*”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 12/1, 1990, s. 172, http://www.todaie.edu.tr/yayinlar/dergi_goster.php?kodu=1045&dergi=3#, E.T.: 06.07.2018.

³⁷⁹ ÖRSTEN ESİRGEN, s. 2317-2318.

³⁸⁰ AHMED ZİYA, Mufassal Kanun-i Ceza ve Teferruatı Şerhi, Cihan Matbaası, İstanbul, 1329, s. 313; Naklen: ÖRSTEN ESİRGEN, s. 2318.

cezalandırılır. Fakat amir görev alanına girmeyen yahut arama yapma yetkisi olmadığı alanlara ilişkin arama emri vermiş ise bu emri tatbik eden memur da cezalandırılır³⁸¹.

1904 tarihli Jandarma Nizamnamesi ile delil elde etmek için kendi bölgesinde adli zabıta görevini yürüten jandarmanın konutta arama yapabileceği kabul edilmiştir³⁸². Osmanlı Hukukunda ilk defa aramanın zamanına ilişkin düzenleme yapılarak; gece, arama yapılması yasaklanmıştır³⁸³. Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nu göre suçüstü durumlarında failin gizlendiği veya suçun ispatına yarayacak eşyanın bulunduğu yere girerek arama yapılabilmesi kabul edilmiştir. Tutuklama kararı bulunsa dahi gece vakti konuta girilemeyeceği kabul edilmiştir. Gece eve girilebilmesi, evden buna ilişkin bir talebin bulunmasına ya da yangın gibi bir zorunluluğun bulunmasına bağlanmıştır³⁸⁴. Aramaya ilişkin bu şekilde düzenlemeler barındıran 1858 tarihli Ceza Kanunu 1926 yılında yürürlükten kaldırıldı³⁸⁵.

1876 Anayasası ve 1879 Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu çıkarılana kadar arama, İslam Hukuku çerçevesinde yapılmıştır³⁸⁶. 1879 Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanununun 33. maddesine göre, arama kararı savcı tarafından verilebilmekle birlikte cürmün niteliği bakımından kabul edilmeye uygun olması gerekirdi. Ayrıca, arama sonunda elde edilecek şeylerin, delil niteliğinde olması gerekiyordu³⁸⁷. 34. maddeye göre aranılan yerde delil bulunmuşsa savcının tutanak düzenleyerek delillere el koyması zorunluydu. 35. maddeye göre aramada başka bir suça ilişkin delil elde edilirse bu deliller torba ya da kutuya konularak ağzı kapatılıp savcının mührü vuruluyordu. 36. maddeye göre bu işlemlerin sanık ya da sanığın hazır olamaması durumunda, bir vekil huzurunda yapıp nihayetinde bu kişilerin imzası alınıyordu³⁸⁸. Yasa aramaya hâkim güvencesi getirmemesi, sanık ile üçüncü kişiler arasında ayırım yapmaması, arama şartları ve icrasına yönelik düzenlemelerin yetersiz olması ile

³⁸¹ AHMED ZİYA, s. 313-314.

³⁸² ALPKAYA, s. 173.

³⁸³ ALPKAYA, s. 173.

³⁸⁴ ABDÜLHALİK MİDHAT, Hukuk-ı Cezaiyye, Dersaadet, Ahmed Saki Bey Matbaası, 1325, s. 246; Naklen: ÖRSTEN ESİRGEN, s. 2319; CELALEDDİN ARİF, Hukuk-ı Esasiye, Kısım-ı Sâni, Dersaadet: Matbaa-i Hukukiye, 1328, s. 111; Naklen: ÖRSTEN ESİRGEN, s. 2319.

³⁸⁵ YENİSEY 100. Yıl, s. 46.

³⁸⁶ ÖZBEK 1999, s. 44.

³⁸⁷ ÖZBEK 1999, s. 45; YENERER, s. 53.

³⁸⁸ ÖZBEK 1999, s. 45; YENERER, s. 54.

yakalama aramasının hiç düzenlenmemiş olması yönlerinden eksiklikler barındırıyordu³⁸⁹. Bunlar da kişi hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından zaaf oluşturuyordu³⁹⁰.

1879 tarihli Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu mülga 1412 sayılı CMUK'un m. 422/2 ile ilga edilmiştir. 1412 sayılı Kanunda Zabıt ve Arama başlıklı 8. fasılda m. 94 ve devamında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 1412 sayılı Kanun ise 5271 sayılı CMK'nın 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkmıştır (CMK m. 334).

1876 Anayasası'nda konut dokunulmazlığı hakkı m. 22'de düzenlenmiş olup, özel hayatın gizliliği ve arama işlemi Anayasa'da açıkça düzenlenmemiştir. Yine düzenlenen hakları güvence altına alan bir yapı öngörülmediği gibi m. 113 uyarınca padişaha bu hakları ortadan kaldırma yetkisi tanımıştı³⁹¹. 1876 Anayasa'sı farklı zamanlarda değişikliğe uğramakla birlikte Anayasa'ya aramaya ilişkin bir düzenleme eklenmemiştir³⁹². 1921 Anayasa'sı yürürlüğe girmekle birlikte 1876 Anayasa'sı yürürlükten kaldırılmamıştır. Anayasa'da temel hak ve özgürlükler düzenlenmemiş olup, bu doğrultuda arama işlemine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır³⁹³. 1924 Anayasası'nın³⁹⁴ 71 ve 76. maddelerinde konut dokunulmazlığı, 81. maddesinde ise haberleşmenin gizliliği düzenlenmiştir³⁹⁵. 1924 Anayasası 71. maddede kişilerin konutuna dokunulamayacağı, m. 76'da açıkça kanunda yazılı usul ve haller dışında kimsenin konutuna girilemeyeceği ve üstünün aranamayacağı düzenlenmişti³⁹⁶. Anayasa'nın 103. maddesinde kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı açıkça düzenlenmekle birlikte kanunların Anayasa'ya aykırılığı halinde başvurulabilecek bir anayasa yargısı düzenlenmemiştir³⁹⁷. 1961 Anayasası'nda³⁹⁸ ise arama, Özel hayatın gizliliği başlıklı 15. maddede “*Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz Adli*

³⁸⁹ ÖZBEK, 1999, s. 45.

³⁹⁰ YENERER, s. 54.

³⁹¹ <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, E.T.: 28.03.2018.

³⁹² YILMAZ, Faruk, Türk Anayasa Tarihi, İz Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 53-54.

³⁹³ ATAR, s. 43.

³⁹⁴ <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>, E.T.: 28.03.2018.

³⁹⁵ DANIŞMAN, s. 92.

³⁹⁶ <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1921/1921ilkmetin/1921-ilkhali.pdf>, E.T.: 28.03.2018.

³⁹⁷ ATAR, s. 46.

³⁹⁸ <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, E.T.: 28.03.2018.

kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.” ve Konut dokunulmazlığı başlıklı 16. madde “*Konuta dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.”* şeklinde düzenlenmişti. 1961 Anayasası’nda 8. madde ile Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kabul edilerek, Anayasa’nın 145 ve devamındaki maddeler ile anayasa yargısı kurulmuştur.

5. MUKAYESELİ HUKUK

5.1. Alman Hukuku

Alman hukukunda arama işleminin tanımı Alman Federal Mahkemesi tarafından yapılmış olup; arama işlemi, *devlet makamlarının belirli bir hedefe ve amaca yönelik kişi veya eşyayı araması* olarak ifade edilmektedir³⁹⁹. Alman hukukuna göre arama kararının üç tane maddi şartı bulunmaktadır. İlk şart, somut bir suça ilişkin eylem şüphesi; ikinci şart, delil elde etme ve/veya şüphelinin yakalanması ihtimali; üçüncü şart ise arama kararının orantılılık ilkesine aykırı olmamasıdır⁴⁰⁰. Alman hukukunda kriminalistik tecrübeye dayanan umma, arama yapılması için yeterli görülmektedir⁴⁰¹.

Alman hukukunda arama kararı, kural olarak hâkim tarafından verilmektedir. Arama kararı hazırlık soruşturması aşamasında verilecekse sorgu hâkimi tarafından; dava açıldıktan sonra verilecekse davaya bakan mahkeme tarafından verilir⁴⁰² (Al. CMK m. 105, m. 169). Gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılmış ise savcılık

³⁹⁹ WOHLERS, Wolfgang, “*Alman Ceza Hukukuna Göre Aramadaki Temel ve Güncel Sorunlar*”, Çeviri: Kerem ÖZ, Hukuk Köprüsü, C. 5, S. 9, Aralık 2015, s. 205.

⁴⁰⁰ WOHLERS, s. 207-208-209.

⁴⁰¹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 315, dn. 278.

⁴⁰² WOHLERS, s. 210; YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung*, Beta Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2015, s. 129,263.

yahut kolluk görevlilerince resen arama kararı verilebilir⁴⁰³ (Al. CMK m. 105). Alman hukukunda, gecikmede tehlike bulunması hali sıkı şartlara bağlanmış olup, basit tahmin ya da akıl yürütme hallerinde, gecikmede tehlike halinin var olduğu kabul edilmemektedir⁴⁰⁴. CMK’da arama kararının biçiminin nasıl olacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Acil durumlarda telefonla ya da sözlü olarak arama kararı verilebileceği kabul edilmekle birlikte, hâkim tarafından verilen arama kararının yazılı olması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁰⁵.

Alman hukukuna göre aramaya maruz kalacak kişinin rızası var ise arama kararı olmadan da arama yapılabilir⁴⁰⁶. Alman hukukunda konut, işyeri ve etrafı sınırlandırılmış özel yerlerde gece arama yapılması kural olarak kabul edilmemekle birlikte, bu kurala istisnalar getirilmiştir. Örneğin, yeni işlenmiş bir suçun takibinin yapılması halinde; gecikmenin tehlike doğurabileceği durumlarda, ceza ve tutukevinden kaçan kişilerin yakalanması amacıyla gece arama yapılabileceği kabul edilmiştir (Al. CMK m. 104/1)⁴⁰⁷. Yine gece herkesin girip çıkabileceği yerlerde gece arama yapılabileceği kabul edilmiştir (Al. CMK m. 104/2)⁴⁰⁸. Konut, işyeri ve etrafı sınırlandırılmış özel yerlerde yapılan aramaya savcı veya hâkim katılmamış ise belediyeden bir memur ya da iki belediye üyesi çağrılarak aramanın bu kişiler nezdinde yapılması gerekmektedir. Belediyeden çağrılacak kişilerin polis veya savcılığın dedektifi olmaması gerekir (Al. CMK m. 104/2)⁴⁰⁹. Arama, Federal Ordunun hizmet binasında veya herkesin girip çıkamayacağı bir kuruluş veya tesisinde yapılacaksa, aramanın Federal Ordunun üst hizmet makamı tarafından yerine getirilmesi istenir (Al. CMK m. 104/3)⁴¹⁰. Arama sonucunda elde edilen deliller, önceleri sadece hâkim tarafından incelenirken, artık savcı hatta savcının görevlendirmesiyle savcı yardımcıları tarafından da yapılabilmektedir (Al. CMK m.

⁴⁰³ WOHLERS, s. 210; YENİSEY / OKTAR, s. 129; ÇAMLİBEL, Cemil, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku”, Polis Dergisi S. 36, Temmuz / Ağustos / Eylül 2003, s. 327.

⁴⁰⁴ Bkz.; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 505, dn. 206.

⁴⁰⁵ Bkz.; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 515, dn. 228.

⁴⁰⁶ WOHLERS, s. 210.

⁴⁰⁷ YENİSEY / OKTAR, s. 128.

⁴⁰⁸ YENİSEY / OKTAR, s. 128.

⁴⁰⁹ YENİSEY / OKTAR, s. 129.

⁴¹⁰ YENİSEY / OKTAR, s. 129.

110/1)⁴¹¹. Arama esnasında arama işleminin sebebini oluşturan suçtan başka bir suçun işlendiğine dair delil elde edilir ise bu delile ihtiyaten el konulur ve savcılığa bu konu hakkında bilgi verilir (Al. CMK m. 108/1)⁴¹². Arama binada yapılıyor ise bu şekilde elde edilen delillere el konulması kabul edilmemiştir⁴¹³. Adli makamların bilinçli ya da keyfi davranışlarından kaynaklanmamak koşuluyla, hukuka aykırı aramadan elde edilen tesadüfi delillerin, ispat aracı olarak kullanılabilmesi kabul edilmektedir⁴¹⁴.

Alman hukukunda önleme araması üstte, eşya üzerinde ve konutta olmak üzere üç alt başlığa ayrılmaktadır. Konutta önleme araması yapılabilmesi, diğer önleme araması türlerine göre daha zorlaştırılmıştır⁴¹⁵.

5.2. Amerika Birleşik Devletleri Hukuku

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda, ABD Anayasası'nın Ek 4. maddesi ile vatandaşlar devlet tarafından yapılan makul olmayan aramalara karşı korunmuştur⁴¹⁶. Madde ile kişilerin evleri, üstleri, özel mülkleri, belgeleri ve eşyalarının gereksiz olarak aranması yasaklanmaktadır. Aramanın, yazılı arama izni ile yapılabileceği, bu iznin içeriğinde aranacak şeyin ayrıntılı olarak belirlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır⁴¹⁷. Özel kişilerin eylemlerine Ek 4. maddenin uygulanması kabul edilmemiştir⁴¹⁸. Arama izni tam yetkili bir adli otorite tarafından verilebilir. Buradaki otorite genellikle sulh hâkimi veya magistratedir⁴¹⁹. İzinsiz yapılan arama, makul olmayan bir aramadır ve Ek 4. maddenin ihlali anlamına gelir. İzinsiz arama yapılabileceğinin kabul edildiği tek yer ise usulüne uygun yakalamanın ardından yapılan aramadır⁴²⁰. Madde, makul olmayan aramalara karşı kişileri korurken, bu kuralın ihlal edilmesi halinde uygulanacak müeyyideye yer vermemiştir. İhlale karşı

⁴¹¹ WOHLERS, s. 213; YENİSEY / OKTAR, s. 132.

⁴¹² WOHLERS, s. 214; YENİSEY / OKTAR, s. 131.

⁴¹³ WOHLERS, s. 214.

⁴¹⁴ ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009, s. 287; Naklen: ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 667.

⁴¹⁵ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 300.

⁴¹⁶ BOZLAK, Ayhan, Anayasa Ek 4. Madde Kapsamında ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 1.

⁴¹⁷ BOZLAK 2015, s. 21.

⁴¹⁸ BOZLAK 2015, s. 23; GOTTLIED, David, "Amerikan Hukukunda Arama", Çeviri: Feridun YENİSEY, Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 87.

⁴¹⁹ BOZLAK 2015, s. 21-22.

⁴²⁰ BOZLAK 2015, s. 26.

başvurulacak müeyyideler, zamanla uygulayıcılar tarafından ortaya konulmuştur⁴²¹. Bu müeyyideler; anayasal hak ihlalden doğan maddi ve manevi zararların devlet tarafından tazmin edilmesi, görevliler tarafından verilen kişisel zararların tazmin edilmesi, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin soruşturma aşamasında ve sonraki aşamalarda kullanılmaması⁴²² olarak kendisini göstermektedir⁴²³.

Federal Yüksek Mahkeme kararlarına göre özel hayat kapsamı dışında kalan hususlar arama olarak kabul edilmemektedir. Özel hayat beklentisinin bulunması şartıyla çöpe atılan şeyin incelenmesi, açık alan aramaları, havadan araç kullanılarak yapılan gözetlemeler arama olarak kabul edilmiştir⁴²⁴. Çöpe atılan şeyin üzerinde özel hayata saygı beklentisi artık kalmamışsa bu çöpler üzerinde yapılan araştırma faaliyeti arama olarak kabul edilmemektedir⁴²⁵. Federal Yüksek Mahkeme başka bir kararında, ev içerisinde kaçak uyuşturucu üretimin yapıldığının tespitine yönelik olarak; evin içerisinden yayılan ısı değişikliğinin dışarıdan bir aletle kontrol edilmesine ilişkin olan davada, bu aletin kullanılmasının Ek 4. madde ile düzenlenen arama kapsamına girdiğine karar vermiştir⁴²⁶. Federal Yüksek Mahkeme, banka kayıtlarının incelenmesini ise Ek. 4. madde kapsamında yapılan arama olarak kabul etmemiştir⁴²⁷. Mahkeme, telefon dinlenmesini özel hayata müdahale niteliğinde olması sebebiyle arama olarak kabul etmiştir⁴²⁸. Şüphelinin hangi numaraları aradığının tespiti ise arama olarak kabul edilmemiştir⁴²⁹. Kişilerin gizlilik iradesi olmadan gittiği yerlerde, kişinin izlenmesi, arama olarak kabul edilmemiştir. Buna karşı, kişinin gözle takibi mümkün olmayan yerlere gitmesi halinde yapılan takip, arama olarak kabul

⁴²¹ BOZLAK 2015, s. 3.

⁴²² OPTİCAN, Scoot, “Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar”, Çeviri: Feridun YENİSEY, Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 41.

⁴²³ BOZLAK 2015, s. 3.

⁴²⁴ BRADLEY, Craig M., “REHNQUIST’s Fourth Amendment: Be Reasonable”, *Symposium William REHNQUIST’s Fourth Amendment, Mississippi Law Journal*, Volume 82, 2013, Number 2, ss. 259-297, Oxford, MS; Naklen: BOZLAK 2015, s. 45.

⁴²⁵ OPTİCAN, s. 49; DAYTON, A. Kimberley, “Oto Durdurma ve Amerikan Anayasası, 4 No’lu Ek Madde”, Çeviri: Akademi Tercüme, Ceza Hukuku Reformu Sempozyum 20-23 Ekim 1999 Taksim Park Plaza Oteli, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul 2001, s. 32.

⁴²⁶ BOZLAK 2015, s. 46-47; OPTİCAN, s. 46-48.

⁴²⁷ OPTİCAN, s. 49.

⁴²⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 308, dn. 268.

⁴²⁹ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2013, s. 1129.

edilmektedir⁴³⁰. Amerikan hukukunda özel hayatın gizliliği beklentisinin ihlal edilip edilmediğine göre yapılan işlemin arama olduğuna karar verilmektedir⁴³¹.

Amerikan hukukunda 1968 öncesinde aramanın kapsamının nerede başlayıp bittiğine dair kesin bir düzenleme yoktu. Fakat 1967’de yılında görülen iki davada alınan kararlar, aramanın kapsamının hukuki çerçevesinin çizilmesi konusunda emsal teşkil etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme tarafından 1967’de görülen ve Aralık 1968’de karar bağlanan *Terry v. Ohio* davasına konu olan olay, polisin şüpheli durumlarda şahıslar üzerinde hangi koşullar altında arama yapabileceği hakkındadır⁴³². Bu karar ile Ek 4. maddenin uygulama alanını, trafik ışıkları ve sokakta

⁴³⁰ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2013, s. 1128.

⁴³¹ OPTİCAN, s. 54.

⁴³² *Terry v. Ohio*, 392 U.S.1 (1968), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/392/1.html>, E.T.: 22.02.2019. Karara konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir. Uzun yıllardır Cleveland şehir merkezinde devriye görevi yapmakta olan polis memuru McFadden, davacı Terry’nin ve Chilton adındaki bir diğer yabancıların bir köşede konuşmakta olduklarını, sonrasında sırayla aynı yol üzerinde gidip geldiklerini, yürüyüşü yapanın hep yol üzerindeki aynı mağazanın penceresine baktığını ve yürüyen döndüğünde köşedeki her buluşmalarında birbirleri ile bir şeyler konuştuklarını görmüştür. Polis memurunun gözlemediği yabancılar toplamda 24 tur atmışlardır. Köşedeki buluşmaların birinde onlara Katz adında üçüncü bir yabancı daha katılmış, sonra hızlıca uzaklaşmıştır. Bu kişilerin bir soygun yapmaları ihtimalinden şüphelenen polis memuru, köşeden ayrılan davacıyı ve Chilton’ı izlemiştir. Bu iki kişi daha önce köşede yanlarına geldikten sonra uzaklaşmış olan kişi ile birkaç blok ötede bir mağazanın önünde buluşmuşlardır Polis bu kişilerin yanına gitmiş, polis olduğunu söyleyerek kendini tanıtmış ve bu kişilere isimlerini sormuştur. Bu kişiler bir şeyler mırıldanmışlar, bu sırada polis memuru da davacıyı döndürmüş, kıyafetini dıştan sıvazlayarak yoklamış ve paltosunun cebinde bir silah olduğunu fark etmiş fakat silahı çıkaramamıştır. Polis her üçünün de önlerinde durdukları mağazanın içine girmelerini söylemiştir. İçeride davacının üzerindeki paltoyu çıkardıktan sonra paltosunun cebindeki tabancayı çıkarmış ve her üçüne de ellerini kaldırarak duvara dönmelerini emretmiştir. Polis, Chilton ve Katz’ın da dış giysilerini sıvazlayarak kontrol etmiştir. Chilton’ın paltosunun cebinde de bir silah bulmuştur. Polis, davacının veya Chilton’ın dış kıyafetlerinin içine elini silah olabilecek bir cisim dıştan sıvazlama ile hissedene kadar sokmamıştır. Katz’ın dış giyimini sıvazladığında silah olabilecek bir cisim hissetmediği için de onun dış giysisinin içine elini sokmamıştır. Savunma, davacının amacını silahını saklamak olduğunu ileri sürerek savunmasını silahın saklanması üzerine kurmuştur. Mahkeme, iddia makamının silahların hukuka uygun bir tutuklamaya temel teşkil edecek bir arama sırasında ele geçirilmiş oldukları savını reddetmiştir. Çünkü polis memuru silahların varlığından haberdar değildi ve arama yapana dek bunu bilmesine olanak yoktu, bu nedenle aramayı yapmadan önce tutuklama amacında olamazdı. Mahkeme ele geçirilen silahları, polis memurunun, davacının ve Chilton’ın şüpheli davranışları olduğuna inanmasına kanıt olarak görmüş, sorgulanmalarının haklı sebebe dayandığını ve polis memurunun kendi güvenliği için silahlı olabileceklerine dair makul şüphesi bulunduğundan bu kişilerin dış giyimini sıvazlayabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme, sorgulama amaçlı “durdurma” ile tutuklama arasında ve silahlar için dış giyimin “el ile yoklayarak aranması” ve suç delili bulmak için kapsamlı arama yapılması arasında ayrıma gitmiştir. El ile üst araması yapılması polisini rutin soruşturma görevinin bir parçası idi çünkü polisin sorguladığı kişinin silahlı ise polise “bir kurşunla” cevap vermesi mümkündü ve üst araması sırasında ele geçirilecek dolu bir silah, yeterli bir delildi. Davacı ve Chilton suçlu bulunmuşlardır. Temyiz mahkemesi bu kararı onaylamıştır. Davacı, Eyalet Yüksek Mahkemesi’ne polis memurunun aramada bulduğu tabancaların delil kabul edilmesinin Anayasanın Ek 4. Maddesi uyarınca davacının haklarını ihlal ettiği gerekçesi ile başvurmuştur. Fakat Ohio Yüksek

yapılan durdurma ve sonrasında yapılan kaba üst aramasını da kapsayacak şekilde genişletmiştir⁴³³. Mahkeme, *Terry* kararında, polisin tecrübesiyle kişinin toplum için tehlike arz ettiği kanaatine ulaşır ise kişiye yönelik durdurma ve üst araması yapabileceğine karar vermiştir. Federal Yüksek Mahkeme, bu kararı ile durdurma ve arama için bulunması gereken yeterli şüpheyi *kolay anlaşılabilir şüpheyeye* indirgemıştır⁴³⁴.

1967 yılında gerçekleşen ve *Camara*⁴³⁵ davası olarak anılan davada; denetçi, San Francisco kenti Konut Kanunu'nun ihlal edilip edilmediğinin denetlenmesi için davaya konu apartmana denetleme yapmak üzere gitmiştir. İlgili Kanun gereğince rutin yıllık incelemeyi yapmak isteyen denetçiye, arama kararı olmaması nedeniyle izin verilmemiştir. Denetçi kanun gereği denetlemeye izin verilmesi gerektiğini beyan etmesine karşı denetlenmek istenen dairede yaşayan kiracı arama kararı bulunmaması nedeniyle denetime izin vermemiştir. Bunun üzerine olay yargıya taşınmıştır. *Camara* davasında belirli bir alanda geçerli olmak üzere; sağlık, yangın ve konut kodları ihlallerinin tespiti ve kontrolleri için bireyselleştirilmiş şüphe bulunmasa dahi arama kararı düzenlenmesini onaylamıştır⁴³⁶.

Doe v. Renfrow kararına konu olayda ise polis, okulda Alman çoban köpeklerinden yardım alarak öğrenciler üzerinde uyuşturucu aramıştır. Öğrenciler arama esnasında elleri masaların üzerinde tutmuş tuvalete gitmek istediklerinde ise bir refakatçi eşliğinde gitmelerine izin verilmiştir. Aramaya katılan köpek bir öğrenciyi tepki vermiş ve köpeğin tepki verdiği öğrencinin cepleri boşaltılmış fakat uyuşturucu bulunamamıştır. Ceperi boşaltılmasına ve bir şey bulunamamasına rağmen köpek yine aynı öğrencide tepki vermiştir. Bunun üzerine köpeğin tepki verdiği öğrencinin hemşire odasında çıplak araması yapılmıştır. Çıplak yapılan arama sonunda da öğrencide uyuşturucu maddeye ulaşılamamıştır. Federal Yüksek Mahkeme, köpek ile

Mahkemesi kendisine yapılan bu başvuruyu gerekçeli bir kararla reddetmiş ve mahkûmiyeti onamıştır.

⁴³³ BOZLAK 2015, s. 5; YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 241.

⁴³⁴ BOZLAK 2015, s. 7.

⁴³⁵ *Camara v. Municipal Court*, 387 U.S. 523 (1967), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/387/523.html>, E.T.: 22.02.2019.

⁴³⁶ BOZLAK 2015, s. 6-7.

yapılan işlemi Ek 4. madde kapsamında yapılan bir arama olarak kabul etmemiştir. Buna karşı, çıplak arama işlemini Anayasa'ya aykırı bulmuştur⁴³⁷.

Arama izninin çıkarılabilmesi için arama yapmak isteyen kolluğun önce savcıyı sonra hâkimi bir suç işlendiğine dair *geçerli bir nedenin* bulunduğuna ikna etmesi gerekir⁴³⁸. Makul sebep olarak da isimlendirebileceğimiz bu neden yok ise yapılan arama hukuka aykırı bir aramadır⁴³⁹. Bu arama neticesinde elde edilen delil ise hukuka aykırı delil olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁰. İdari aramalarda ise arama izni alınabilmesi için bir suçun işlendiğine dair geçerli bir nedenin varlığı aranmamaktadır⁴⁴¹. Ek 4. maddeye göre arama izni talep eden görevlinin izni verecek hâkime talep nedenlerinin doğru olduğuna ilişkin *yemin etmesi veya yeminini yazılı olarak sunması* gerekmektedir⁴⁴². Kararın uygulanma zamanı ise kanunlar ya da mahkeme kararları doğrultusunda her davanın özelliğine göre değişiklik göstermektedir⁴⁴³. Yazılı arama izninin içeriğinde aranacak şeyin ayrıntılı olarak belirlenmesi gerekir⁴⁴⁴. Muhatabın serbest rızasının varlığı halinde, Ek 4. maddede belirtilen yükümlülükler yerine getirilmeden yapılan arama, hukuka uygun bir aramadır⁴⁴⁵.

Amerikan hukukunda, araçların hareket kabiliyetinin olması acil bir durum olarak kabul edilmekte ve buna ek olarak geçerli bir sebebin bulunması halinde, karar olmadan araçta arama yapılabileceği kabul edilmiştir⁴⁴⁶. Yine sıcak takip sonrası yapılan yakama halinde ve sınırda⁴⁴⁷ karar olmadan arama yapılabilmektedir⁴⁴⁸. Hatta sıcak takip sonrasında yapılacak olan bu aramanın, özel mülk içerisinde yapılması da mümkündür⁴⁴⁹. Amerikan hukukunda, memurlar kamu düzeninin korunması amacıyla

⁴³⁷ Doe v. Renfrow, 451 U.S. 1022 (1981), <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/451/1022.html>, E.T.: 22.02.2019; BOZLAK 2015, s. 39-40.

⁴³⁸ BOZLAK 2015, s. 49.

⁴³⁹ OPTİCAN, s. 45; AYDIN Amerikan Hukuku, s. 17.

⁴⁴⁰ KAYMAZ, s. 26.

⁴⁴¹ STUNTZ, William J., "Warrant Clause—Amendment IV", s. 343, <https://www.heritage.org/constitution/content/pdf/lesson-17.pdf>, E.T.: 09.04.2019; Naklen: BOZLAK 2015, s. 49.

⁴⁴² BOZLAK 2015, s. 55; GOTTLIED, s. 90.

⁴⁴³ AYDIN Amerikan Hukuku, s. 20.

⁴⁴⁴ BOZLAK 2015, s. 21; GOTTLIED, s. 90

⁴⁴⁵ BRADLEY, s. 286; GOTTLIED, s. 98; AYDIN, Amerikan Hukuku, s. 17; DAYTON, s. 36.

⁴⁴⁶ BOZLAK 2015, s. 21; OPTİCAN, s. 57; GOTTLIED, s. 96; AYDIN Amerikan Hukuku, s. 18.

⁴⁴⁷ AYDIN Amerikan Hukuku, s. 18.

⁴⁴⁸ BOZLAK 2015, s. 49; GOTTLIED, s. 93.

⁴⁴⁹ AYDIN Amerikan Hukuku, s. 18.

araçlarda idari arama yapabilirler. İdari aramaların, *standartlaştırılmış yazılı prosedüre uygun* olarak yapılması gerekir. Bu aramalarda amaç, suç delili elde etmekten ziyade başka idari amaçların gerçekleşmesini sağlamaktır⁴⁵⁰.

5.3. Yeni Zelanda Hukuku ve Kanada Hukuku

Yeni Zelanda hukukunda, arama işlemi hâkim kararı ile yapılabilir⁴⁵¹. Yeni Zelanda hukukunda yapılan işlem ile özel hayatın gizliliği beklentisi ihlal edilmiş ise yapılan işlem arama olarak kabul edilmektedir⁴⁵². Aramanın yapılabilmesi makul sebebin varlığı şartına bağlanmıştır⁴⁵³. Buradaki makul kavramı tanımlanması zor bir kavram olup; bu kavram, olaydan olaya değişen bir kavramdır⁴⁵⁴. Konutta yapılan aramalarda, delillerin yok edilmesi gibi acil bir durum ile karşılaşmış ise karar almadan arama yapılabilmesi mümkündür⁴⁵⁵. Araçlarda özel hayatın gizliliği beklentisinin konuta göre düşük düzeyde olduğu kabul edildiğinden arama izni olmadan araçta arama yapılabileceği benimsenmiştir⁴⁵⁶. Yeni Zelanda hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, kişinin vücudundan kan örneği alınması, arama olarak kabul edilmektedir⁴⁵⁷. Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama sonrasında elde edilen delillerin, değerlendirme kapsamına alınıp alınmayacağı konusunda katı kurallar bulunmamaktadır. Hukuka aykırı delil ile suçun ortaya çıkarılmasındaki toplumsal yarar arasında bir denge bulunmaya çalışılarak, durumun özelliklerine göre hareket edilmektedir⁴⁵⁸.

Kanada hukukuna bakıldığında ise Yeni Zelanda hukuku ile aramanın hâkim kararı ile yapılabilmesi⁴⁵⁹, acil durumlarda karar alınmadan konutta arama yapılabilmesi⁴⁶⁰, araçta arama yapılması⁴⁶¹, işlemin arama olarak kabul edilmesi için

⁴⁵⁰ DAYTON, s. 37.

⁴⁵¹ OPTİCAN, s. 55.

⁴⁵² OPTİCAN, s. 54.

⁴⁵³ OPTİCAN, s. 45.

⁴⁵⁴ OPTİCAN, s. 52.

⁴⁵⁵ OPTİCAN, s. 56.

⁴⁵⁶ OPTİCAN, s. 57.

⁴⁵⁷ OPTİCAN, s. 39.

⁴⁵⁸ OPTİCAN, s. 44.

⁴⁵⁹ OPTİCAN, s. 55.

⁴⁶⁰ OPTİCAN, s. 56.

⁴⁶¹ OPTİCAN, s. 57.

özel hayatın gizliliği beklentisinin bulunması, makul şüphenin var olması noktalarında örtüştüğü görülmektedir⁴⁶².

5.4. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda, önleme ve adli amaçlı olarak arama yapılmakla birlikte; arama, adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılmamıştır⁴⁶³. Aramanın hukuka uygun bir şekilde yapılabilmesi için maddi ve şekli şartlar öngörülmüş olup, muhatabın rızası ile yapılan aramada bu şartlara uyulması aranmamaktadır⁴⁶⁴. Rıza doğrultusunda yapılan aramada, rızanın aramadan önce verilmiş olması, rıza verenin rıza vermeye yetkili olması gerekir. Ayrıca arama bitmeden rıza geri alınırsa polis aramaya son vermek zorundadır⁴⁶⁵. İngiliz Adli Polis ve Delil Kanununa göre arama sonrasında yapılan işlemin tutanağa bağlanması gerekmektedir⁴⁶⁶. Aynı kanuna göre bina içerisinde arama yapmak isteyen polisin sulh hâkimine başvurması gerekir. Hâkim konuta girme ve arama yapılması hakkında arama belgesi (izni) vermeye Police and Criminal Evidence Act 8. Bölüm'de⁴⁶⁷ belirlenen unsurların olayda olup olmamasına göre karar verir⁴⁶⁸. Bir kaçağın yakalanması gibi hallerde polis, arama izni olmadan binaya girerek arama yapabilir⁴⁶⁹. Üst aramasında ise kişi kendisini aratmamakta direnirse, arama zor kullanılarak yapılabilir⁴⁷⁰. İngiliz hukukunda

⁴⁶² OPTİCAN, s. 54.

⁴⁶³ ERYILMAZ 2003, s. 104.

⁴⁶⁴ ERYILMAZ 2003, s. 106.

⁴⁶⁵ YENİSEY, Feridun, Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, A II, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul 2001, s. A II. 19/2.

⁴⁶⁶ YENİSEY, Feridun, Avrupa Birliği Süreci s. A II. 19.

⁴⁶⁷ Bu durumlar:

“ -Tutuklanmayı gerektirir nitelikte bir suçun işlendiğine ilişkin inancı haklı çıkaracak makul bir sebep varsa; ve

-Aranacak bina içerisinde suçun soruşturulmasına ilişkin önemli bir değeri olan bir şeyin bulunduğuna ilişkin makul bir sebep varsa; ve

-Bahsi geçen şeyin delil olarak kullanılması muhtemel ise; ve

-Bu yasal bir ayrıcalığa tabi, ayrı tutulan veya özel bir işlemle ilgili değilse; ve

-Binaya girilmesini sağlayacak kişiye ulaşamaması veya binaya girilmesini sağlayacak kişiye ulaşılma ile birlikte delillere ulaşılmasını sağlayacak kişiye ulaşamaması

-Binaya arama belgesi olmadan girilemeyecekse

-Polisin binaya derhal girmemesi halinde arama işlemi ile elde edilmek istenen amaca ulaşılması tehlikeye düşecek ya da ciddi şekilde zarar görülmesi” olarak düzenlenmiştir.

⁴⁶⁸ YENİSEY, Feridun, Avrupa Birliği Süreci s. A II. 19- A II. 19/2; AYDIN, Ahmet Hamdi, “İngiltere’de Polisin Arama ve Zaptetme Yetkisi”, Polis Dergisi, S. 8, 1996, s. 9.

⁴⁶⁹ YENİSEY Avrupa Birliği Süreci s. A II. 19/2; ÇAMLİBEL, s. 328.

⁴⁷⁰ YENİSEY Avrupa Birliği Süreci s. A II. 19- A II. 19/a.

aramanın maddi şartları genel olarak düzenlenmemiş olup, durdurma ve aramanın düzenlendiği kanunlarda maddi şartlar ayrıca düzenlenmiştir⁴⁷¹.

5.5. Belçika Hukuku

Belçika hukukuna bakıldığında dört çeşit arama olduğu görülmektedir. Bunlar⁴⁷²:

-Önleme araması; kişinin şüpheli hareketleri üzerine çantası ya da kıyafetlerinin dışından yapılan aramadır. Bu arama, karar olmadan yapılabilmektedir.

-Adli arama; polis tarafından ve bir amir gözetiminde yapılır. Aramanın 6 saat içerisinde bitirilmesi gerekir.

-Nezaret öncesi arama; kendisi ya da başkalarına zarar verebilecek objeleri bulmak için kişinin hemcinsi tarafından yapılan aramadır. Bu aramanın makul süre içerisinde yapılması gerekir.

-Uzman polislerce yapılan arama; tren garı ve hava alanlarında düzenli olarak yapılan aramadır.

Belçika hukukunda evde arama yapılabilmesi sorgu hâkiminin iznine bağlıdır. Bununla birlikte izin olmadan arama yapılabilen haller de mevcuttur. Suçüstü hallerinde, polis, arama kararı olmadan evde arama yapabilir. Rızanın varlığı halinde de karar olmadan evde arama yapılabilir. Rıza üzerine aramaya başlandıktan sonra rıza geri alınsa dahi aramaya devam olunur. Polis umuma açık yerlere talep olmadan girip arama yapabilir. Aramanın, polis tarafından 05:00 ve 21:00 saatleri arasında yapılması gerekir. Saat 21:00'dan önce başlayan aramaya 21:00'dan sonra devam edilebilir.⁴⁷³

⁴⁷¹ ERYILMAZ 2003, s. 105.

⁴⁷² ÖZDEMİR, Erol, “Belçika Gezisinin Ardından”, Polis Dergisi, S. 42, Ekim / Kasım / Aralık 2004, s. 302, <http://www.polisdergisi.pol.tr/Sayfalar/42--Say%C4%B1-indirme-sayfas%C4%B1.aspx>; E.T.: 17.07.2018.

⁴⁷³ ÖZDEMİR, s. 302.

6. ARAMA ÇEŞİTLERİ

6.1. Genel Olarak

Hukukumuzda arama, önleme ya da adli amaçlarla yapılmakta⁴⁷⁴; adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁷⁵. İki arama türü de gizli olanın ortaya çıkarılmasını hedefler⁴⁷⁶. Önleme araması, bir suçla bağlantılı olmadan, suç işlenmeden önce yapılırken; adli arama, suç işlendikten sonra yapılmaktadır. Önleme aramasında amaç tehlikenin önlenmesi iken, adli aramada delil elde etmek ya da şüpheli/sanığı yakalamaktır⁴⁷⁷. Her iki arama türü Anayasa m. 20 ve 21’de düzenlenmiştir⁴⁷⁸. Mevzuatımıza bakıldığında adli aramanın daha ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle önleme aramasına ilişkin bir boşlukla karşılaşıldığında adli arama hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle boşluğun doldurulması yoluna gidilmesi mümkündür⁴⁷⁹.

Tehlike tedbirleri arasında yer alan aramanın⁴⁸⁰, önleme araması ve adli arama olarak ikiye ayrıldığı bu noktada; ayrımın kaynağının tespiti açısından *tehlike tedbiri* kavramını ve bu kavramın alt başlıkları olan *önleme tedbirleri* ve *koruma tedbirleri* kavramlarının incelenmesinde fayda vardır⁴⁸¹.

Zarar ihtimaline karşı başvurulmuş tedbirlere, tehlike tedbirleri denilmektedir. Bir tehlikenin var olduğunu gösteren makul sebebin varlığı halinde, uzak ya da yakın olan bu tehlikeyi önlemek ya da ortadan kaldırmak için tehlike tedbirlerine

⁴⁷⁴ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010 s. 1033; KAYGUSUZ, Ziyaettin, “*Hukukumuzda Polisin; Üst, Eşya ve Araç Aramaları*””, Polis Dergisi, S. 50, Ekim / Kasım / Aralık 2006, s. 42.

⁴⁷⁵ DERDİMAN 1990, s. 12; DERDİMAN, R. Cengiz, Polis Yönetimi ve Hukuku, Nobel Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 294; ŞEN, Ersan, “*Yazılı Emir Olmaksızın Yapılan Üst Araması*”, Yorumluyorum-XVI, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 127.

⁴⁷⁶ DERDİMAN 1990, s. 15.

⁴⁷⁷ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2013, s. 1123.

⁴⁷⁸ ÖZBEK İzmir Şerhi, s. 394.

⁴⁷⁹ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 634.

⁴⁸⁰ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 265.

⁴⁸¹ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 265; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 833; YENİSEY, Feridun, “*Önleme Tedbirlerinde Kolluğun Yetkileri*”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 1, S. 1, 1978, s. 49-50, <http://dergipark.gov.tr/search?q=+%C3%96NLEME+%TEDB%C4%B0RLER%C4%B0NDE+KOLLU%C4%9EUN+YETK%C4%B0LER%C4%B0.+Ceza+Hukuku+v e+Kriminoloji+Dergisi+§ion=articles&type=basic>, E.T.: 24.07.2018; KUNTER, Nurullah, “*“Tehlike Tedbiri” Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyatı Haciz*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4, Ocak 1968, s. 28-29, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96132>, E.T.: 24.07.2018.

başvurulabilir. Koruma tedbirleri bir tehlike tedbiri türü olup; bu tedbir türüne, artık önlenemeyecek derecede yakın olan tehlikenin sonuçlarından korunmak için başvurulmaktadır. Önlenemeyecek derecede yakın olan tehlikenin sonuçlarından korunmak için hemen harekete geçilmesi gerekir. Buradaki gecikilemezlik hali nedeniyle hakkın var olup olmadığına yönelik inceleme yapılmamakta, *haklı görünüşün* varlığı ile yetinilmektedir⁴⁸². Koruma tedbirlerinin özellikleri ise *vasıta olma* ve *geçiciliktir*. Bu özelliklere *kanunla düzenlenmiş olma*⁴⁸³ ve *zorlamayı*⁴⁸⁴ ekleyen yazarlar da mevcuttur. Koruma tedbirlerinin ön şartları ise *gecikmede tehlike*, *haklı görünüş* ve *orantılılıktır*⁴⁸⁵. Haklı görünüşün varlığı için korunmak istenen hakkın kesin olarak var olması aranmamaktadır. Burada korunmak istenen durumun gerçekleşeceğine yönelik ihtimali destekleyen sebeplerin var olması yeterlidir. Keza ceza muhakemesinde şüphe hükmüyle birlikte ortadan kalkmaktadır⁴⁸⁶. Buradaki haklılık görünüştedir yani tedbirin özü itibarı ile haklı olması aranmaz. Görünüşte haklılık tedbirin uygulanmaya karar verildiği anda aranır. Sonradan ortaya çıkan durumlar, uygulanan tedbiri hukuka aykırı hale getirmez⁴⁸⁷. Koruma tedbirlerine başvurabilmek için haklı görünüş ile yetinmek yerine bir hakkın varlığı kriteri benimsenmiş olsaydı şüphenin henüz ortadan kalkmadığı yargılama safhasında koruma tedbirlerini uygulanamaz hale getirirdi. Haklı görünüşün varlığına ilişkin ihtimalin derecesi ile temel hak ve özgürlüklere yapılacak olan müdahale arasında bir orantının bulunması gerekir. Bu oran bozulmadan koruma tedbirine başvurulmalı ve gerekiyorsa koruma tedbirinin uygulanmasına son verilmelidir⁴⁸⁸.

Önleme tedbirlerinde ise uzak bir tehlikenin varlığı söz konusu olduğu için ihtiyatlı davranılmaktadır. Burada derhal hareket etme zorunluluğu bulunmadığından,

⁴⁸² KUNTER Tehlike Tedbiri, s. 32

⁴⁸³ KARAKEHYA 2016, 271.

⁴⁸⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE 2017, s. 250; ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 524.

⁴⁸⁵ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 299-300; Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında koruma tedbirlerinin ön koşullarını şu şekilde sıralamıştır;

1- Gecikmede sakınca ya da tehlike bulunması,

2- Görünüşte haklılık,

3- Ölçülülük, YCGK, E. 2013/9-610, K. 2014/512, K.T. 25.11.2014, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2013-9-610-k-2014-512-t-25-11-2014-gocmen-kacakligi-sucu/1437147/%C3%96NLEME+ARAMASI>, E.T.: 19.12.2018.

⁴⁸⁶ KUNTER 1986, s. 612.

⁴⁸⁷ ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 530.

⁴⁸⁸ KUNTER 1986, s. 612.

hakkın var olup olmadığına yönelik inceleme yapmaya vakit vardır⁴⁸⁹. Koruma tedbirlerine başvurulurken, haklı görünüşün varlığı yeterli olmasına karşı önleme tedbirlerine başvurulması için korunacak bir hakkın varlığı aranmaktadır⁴⁹⁰. Koruma tedbirlerinde hakkın var olup olmadığına ilişkin şüphenin varlığına rağmen hareket ediliyorken; hakkın varlığına ilişkin şüphe, önleme tedbirlerine başvurulmasına engeldir.

Karşılaşılan olayda, tehlike olgusu somut verilere dayandırılabilir ise somut tehlikenin, tehlike olgusu ihtimal kapsamında ise soyut tehlikenin varlığından söz edilir. Somut bir tehlike bulunmamasına rağmen, polis tehlike var zannıyla tedbir uygular ise bu duruma *sahte tehlike* denir ve yapılan işlem haklı değildir. Korunacak olan şeyin önem derecesi arttıkça, soyut tehlikenin varlığı için aranan hallerin önemi azalır. Bu duruma, *görünüşte tehlike* denmektedir. Tehlikenin varlığına ilişkin bir kesinlik bulunmamakla birlikte tehlikeye ilişkin şüphe var ise bu durumda *tehlike şüphesinin* varlığından söz edilir⁴⁹¹. Tehlike şüphesinin var olması, önleme aramasına başvurulması için yeterlidir. Tehlike şüphesi somut vaka veya olguları bünyesinde barındırır ve somut bir tehlikenin var olduğu bilgisini verir⁴⁹². Koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için bir suçun işlenmiş olması aranırken; önleme tedbirlerinde en azından bir suç işlenmesi tehlikesinin varlığı aranmaktadır⁴⁹³. Önleme tedbirleri, tehlikenin önlenmesi için bir tedbire başvurulması suretiyle ortaya çıkmıştır⁴⁹⁴. ÖZBEK de tehlikenin yakın olması halinde koruma tedbiri, uzak olması halinde ise önleme tedbirine başvurabileceğini belirtmekle, esasında ayırımın suç işlenmiş olup olmamasına göre yapılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre tedbir türü, tehlikenin yakın ya da uzak olmasından ziyade suçun işlenip işlenmemesine göre belirlenmelidir. Burada tehlikeden kast edilen şey sadece suç değildir. Örneğin yangın çıkması da

⁴⁸⁹ KUNTER Tehlike Tedbiri, s. 29; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 265.

⁴⁹⁰ KUNTER Tehlike Tedbiri, s. 32

⁴⁹¹ http://baer.rewi.hu-berlin.de/w/files/lsb_v1_polr/foлие_gefahr.pdf; Naklen: ÖZBEK, Veli Özer, “Önleme Araması”, Polise Görev Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri II, Ankara 2008, s. 74-75.

⁴⁹² ÖZBEK MUYEP, s. 75.

⁴⁹³ ÖZBEK, Veli Özer, “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C. 4, S. 2, s. 65-66, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/ozbek3.pdf>, E.T.:24.07.2018.

⁴⁹⁴ ÖZBEK İzmir Şerhi, s. 522.

toplum için tehlike arz eden bir durumdur⁴⁹⁵. ÖZBEK, tehlikenin önlenmesinin mümkün olmaması halini, suçun işlenmiş olması gibi kabul etmekte olup; henüz gerçekleşmemiş olan tehlikenin önlenmesi gerekiyor ise tehlikenin yakın ya da uzak olması önemli olmayıp, başvurulacak tedbir türünün önleme tedbiri olduğu kanaatindedir. Gerçekleşmiş bir tehlikeden söz ediliyorsa artık koruma tedbirine başvurmak gerekir⁴⁹⁶. ÖZBEK başvurulacak tedbir türünü tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmemiş olmasına göre belirlerken YENİSEY / NUHOĞLU tehlikenin yakın ya da uzak olmasına göre belirlemektedir⁴⁹⁷. Kanaatimizce, tehlikenin önlenmesinin mümkün olduğu son ana kadar başvurulması gereken tedbir türü, önleme tedbirleridir. Tehlikeyi önlemenin mümkün olmadığı noktada ise tehlike gerçekleşmemiş olsa bile başvurulacak olan tedbir türü koruma tedbirleridir.

Suç işlemekle birlikte cezai ehliyete sahip olmayan kişilere karşı uygulanan emniyet tedbirleri, bir önleme tedbiri türüdür. Bununla birlikte rehin, kefalet, haciz gibi suç ile ilgisi bulunmayan önleme tedbirleri de bulunmaktadır⁴⁹⁸. Önleme tedbirleri, hakkında çekişme bulunmayan rehin, kefalet gibi haklara ilişkin olarak başvurulduğunda, “sağlama (teminat) tedbiri” olarak adlandırılmaktadır⁴⁹⁹. Önleme tedbirlerine suç işlenmesini önlemek amacıyla başvurulabileceği gibi suç işlemiş fakat ceza ehliyeti olmayan bir kişinin tekrar suç işlemesini önlemek amacıyla da başvurulabilir. Önleme tedbirlerinin bu türü TCK’da güvenlik tedbiri olarak isimlendirilmiştir⁵⁰⁰.

Koruma tedbirleri, geçmişte yaşanan ve yargılamaya konu edilen olayların hüküm verilirken değerlendirilebilmesi için muhafaza edilmesine hizmet eder⁵⁰¹. Bununla birlikte koruma tedbirleri, ceza muhakemesine özgü bir tedbir türü olmayıp, idari yargılama hukuku ve medeni usul hukukunda koruma tedbirleri çeşitleri vardır. Yürütmenin durdurulması ve delil tespiti bunlara örnektir⁵⁰².

⁴⁹⁵ ÖZBEK MUYEP, s. 71.

⁴⁹⁶ ÖZBEK İzmir Şerhi, s. 522.

⁴⁹⁷ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 265.

⁴⁹⁸ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 265.

⁴⁹⁹ KUNTER Tehlike Tedbiri, s. 29.

⁵⁰⁰ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 265; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 833-834.

⁵⁰¹ KUNTER 1986, s. 606.

⁵⁰² KUNTER 1986, s. 607.

Bir önleme tedbiri olan önleme aramasının kavram olarak daha iyi anlaşılabilmesi için *ön alan araştırmaları*⁵⁰³ kavramına da değinmemiz gerekir. Savcının harekete geçmesi için CMK m. 160'da aranan suç şüphesinin varlığı, kolluğun harekete geçmesi için şart değildir. Kolluk suç şüphesinin öncesinde de araştırma ve işlemler gerçekleştirebilir. Bu evreye *soruşturma öncesi evresi* bir diğer adıyla *ön alan* denilmektedir. *Ön alan* ifadesinin, suç işlenmesini önlemek ve işlenecek suçların takibine yönelik önlem almak olarak anlaşılması gerekir⁵⁰⁴. Kolluğun işlenmiş suçlara ilişkin faaliyetleri adli görevleri arasında yer alırken; suçun işlenmesini önlemeye yönelik faaliyetleri, önleyici görevleri arasında yer alır⁵⁰⁵. PVSK m. 2 polisin genel emniyetle ilgili görevlerini iki kısma ayırmıştır. İlk kısımdaki görevi; kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik ve Hükümet emirleriyle kamu düzenine aykırı hareketlerin işlenmesini önlemek için yine kanun hükümleri içerisinde hareket etmektir. İkinci kısımdaki görevi ise işlenmiş suçlara ilişkin olarak CMK ve ilgili kanunlar çerçevesinde hareket etmektir. Bu görevlere ek olarak polis, PVSK Ek 7. maddede Anayasa düzeninin ve genel güvenliğin bozulmasını önlemek için önleyici ve koruyucu tedbirler almakla görevlendirilmiştir. Polis, Anayasa ve mevzuatla kendisine verilen önleme görevini yerine getirmek için herhangi bir şüphe ya da somut bir tehlikenin varlığına bakmadan veri ya da bilgi elde edebilir. Bu durum polisin şüphe ya da tehlikenin öncesinde de faaliyet göstermesine imkân vermektedir. Buna hizmet eden tedbirlere de *ön alan tedbirleri* denilmektedir⁵⁰⁶.

Ön alan araştırmaları, CMK kapsamında soruşturma başlatılabilmesi için gerekli olan başlangıç şüphesinden önceki zaman diliminde yer alır. Ön alan araştırmalarında "*araştırmaya değer nitelikte bir olay*", "*şüpheli bir durum*" vardır⁵⁰⁷. Ön alan olarak ifade edilen zaman diliminde, suç şüphesi henüz gerçekleşmediği gibi

⁵⁰³ Veli Özer ÖZBEK "ön alan araştırmaları" terimini kullanmakla birlikte *suç öncesi araştırma, hazırlık soruşturması öncesi araştırma* terimlerinin de kullanılabilceği görüşündedir. Bkz.; ÖZBEK, Ön Alan Soruşturmaları s. 58.

⁵⁰⁴ AHLERS, Henrik, Grenzbereich zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, Diss., Frankfurt am Main 1998, s. 136; Naklen: ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 145.

⁵⁰⁵ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 270.

⁵⁰⁶ HOPPE, Corinne, Vorfelddermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität, Frankfurt am Main 1999, s. 27; Naklen: ÖZBEK Ön Alan Soruşturmaları, s. 58; ERDEM *suç öncesi araştırma* terimini, KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU ise *suç öncesi polis araştırmaları* terimini kullanmaktadır. Bkz.; ERDEM 2001, s. 206; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU s. 705.

⁵⁰⁷ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 270-271; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 706.

somut bir tehlike de söz konusu değildir. Bu aşamada CMK kapsamında düzenlenen koruma tedbirlerine ve ispat araçlarına başvurmak mümkün değildir⁵⁰⁸. Ön alan araştırmalarında geleceğe yönelik henüz işlenmemiş bir suça ilişkin şüphe vardır. Polisin ön alan olarak tabir edilen zaman diliminde harekete geçmesi için uzak ve soyut riskler yeterlidir⁵⁰⁹.

PVSK; polisi, suç işlenmesi tehlikesi ortaya çıktığında bu tehlikeyi önlemek ve bastırmakla görevlendirmiştir. Polis bu görevi yerine getirebilmek için gerekli olan araştırmaları kendiliğinden yapar⁵¹⁰. Ön alan araştırmalarında, Polis hukuku ve CMK kuralları bir arada uygulanmakta olup, kolluğun suçu önleme görevi ağır basmaktadır⁵¹¹. Ön alan araştırmalarında tehlikenin somut olması aranmamakta⁵¹², soyut tehlike yeterli görülmektedir⁵¹³. Ön alan araştırmalarında işlenmiş bir suça ilişkin araştırma yapılmamaktadır⁵¹⁴. Ön alan araştırmaları suçun işlenmediği “*beyaz alan*” ile suçun işlenmesinden sonra başlayan “*siyah alan*” arasında bulunan “*gri alanı*” ifade eder⁵¹⁵. Ön alan araştırmalarıyla; organize suç örgütleri ile mücadele edilerek, yeni suç örgütlerinin ortaya çıkmasının önüne geçmek⁵¹⁶, suç öncesinde araştırma yapılarak örgüt liderlerini tespit etmek ve bu kişiler tarafından işlenen suçları aydınlatmak amaçlanmaktadır⁵¹⁷. Açık şekilde uygulanan geleneksel tedbirler bu tür örgütlerle mücadelede yetersiz kalmakta olup, bu suç tiplerinde ön alan araştırmalarına başvurulması istenilen sonucun ortaya çıkmasına daha uygundur⁵¹⁸. Ön alan araştırmalarına tüm suç tiplerine karşı başvurulması mümkün olmayıp, bu yola organize suçluluk ile mücadele kapsamında başvurulması mümkündür⁵¹⁹.

⁵⁰⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 146.

⁵⁰⁹ ÖZBEK Ön Alan Soruşturmaları, s. 60-61.

⁵¹⁰ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 271; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 707.

⁵¹¹ YENİSEY, Feridun, “*Ön Alan Araştırmaları*”, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs 2010–4 Haziran 2010), 12 Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 94.

⁵¹² ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 147; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU’na göre somut olguların yokluğu ve somut tehlikenin var olması gerekir. Bkz.; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 271; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 707.

⁵¹³ ÖZBEK Ön Alan Soruşturmaları, s. 61-62.

⁵¹⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 147.

⁵¹⁵ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 271; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 707.

⁵¹⁶ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 151.

⁵¹⁷ ERDEM 2001, s. 206.

⁵¹⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 151.

⁵¹⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 152.

Ön alan araştırmaları gizli olup bilgi edinmeye yönelik faaliyetlerdir⁵²⁰. Ön alan araştırmaları ile toplanan bilgilerin içeriğine göre polis suç işleme niyetinde olan kişilere suç öncesinde ulaşabilmektedir⁵²¹. Ön alan araştırmalarında “suç işlediğinden şüphelenilen kişi” CMK anlamında şüpheli sıfatına sahip değildir⁵²². Ön alan araştırmaları toplumdaki tüm bireylere yönelik olabilir, bu kişiler “*ilgili*” olarak isimlendirilmektedir⁵²³.

Suç işlenmesini ya da tehlikeyi önlemekle, polis görevlidir. Polis bu görevini re’sen yerine getirir. Ön alan araştırmalarında, CMK m. 160/1’de aranan başlangıç şüphesi henüz ortaya çıkmadığı için savcı bu aşamada yapılan işlemlere dâhil değildir. Örgüt suçları açısından ise polisin yaptığı ön alan araştırmaları farklı değerlendirilmektedir. Örgüt oluşturmak bir suç olarak tanımlandığı için örgüte ilişkin yapılan araştırmalar, savcının görev alanı içerisinde yer alır. Bir örgütün var olup olmadığına ilişkin yapılan araştırmalar ise CMK ve savcının görev alanı içerisinde yer almaz. Burada polis hukuku uygulanır⁵²⁴.

CMK’daki soruşturma evresinin öncesinde yer alan ön alan araştırmaları bazı sakıncaları da bünyesinde taşımaktadır. Bu sakıncalar şu şekilde kendisini göstermektedir⁵²⁵:

-Polisin savcıdan daha bağımsız hale gelmesi neticesinde, savcının polis üzerindeki hakimiyetinin azalması riskini ortaya çıkarması.

-İdari yargının delil elde etme ve bu işlemlerin denetiminde yetkili hale gelmesi sonucunda CMK ile getirilen güvencelerin saf dışı bırakılması riskinin var olması.

-Polislerin denetlenmesinin güçleşmesi nedeniyle polis teşkilatının gizli polis teşkilatına dönüşmesi riskinin var olması.

⁵²⁰ ÖZBEK Ön Alan Soruşturmaları, s. 63; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 148; YENİSEY Ön Alan Araştırmaları, s. 91.

⁵²¹ YENİSEY Ön Alan Araştırmaları, s. 95.

⁵²² YENİSEY / NUHOĞLU, s. 272; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU s. 708; YENİSEY Ön Alan Araştırmaları, s. 96.

⁵²³ YENİSEY Ön Alan Araştırmaları, s. 97.

⁵²⁴ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 707.

⁵²⁵ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 154-155-156-157.

-Organize suç örgütleri ile daha etkin mücadele edebilmek için yeni suç tipleri tanımlanmaktadır. Bu suç tipleri tanımlanırken, belirlilik ilkesinin uygulanma alanından uzaklaşılması riskinin var olması.

-Muhakeme hukukunun kuralları yerine ön alan araştırmalarının ilkeleri çerçevesinde işlemlerin yürütülme riskinin varlığı.

Hukukumuzda önleyici olarak başvurulabilecek gizli soruşturma tedbirleri ise *telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin önleme amacıyla tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması ve önleme amacıyla teknik araçlarla izleme* tedbirleridir. Bu tedbirler vasıtasıyla ön alan araştırmaları yapılması mümkündür. Önleme araması ise gizli olmamakla birlikte bu kapsamda yer almaktadır⁵²⁶.

Ön alan araştırmaları ile önleme tedbirleri birbirlerinden farklı kavramlardır. Ön alan araştırmaları kapsamında yapılan işlemlerde gizlilik ilkesi hakimdir. Önleme tedbirlerinin ise idari niteliği ağır basmaktadır. Ön alan araştırmalarında suç işlenmesini önlemek amacıyla ek olarak, muhtemel suçlar için delil elde etmek amacı da varken, önleme tedbirlerinde amaç suç işlenmesinin önlenmesidir⁵²⁷. Ön alan araştırmalarının sınırlarını belirlerken başvuru temel ilkeler ise *belirlilik* ve *oranlılık* ilkeleridir. Ön alan araştırmaları belirlilik ilkesine uygun olmalıdır bu doğrultuda ilgilinin hangi hallerde ön alan araştırmalarının kapsamına girebileceğini ve böyle bir durumla karşılaşması halinde hangi hukuki yollara başvurabileceğini bilmesi gerekir. Birçok tedbire başvurulurken aranan oranlılık ilkesi burada da karşımıza çıkar. Tedbirlerin oranlılık ilkesinin bünyesinde yer alan *amaca uygunluk*, *gereklilik* ve *ölçülülük* unsurlarını taşıması gerekir⁵²⁸. Ön alan araştırmaları ile suç işlenmeden önceki safhada, özellikle organize suçluluğun ortaya çıkışı, işleyişi gibi hususlara ilişkin veri elde edilmektedir. Önleme tedbirlerinde ise bu durum söz konusu değildir⁵²⁹. Önleme amacıyla başvuru tedbir, şartların değişmesi halinde kendiliğinden koruma tedbiri haline gelmemektedir. Bu halde CMK'da öngörülen

⁵²⁶ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 157-158.

⁵²⁷ ÖZBEK Ön Alan Soruşturmaları, s. 63-64.

⁵²⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 150-151.

⁵²⁹ ÖZBEK Ön Alan Soruşturmaları, s. 69.

şartlar uyarınca koruma tedbirine ilişkin yeni bir karar alınması gerekir⁵³⁰. Ön alan araştırmaları neticesinde bir delil elde edilmiş ise bu delilin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE'ye göre bu verilerin delil olarak kullanılmaması gerekir. Doğrudan delil olarak kabul edilmeyen bu verilerin “*bir suçun işlendiği izlenimi veren bir hal*” olarak kabul edilmesi mümkündür⁵³¹.

6.2. Adli Arama

Adli arama, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde “... *bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.*” şeklinde tanımlanmıştır.

Adli arama ceza muhakemesinin amacına ulaşmasına hizmet eder. Bunun için de saklanan şüpheli/sanığın bulunması ya da delillerin yahut müsadereye tabi eşyanın⁵³² elde edilmesi için meskende, etrafı kapalı yerlerde kişilerin üstlerinde, eşyalarında yapılan bir araştırma işlemidir⁵³³. Adli arama ile aranılan şey, delil olabilecek eşya veya şüpheli/sanıktır⁵³⁴. Adli arama işlemi bir plana göre gerçekleştirilir⁵³⁵. Adli arama sonucunda aranılan kişi bulunmuşsa yakalama, aranılan delil yahut müsadereye tabi eşya⁵³⁶ bulunmuşsa, elkoyma koruma tedbirleri olaya uygulanır⁵³⁷.

Aramada iki temel şart vardır. Bu şartlar ⁵³⁸:

⁵³⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 161.

⁵³¹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 169.

⁵³² YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 525.

⁵³³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1050.

⁵³⁴ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1050.

⁵³⁵ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2013, s. 1123.

⁵³⁶ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 525.

⁵³⁷ ÖZBEK İzmir Şerhi, s. 395.

⁵³⁸ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 530; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1060.

-Aranan şeyin suç ile bağlantısının bulunması,

-Aranılan bu şeyin arama yapılacak yerde olduğuna dair bilgi yahut orada olabileceğine dair makul şüphenin varlığıdır.

Adli arama amacı bakımından değerlendirildiğinde *yakalama araması* ve *araştırma araması*⁵³⁹ olmak üzere iki alt başlığa ayrılmaktadır⁵⁴⁰. Hakkında kovuşturma yapılması mümkün olmayan kişiler hakkında araştırma araması yapılabilirken, bu kişiler hakkında tutuklama kararı verilemeyeceğinden, yakalama araması yapılamaz⁵⁴¹. Arama konusuna göre bir tasnife tutulduğunda ise kendi içerisinde, üst araması, eşyada arama, konutta arama, işyerinde veya aramaya tabi kişiye ait diğer yerlerde arama olmak üzere dört başlığa ayrılmaktadır⁵⁴².

Adli arama, CMK'da 116-122. maddeler arasında düzenlenmiştir. CMK, hakkında adli arama yapılabilecek kişileri, şüpheli veya sanıklar ile diğer kişiler olmak üzere ikiye ayırmıştır (CMK m. 116-117). Şüpheli/sanık ile diğer kişilere ilişkin yapılacak arama farklı şartlara bağlanmıştır⁵⁴³. Bununla birlikte avukat bürolarında arama, CMK m. 130'da ayrıca düzenlenmiştir.

Konut, işyeri ve bunlar dışında kalan kapalı yani etrafı çevrilmiş yerlerde⁵⁴⁴ kural olarak, gece vakti adli arama yapılamaz (CMK m. 118/1). Gece, TCK m. 6/1-e'de güneşin batımından bir saat sonra başlayıp, güneşin doğumundan bir saat önceye kadar geçen zaman dilimi olarak tanımlanmıştır. Maddenin devamında, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile firar eden kimselerin yakalanması için yapılan aramalara ilişkin istisna getirilerek bu aramaların gece yapılabileceği düzenlenmiştir (CMK m. 118/2). Gece arama yapılamayacağı kuralı, gündüz başlanılan aramalar için

⁵³⁹ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 527; Araştırma aramasına delil araması da denmektedir. Bkz. KESKİN KIZIROĞLU, Serap, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S.1, 2009, s. 144.

⁵⁴⁰ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1057.

⁵⁴¹ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1056; KUNTER 1986, s. 665; YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 551.

⁵⁴² KESKİN KIZIROĞLU 2009, s. 139.

⁵⁴³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1057.

⁵⁴⁴ KANTAR, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Cumhuriyet Matbaası, Birinci Kitap, 2. Bası, İstanbul 1944, s. 134.

geçerli değildir. Aramaya gündüz başlanmış fakat gece olmasına rağmen bitirilememişse aramaya gece devam edilir⁵⁴⁵.

Arama kararı hâkim tarafından verilir. Soruşturma aşamasında bu kararı verecek olan hâkim sulh ceza hâkimidir (CMK m. 162/1). Kovuşturma aşamasında arama kararı sulh ceza hâkimi tarafından verilmez. Yargılamayı yapan mahkemece ya da acele hallerde mahkeme başkanı tarafından verilir⁵⁴⁶. Gecikmesinde sakınca olan bir durumla karşılaşılmış ise Cumhuriyet savcısı, savcıya ulaşamaması halinde kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabilir. Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama hâkim kararı ile yapılır. Gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılmış ise savcının yazılı emri ile buralarda arama yapılabilir. Kolluk amiri bu durumda arama emri vermeye yetkili değildir (CMK m. 119/1). Hâkim kararı olmadan arama yapılması halinde 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekmektedir (AN. m. 20). Arama, kararı veren hâkim veya izni veren savcı tarafından yapılabileceği gibi kolluk memurları tarafından da yapılabilir⁵⁴⁷.

Adli arama kendi başına bir çalışma konusu olabilecek kapsamdadır. Bundan dolayı bu başlıkta konuya ilişkin genel hatlarıyla bilgi verilmiş olup detaylı bir inceleme yapılmamıştır.

6.3. Önleme Araması

Aramanın ikinci türü önleme aramasıdır. Önleme araması kavramı, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 19'da, suçun işlenmesinden önce kamu düzeninin ve anayasal hak ve özgürlüklerin korunması amaçlanarak yapılan arama türü olarak tanımlanmıştır⁵⁴⁸. AKDEMİR aramanın önleyici nitelikte olmasından hareketle önleme araması terimi yerine önleyici arama terimini kullanılması gerektiği kanaatindedir⁵⁴⁹. Önleme araması terimi mevzuat, doktrin ve yargı organlarınca kabul görmüş, kullanılan bir terimdir. Bu noktada terim çoğaltmak konunun anlaşılır

⁵⁴⁵ KANTAR, s. 135; YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 540.

⁵⁴⁶ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1063.

⁵⁴⁷ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1080.

⁵⁴⁸ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1036.

⁵⁴⁹ AKDEMİR, s. 4; Coşkun ÖZBUDAK 2002 tarihinde yazdığı makalesinde başlık olarak önleyici arama terimini kullanmıştır. Bkz.; ÖZBUDAK, Coşkun, “Önleyici Arama (Anayasa Değişiklikleri ve Uyum Yasaları Açısından)”, Jandarma Dergisi, S. 99, Eylül 2002, s. 29-33.

olmasına katkı sağlamayacağı gibi kavram kargaşasının doğmasına da neden olabilir. Bu nedenle çalışmamızda önleme araması terimi kullanılmıştır.

Türk hukukuna önleme araması ilk defa PYSK m. 9'da 2002 yılında yapılan değişiklikle girmiştir⁵⁵⁰. 2007 yılında yapılan değişiklikle de düzenleme detaylandırılmıştır⁵⁵¹. Çalışmanın ilk bölümünde arama üst başlığı altında önleme aramasına ilişkin genel bilgiler verilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde önleme araması detaylı olarak incelenmiştir.

⁵⁵⁰ RG. 09.08.2002/24841, 4771 sayılı Kanun, m. 10.

⁵⁵¹ RG. 14.06.2007/26552, 5681 sayılı Kanun, m. 3.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖNLEME ARAMASI

1. GENEL OLARAK

Günümüzde insanlar çoğunlukla bir arada yaşamayı tercih etmektedir. Bu bir arada yaşama, insanları, diğer insanlardan kaynaklanabilecek tehlike ve riskler için açık hedef haline getirebilirler. Muhtemel tehlike ve risklerle mücadele etme görevinin insanlara verilmesi, toplumda dirlik ve güven yerine kaosun hâkim olmasına neden olabilir. Bu nedenle zarara dönüşme ihtimali olan risk ve tehlikelerden toplumu korumakla devlet görevlidir⁵⁵². Devletin bu görevi yerine getirebilmesi için suç sonrasında olduğu gibi suç öncesinde de yetkileri bulunmaktadır⁵⁵³. Devlet yetkilerini kolluk vasıtasıyla kullanarak kamu düzenini, güvenliğini sağlar ve suçla mücadele eder⁵⁵⁴. Kolluğun görevi; suçu önleme, suç işlenmiş ise el koyma, suçluyu ve suça ilişkin delilleri elde etme, huzur ve güveni sağlamaktır. Kolluğun kamuya ait olması şart olmayıp, kamuya ait olmayan kolluk kuvvetleri gittikçe yaygınlaşmaktadır⁵⁵⁵. Suçun işlenmesinden önceki bu evrede devletin görevlerini yerine getirme vasıtalarından birisi de önleme aramasıdır. Önleme araması ile kamu emniyetini, güvenliğini tehlikeye sokan kişi ya da eşyalar bulunarak kolluğun muhafazası altına alınır⁵⁵⁶.

Kolluk, harekete geçme anının suç öncesinde ya da sonrasında olmasına göre ikiye ayrılır. Suçun işlenmesinden önce görev alan kolluk türüne idari kolluk; suç işlendikten sonra görev yapan kolluk türüne ise adli kolluk ismi verilmektedir⁵⁵⁷. Her

⁵⁵² KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2013, s. 1129; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 277; ÇULHA / DEMİRAG / NUHOĞLU / OKTAR / TEZCAN, s. 48.

⁵⁵³ YENİSEY, Feridun, "CMK'nın Genel Değerlendirmesi", Ceza Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 11.

⁵⁵⁴ ÖZCAN, İrfan / DURSUN, Serdar Kurban, "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Arama", Polis Dergisi, S. 47, Ocak / Şubat / Mart 2006, s. 114.

⁵⁵⁵ BIÇAK, s. 157; ŞAFAK / BIÇAK 2005, s. 91.

⁵⁵⁶ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2013, s. 1129; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 277.

⁵⁵⁷ BIÇAK, s. 157.

iki kolluk türünün de özelliklerine bakılmasında fayda olup idari kolluğun özellikleri şu şekildedir⁵⁵⁸:

-*Önleyici, engelleyici, koruyucu ve durdurucu* niteliktedir.

-İdari kolluk personeli zor kullanmaya yetkilidir. Şartları oluşmuş ise silah kullanma yetkisi de vardır.

-İşlemleri tek taraflı olup işlemin yapılabilmesi için muhatabın rızasının varlığı aranmaz.

-Harekete geçmesi bir talebin varlığına bağlı değildir. Re'sen harekete geçer.

-Görevin ifası nedeniyle suç işlenir ise 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca işlem yapılır.

-İdari makamların talimatı uyarınca hareket eder. Eylem ya da işlemleri nedeniyle açılacak olan davalar idari yargının görev alanı içerisindedir.

Adli kolluğun özellikleri ise şu şekildedir⁵⁵⁹:

-Kamu düzeni bozulduktan sonra harekete geçer. *Bastırıcı* niteliktedir.

-Görevin ifası nedeniyle suç işlenir ise soruşturma doğrudan savcı tarafından yürütülür.

- Adli makamların talimatı uyarınca hareket eder. Eylem ya da işlemleri nedeniyle açılacak olan davalar adli yargının görev alanı içerisindedir.

Kolluk, adli ve idari kolluk olarak bu şekilde ayrılmakla birlikte uygulamada bu iki kolluk türünün kesin çizgilerle birbirinden ayrılması mümkün değildir. Kolluğun hareket sahasının kesin çizgilerle ikiye ayrılması halinde her iki kolluk türü de işleyemez hale gelebilir⁵⁶⁰. Önleme araması bu iki kolluk türünden biri olan idari kolluk tarafından icra edilmektedir.

⁵⁵⁸ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 649-650.

⁵⁵⁹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 650-651.

⁵⁶⁰ YENİSEY, Feridun, Polis ve Hukuku Ceza Adalet Sisteminin İlk Aktörleri, Niğde Polis Meslek Yüksek Okulu 23 Aralık 2005, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2006, s. 55-56.

Kolluk kendi içerisinde genel kolluk, özel kolluk ve kolluk yetkisine haiz birimler olarak kategorilere ayrılmaktadır. Genel kolluk polis, jandarma, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza birimlerini ifade ederken⁵⁶¹ (AÖAY m. 4), özel kolluk genel kolluk dışında kalan ve özel kanunlarla ihtiyaca göre kurulan (örneğin köy koruyucuları) kolluk türünü ifade eder⁵⁶². Kolluk yetkisiyle donatılanlar ise asli görevi kolluk hizmeti sunmak olmayan fakat bazı hallerde kolluk yetkisi kullanabilen (örneğin TCDD personeli) birimlerdir⁵⁶³.

Genel kolluk, ülkenin tamamında faaliyet göstererek tüm kolluk yetkilerini kullanabilen kolluk türüdür. Özel kolluğun ise faaliyet alanı coğrafi olarak sınırlı olup faaliyetleri esnasında her türlü kolluk yetkilerini kullanamaz. Örneğin, özel kolluk türleri olan özel güvenlik teşkilatı, orman muhafaza memurları, kır ve köy bekçileri genel kolluk gibi iletişimin dinlenmesi koruma tedbirini uygulayamaz⁵⁶⁴. Özel kolluk kamu düzeninin sağlanması amacıyla taşır. Özel kanunlarla kurulur ve özel kolluğun faaliyet alanı ilgili kanun ile belirlenir⁵⁶⁵. Özel kolluk ile genel kolluğun aynı olayda birlikte görev yapmaları gerekir ise özel kolluk genel kolluğun emrine girer. Jandarma ile polisin aynı olayda çalışması halinde ise polis, jandarmanın emrine girer⁵⁶⁶. Bazı yazarlara göre ise kanun bir olayda özel kolluğu yetkilendirmiş ise artık özel kolluğun yetkisi tekel niteliğinde olduğundan olayda genel kolluğa bir faaliyet alanı bırakılmamıştır⁵⁶⁷.

Önleme ve bastırma faaliyetlerinin insanların hayatındaki yansımaları farklıdır. Suç işlenmesinin önlenmesindeki başarı, suçun aydınlatılmasındaki başarıdan daha kıymetlidir. Suçun önlenmesi, mevcut halin sekteye uğramadan devamı anlamını taşıırken; suçun aydınlatılması sekteye uğrayan hayatın olağan akışını herhalde eski haline döndürememektedir.

⁵⁶¹ BIÇAK, s. 158; ŞAFAK / BIÇAK 2005, s. 93.

⁵⁶² BIÇAK, s. 165; ŞAFAK / BIÇAK 2005, s. 98.

⁵⁶³ BIÇAK, s. 175; ŞAFAK / BIÇAK 2005, s. 103.

⁵⁶⁴ ERYILMAZ 2012, s. 372-373.

⁵⁶⁵ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 654.

⁵⁶⁶ ERYILMAZ 2012, s. 373.

⁵⁶⁷ SANCAKDAR, Oğuz / US, Eser / KASAPOĞLU TURHAN, Mine / ÖNÜT, Lale Burcu / SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2018 s. 662.

Kolluk her an önleme görevini icra etmeye hazır olmalıdır. Çünkü tehlikenin ne zaman gerçekleşeceği ya da suçun ne zaman işleneceğini önceden tespit etmek mümkün değildir. Bununla birlikte bazı istatistiksel çalışmalarla ya da polisin tecrübesi ile bir suçun işlenebileceğine ya da tehlikenin var olup olmadığına dair tahminler yapılabilir⁵⁶⁸. İnsanların bir suçun mağduru olması riski gün geçtikçe artmaktadır. Kişiler herhangi bir suçun mağduru olmaktansa özgürlüklerinin sınırlanmasını tercih eder hale gelmiştir. Kişilerin kendilerini güvende hissetmelerini sağlamak için zarara yol açan eylemlerin cezalandırılmasını ön planda tutan bir Ceza Hukukunun, risk ve tehlike oluşturan davranışların cezalandırıldığı bir Ceza Hukukuna dönüşmesi muhtemeldir⁵⁶⁹. Suç işleme fikrinin ortaya çıkmasında ekonomik, siyasal ve sosyal nedenler etkilidir. Suç işlenmesinin önlenmesi için polisiye tedbirlere başvurulması gerekli olmakla birlikte bu yol tek başına suçla mücadelede yeterli değildir. Bunun için suç işleme fikrinin ortaya çıkmasına neden olan sebeplerle de mücadele etmek gerekir⁵⁷⁰.

Anayasa'ya göre tehlikeleri ortadan kaldırmak, suç işlenmesini önlemek amacıyla kişilerin özel hayatına müdahale edilebilir⁵⁷¹. Müdahalenin hangi usullerle yapılabileceği Anayasa ile düzenlenmiştir. Anayasa'nın Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında izlenecek yol genel hatlarıyla çizilmiştir. 3 Ekim 2001 tarihli 4709 sayılı Kanunun 2. maddesi ile Anayasa m. 13'de var olan genel sınırlama sebepleri kaldırılarak, temel hak ve özgürlüklerde yapılacak sınırlamanın ancak ilgili maddelerde belirtilen sebeplere dayanabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı yasa ile Anayasa'nın 20., 21. ve 22. maddelerinde düzenlenen haklara ilişkin olan özel sınırlama sebeplerinin neler olduğu düzenlenmiştir. Yine bu madde ile korunan hakların sınırlanabilmesi hâkim kararına bağlanmış, sınırlamanın gecikmesinde sakınca olan hallerde yetkili merciin yazılı emri ile yapılabileceği düzenlenmiştir. Emrin yazılı olması, 3 Ekim 2001 tarihli değişiklikle getirilmiştir. Değişiklik öncesinde önleme aramasının anayasal kaynağı,

⁵⁶⁸ DİRDİMAN Polis Yönetimi ve Hukuku, s. 66.

⁵⁶⁹ SOKULLU AKINCI, Füsün, “Özgürlük ve Güvenlik”, Prof. Dr. İlhan Özyay'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 107.

⁵⁷⁰ KAYGUSUZ, s. 42.

⁵⁷¹ ERYILMAZ 2012, s. 159.

Anayasa'nın 13. maddesi olup; arama, hâkim kararı olmadan mülki amirin emri ile de yapılabilirdi. Fakat yapılan değişiklikle önleme aramasının anayasal dayanağı değişmiş ve önleme araması yapılabilmesi de adli aramada olduğu gibi hâkim kararının var olması şartına bağlanmıştır⁵⁷². Anayasa'da yapılan bu değişikliğe uyum sağlanması için PVSİ'da 2002 yılında değişiklik yapılarak önleme aramasının yapılabilmesi hâkim kararının varlığına bağlanmıştır⁵⁷³.

Anayasa'nın Devletin Amaç ve Görevleri başlıklı 5. maddesinde geçen "... *Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" şeklindeki düzenleme, önleyici kolluk yetkilerinin Anayasa'daki kaynağını oluşturmaktadır⁵⁷⁴. Polisin suç işlenmesini ve kamu düzeninin bozulmasını önlemek şeklindeki görevleri, önleyici polis hizmetlerinin bir parçasıdır⁵⁷⁵. Önleyici polis hizmetlerinin varlığı, suç işleme potansiyeli olan kişilerin polisin bulunduğu yerlerden uzaklaşmalarını sağlar. Bu durum da suç sayısının azalması gibi olumlu sonuçlar doğurur⁵⁷⁶.

Anayasa m. 13⁵⁷⁷ uyarınca Temel hak ve hürriyetler sınırlanırken; sınırlama yapılan hakkın özüne dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddelerinde gösterilen sebeplere dayanma, kanunla yapılma şartlarına uygun hareket edilmelidir. Sınırlama; Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı yapılamaz⁵⁷⁸. Böylelikle madde ile Temel hak

⁵⁷² ÖZBUDAK, s. 30-31.

⁵⁷³ DEREĞMAN Polis Yönetimi ve Hukuku, s. 299.

⁵⁷⁴ GÜNDOĞAN, Kadir / KOÇ, Cihan / ÖZBUDAK, Coşkun, Kolluğun Önleyici ve Adli Görevleri, Sözkesen Matbaası, 7. Baskı, Ankara 2011, s. 109.

⁵⁷⁵ GALERİ, s. 25.

⁵⁷⁶ GALERİ, s. 20.

⁵⁷⁷ AN. m. 13 "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

⁵⁷⁸ AN, m.13.

ve hürriyetlerde yapılacak olan *sınırlamanın sınırları* çizilmiştir⁵⁷⁹. Anayasa m. 13 ile getirilen güvencelere ek olarak Anayasa m. 20’de Özel Hayatın Gizliliği başlığı altında yapılan düzenleme önleme araması için de geçerlidir⁵⁸⁰. Anayasa m. 21’e bakıldığında konutta arama yapılabilmesi sebepleri “... *suç işlenmesinin önlenmesi Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* ...” şeklinde sıralanmıştır. Anayasa konutta önleme araması yapılmasına bir yasak getirmemekle birlikte PVSK m. 9/5’de konutta önleme araması yapılamayacağı ayrıca düzenlenmiştir.

Korunmak istenen Anayasal hak ve özgürlüklere müdahale engellenememişse ya da önlenmek istenen tehlikenin gerçekleşmesinin önüne geçilememişse artık önleme aramasına başvurulamaz⁵⁸¹. Bu aşamada, şartları oluşmuş ise başvurulacak olan arama türü CMK’da düzenlenen adli aramadır⁵⁸². Önleme araması, Anayasa ve PVSK ile yapılan düzenlemelerin tamamlayıcısı olarak; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Önleme araması PVSK m. 9/1’de suç işlenmesini önlemek veya tehlikenin gerçekleşmesini önlemek amacıyla başvurulmuş bir tedbir olarak tanımlanarak; önleme aramasının yapılabilmesi sulh ceza hâkiminin kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle kişilerin üstlerinde, araçlarında, özel kâğıtlarında ve eşyalarında yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklerinde önleme araması yapılması yasaklanmıştır (PVSK m. 9/5).

2. ÖNLEME ARAMASININ AMACI

Önleme araması ile tehlikenin gerçekleşmesi veya suç işlenmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır (PVSK m. 9/1). AÖAY m. 19/1’de önleme aramasının amacı daha

⁵⁷⁹ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 155.

⁵⁸⁰ AN. m. 20/2 “... Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar...”

⁵⁸¹ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2013, s. 1129-1130.

⁵⁸² DİRDİMAN 1990, s. 18.

açık bir şekilde ifade edilmiştir. Maddeye göre önleme araması; “... *Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, ...*” amaçlarıyla yapılmaktadır. Görüldüğü üzere önleme araması, ismini amacından almaktadır. Yönetmelikte önleme aramasının amaçları belirlenirken, muğlak ifadeler kullanılmıştır. Yönetmelikle sayılan hallerin geniş yorumlanması, çoğu insan davranışının önleme aramasının kapsamı içine girmesine sebep olabilir. Bu nedenle kavramların içinin hukukun genel ilkeleri doğrultusunda dar yorumlanarak doldurulması gerekir⁵⁸³.

Amaç şartı gerçekleşmemiş ise önleme araması kararı veya emri verilemez. Aksi halde verilen karar veya emir hukuka aykırı olur. Böylelikle hukuka uygun bir arama ile elde edilmek istenen sonuçlara ulaşılamaz⁵⁸⁴. AÖAY m. 19/1’de belirtilen hallerden birinin olayda var olması amaç şartının gerçekleşmesi için yeterlidir⁵⁸⁵. Keza sayılan tüm hallerin birlikte gerçekleşmesinin beklenmesi önleme araması yapılmasını hukukten olmasa da fiilen imkânsız hale getirebilir.

Önleme araması, suç şüphesi üzerine suç işlenmesin diye yapılabileceği gibi ortada bir suç şüphesi yokken potansiyel faileri caydırma, düzen sağlama amaçlarıyla da yapılabilir⁵⁸⁶. Önleme araması suç işlememiş fakat suça meyilli, kamu huzurunu bozma potansiyelini taşıyan kişilerin bu yola girmelerine engel teşkil eder. Önleme aramasına tabi tutulan kişi, kolluk tarafından ulaşılabilir, denetlenebilir halde olduğunu yaşayarak anlar. Önleme aramasının uygulanmasındaki aksaklık ve eksiklikler, suç işleme cesaretinin artmasına neden olabilir. Önleme araması yapılırken suç işlememiş, hukuk kurallarına uygun olarak yaşamını sürdüren kişilerin korku duymama hakkının ihlal edilmemesi gerekir. Bu kişilerin yaşamına sistematik müdahaleler yapılarak, kolluğun bir huzursuzluk sembolü haline getirilerek, önleme aramasının amacından saptırılmaması gerekir⁵⁸⁷.

⁵⁸³ AYDIN 2012, s. 101.

⁵⁸⁴ AYDIN 2012, s. 100.

⁵⁸⁵ AYDIN 2012, s. 101.

⁵⁸⁶ CENTEL / ZAFER, s. 431.

⁵⁸⁷ ERYILMAZ, M. Bedri, “*Bir İnsan Hakkı Olarak Korku Duymama Hakkı ve AB Uyum Yasaları: (CMK’da Tanımlanan Kolluk Faaliyetleri)*”, Polis ve Hukuku Ceza Adalet Sisteminin İlk Aktörleri Niğde Polis Meslek Yüksek Okulu 23 Aralık 2005, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2006, s. 9.

3. ÖNLEME ARAMASININ KONUSU, ÖNLEME ARAMASINA MARUZ KALABİLECEK KİŞİLER ve ÖNLEME ARAMASININ ZAMANI

3.1. Önleme Aramasının Konusu

Önleme araması yapılabilmesi için sulh ceza hâkimin kararına ihtiyaç vardır. Gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılmış ise mülki amirin yazılı emri ile de önleme araması yapılabilir. PVSK'ya göre kişilerin üstleri, araçları, özel kâğıtları ve eşyaları önleme aramasına konu olabilir (PVSK m. 9/1). Aramanın konusu açısından PVSK'daki düzenleme Anayasa'daki düzenleme ile benzer nitelikte olup Anayasa'da aramanın konusunu oluşturabilecek şeyler sayılırken kişilerin eşyası ibaresiyle yetinilmiş olup araçlar ayrıca zikredilmemiştir (m. 20/2).

Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılması yasaklanmıştır (AÖAY m. 19). Konut; barınma, yatıp kalkma ve dinlenmek için ayrılmış yerleri ifade etmekte⁵⁸⁸ olup müştemilat (eklenit) da konut kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Müştemilatın etrafının çevrili olması şart olmayıp konut ve müştemilat arasında bir bağlantının bulunması ya da bunların ortak inşa edilmiş olmaları gerekir. Kişilerin birden fazla konutu olabilir. Bu durumda fiilen yaşanmaya tahsis edilmesi ve süreklilik arz etmesi halinde konutların hepsi AÖAY m. 19 kapsamında yer alır⁵⁸⁹. İşyeri kavramı, kişinin mutad sanatını icra ettiği yeri ifade etmektedir⁵⁹⁰. Yerleşim yeri (ikametgâh) ise, gerçek kişiler için sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yeri, tüzel kişiler için ise kuruluş belgesinde aksine bir hüküm yok ise işlerin yönetildiği yeri ifade etmektedir⁵⁹¹. PVSK m. 20/1'de kolluğun imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına engel olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebileceği hükme bağlanmıştır. Polis, sayılan istisnai hallerde konutta,

⁵⁸⁸ KUNTER / YENİSEY 2003, s. 764.

⁵⁸⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 320.

⁵⁹⁰ KANTAR, s. 134.

⁵⁹¹ YILMAZ 2005, s. 1343.

yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan iş yerinde önleme araması yapabilir⁵⁹². Madde, aramaya maruz kalanların lehine bir düzenlemedir. Bununla birlikte madde ile konutta önleme araması yapılması hususunda hâkime verilmeyen yetki sahadaki kolluğa verilmiştir. Hâkime verilmeyen yetkinin kolluğa verilmesi yerine istisnai hallerde, konutta önleme araması yapılabilmesinin önü açılabilir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, konutta önleme araması yapılmasının kabul edildiği düzenlemeler mevcuttur⁵⁹³.

3.1.1. Önleme Amaçlı Üst Araması (AÖAY m. 28)

Kişilerin üstünde önleme araması yapmak mümkündür. Bu arama türü icra edilirken, üst araması adı altında beden muayenesi yapılmaması gerekir. Beden muayenesi ve üst araması birbirlerinden farklı işlemler olup⁵⁹⁴, önleme araması kararı doğrultusunda beden muayenesi yapılması hukuka aykırıdır. Üst araması kişinin kıyafetleri üzerinde gerçekleştirilir. Bununla birlikte vücudun kıyafet bulunmayan bölgelerinde, gözle yapılan inceleme de üst araması olarak kabul edilmektedir⁵⁹⁵. Üst araması kişinin giysisi ile sınırlı değildir. Kişinin üstünde bulunan aksesuar, peruk, protezler üst kavramı içindedir ve üst aramasına konu olabilir⁵⁹⁶. Aramaya başvurabilmek için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar aşağıda belirtilmiştir⁵⁹⁷:

- Önleme aramasına tabi tutulacak kişinin, PVSK ve diğer kanunlara göre hürriyeti kısıtlanabilecek kişilerden olması gerekir.

-Muhafaza altına alınacak olan eşyaların kişi üstünde bulunduğunu haklı gösteren olaylar bulunmalıdır.

-Kişinin serbest iradesi ile hareket etmediği ya da yardıma ihtiyaç duyar bir halde bulunduğu açıkça belli olmalıdır.

⁵⁹² YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 288; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1041.

⁵⁹³ Konu Mukayeseli Hukuk başlığında daha ayrıntı bir şekilde incelenmiştir.

⁵⁹⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 324; Bkz.; Arama kavramı başlığında konuya ilişkin detaylı inceleme yapılmıştır.

⁵⁹⁵ KESKİN KIZIROĞLU 2009, s. 146.

⁵⁹⁶ KAHRAMAN, Mehmet, "Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", Yargıtay Dergisi, C. 33, S. 3, Temmuz 2007, s. 368.

⁵⁹⁷ YENİSEY Hazırlık Soruşturması, s. 183-184.

- Kişilerin suç hazırlığı içinde olduğu samut olaylara bakılarak anlaşılıyor ise ya da oturma izni olmayan kişilerin toplanmış ise arama yapılabilir.

-Kapalı bir mekânda suç işleneceğine dair belli olaylar gerçekleşmiş ise bu mekânın yakınında bulunan kişilerin üstleri aranabilir.

-Silah gibi tehlikeli maddeler taşıyıp taşımadıklarının tespiti için üst araması yapılabilir.

Üst aramasını yapacak olan kolluk görevlisi önce kendisine ya da başka kişilere yönelebilecek muhtemel tehlikeyi önlemek amacıyla tedbir niteliğinde bir arama yapmalı sonrasında kesin aramayı gerçekleştirmelidir⁵⁹⁸. Burada geçen tedbir niteliğinde arama teriminden kaba üst aramasını anlamak gerekir⁵⁹⁹. KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU tarafından kesin arama olarak nitelendirilen teknik anlamda aramaya doğrudan geçilmesi, polis ya da diğer kişilere yönelik bir zararın ortaya çıkmasına neden olabilir.

Üst araması esnasında kişinin vücut bütünlüğüne, haya duygusuna saygı gösterilmelidir. Üst araması doğrudan yapılabileceği gibi başka bir işlemin öncesi veya sonrasında da yapılabilir⁶⁰⁰. Aramanın yapılmasına sebep olan tehlike ağır bir tehlike olmasa dahi aramanın titizlikle gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi halde, arama esnasında akla gelmeyen başka zararlar ile karşılaşılabilir⁶⁰¹.

AÖAY'nin 28. maddesinde adli arama ve önleme aramasının nasıl icra edileceği ve arama zamanı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında yapılan aramaların gündüz ya da gece icra edilmesi mümkündür. Üst aramasına ilişkin olarak, zaman açısından bir sınırlama öngörülmemiştir.

Aramayı gerçekleştirecek olan kolluk görevlisinin, arama öncesinde kimliğini göstererek olası bir karmaşanın önüne geçmesi gerekir. Aranacak kişiye hangi sebeple arandığı, ne arandığı hakkında açıklama yapılır. Burada sebep bildirilmesi halinde,

⁵⁹⁸ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1039-1040.

⁵⁹⁹ BOZER, R. Turgay, Önleme Araması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2001 s. 86.

⁶⁰⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 325.

⁶⁰¹ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 295.

aramanın amacı tehlikeye düşecekse, arama sebep bildirilmeden gerçekleştirilebilir⁶⁰². Üstü aranacak kişinin kaçması veya kolluk ya da mahallede bulunan diğer kişi veya eşyalara saldırmaması için gerekli önlemlerin alınması gerekir. Üst araması, aranacak kişi ile aynı cinsiyetten olan kişi tarafından yapılmalıdır. Fakat aramaya maruz kalan kişi karşı cinsten bir kişi tarafından aranmak istediğini beyan ederse, bu beyan doğrultusunda aramanın icra edilmesinin düzenlemenin amacına daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Yakın bir tehlike ile karşı karşıya kalınmış ise aynı cinsiyetten görevlinin arama mahalline gelmesi beklenmeden arama gerçekleştirilebilir⁶⁰³. Üst aramasının elektromanyetik cihazlarla yapılması gerekir. Bu imkân yok ise kolluk duyu organları vasıtasıyla üst aramasını gerçekleştirir. Aranacak kişinin, arama işlemine karşı direnç göstermesi halinde, kolluğun zor kullanma yetkisi vardır⁶⁰⁴. Zor kullanma, *doğrudan doğruya zor kullanma ve silah kullanma* şeklinde gerçekleşebilir. Zor kullanmanın derecesi, olayın özelliklerine göre orantılılık ilkesi doğrultusunda belirlenir⁶⁰⁵. Arama, kişi başka yere götürülmeden, başkalarının göremeyeceği şekilde gerçekleştirilir. Arama sonucunda kişinin üstünden çıkan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz. Üst araması olayın içeriğine göre belirlenecek bir yöntemle icra edilir. Bu yöntemler elle arama, diz çöktürerek arama, duvara dayamak suretiyle arama şeklindedir⁶⁰⁶.

Kişinin kanun tarafından taşınması yasaklanan bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması halinde, kıyafetler çıkartılmak suretiyle arama yapılabilir. Kıyafet çıkartılarak arama yapılabilmesi için aramanın amacına başka türlü ulaşılabilmesi da gereklidir. Aramanın sonunda bir suçla ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilmesi halinde aranan kişi yakalanır.

⁶⁰² YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 296.

⁶⁰³ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 295.

⁶⁰⁴ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 280.

⁶⁰⁵ CİN, M. Onursal, “*Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2 (Milenyum Armağanı), Ocak 2000, s. 676-679, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262162>, E.T.: 25.01.2019.

⁶⁰⁶ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 280.

3.1.2. Önleme Amaçlı Özel Kâğıt ve Eşya Araması (AÖAY m. 28)

Türk Dil Kurumu eşyayı, insan tarafından yapılan, taşınabilir, cansız nesne olarak tanımlanmaktadır⁶⁰⁷. Kişinin zilyedi olup da maliki olmadığı eşyaların da aranması mümkündür⁶⁰⁸. Terk edilmiş eşyalara dair özel hayata saygı beklentisi artık kalmamışsa bu eşyalara ilişkin yapılacak işlem arama olarak kabul edilmemektedir⁶⁰⁹. Örneğin kilitlenerek terk edilen bavulun içindekilere yönelik araştırmanın önleme araması kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bavul kilitlenmeden atılmış olsaydı bu durumun, kişinin özel hayata saygı beklentisinin artık kalmadığı anlamına geleceğinden; yapılan araştırma işleminin önleme araması olarak kabul edilmemesi gerekir. Bir hurdalıkta, içerisinde zehirli atık bulunduğu düşünülen varile ilişkin araştırma faaliyetinin de önleme araması olarak kabul edilmemesi gerekir. Çünkü böyle bir varil üzerinde, özel hayata saygı beklentisinin halen devam ettiğinin kabulü zorlama bir sonuç çıkarımı niteliğindedir⁶¹⁰. Kişinin giymiş olduğu kıyafeti üst aramasına tâbi iken⁶¹¹ valizinin içerisinde bulunan kıyafetleri eşya araması hükümlerine tabidir.

Özel kâğıt terimi ile mektup, cep defteri gibi kâğıda dökülmüş şeylerin yanı sıra ses, resim gibi şeylerin de anlaşılması gerekir. Arama yapan kolluk, özel kâğıtların içeriğini inceleyemez, sadece delil olma durumu ya da müsadere edilip edilemeyeceğinin tespiti açısından inceleme yapabilir⁶¹².

Önleme amaçlı eşya araması AÖAY'nin 28. maddesinde üst araması ile birlikte düzenlenmiştir. Bu nedenle üst araması için söylenenlerden mahiyeti uygun olanların özel kâğıt ve eşya aramasında da uygulanması gerekir.

Aranacak kişinin yanında bulunan eşya üzerinde arama yapılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte otomobil gibi bir eşya içerisinde bulunan kişinin gözaltına alınması halinde ya da otomobilde bulunan kişinin zorla orada tutulduğu ya da yardıma

⁶⁰⁷http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c8bb1ffe47440.30424519, E.T.: 15.03.2019.

⁶⁰⁸ ÖZBEK MUYEP, s. 87.

⁶⁰⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 325-326, dn. 299.

⁶¹⁰ Aksi Görüş; AKSOY, s. 49.

⁶¹¹ ÖZBEK 1999, s. 118.

⁶¹² YENİSEY 1995, s. 78.

muhtaç olduğu kanaatine varılmasını gerektirecek belirli olaylar var ise suçu önlemek amacıyla kendiliğinden araçta önleme araması yapılabilmesi mümkün olmalıdır⁶¹³.

3.1.3. Önleme Amaçlı Araç Araması (AÖAY m. 29)

Araçta nasıl arama yapılacağı, AÖAY'nin 29. maddesinde açıklanmakla birlikte, düzenleme üst aramasının düzenleniş şekliyle paralellik göstermektedir. Aracın da bir eşya olduğundan hareketle, araçta aramayı eşyada arama başlığı altında değerlendiren yazarlar vardır⁶¹⁴. Araçta arama yapılabilmesi için plakasının önceden belirlenmesi gerekir. Fakat önceden alınan hâkim kararı doğrultusunda genel asayiş ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla yapılan aramalarda önceden plaka belirlenmiş olması aranmamaktadır⁶¹⁵.

Hava, kara ve deniz ulaşım araçlarında yapılacak aramalar bu madde kapsamında gerçekleştirilir⁶¹⁶. Araçta yapılacak olan arama kişiye en az sıkıntı verici şekilde ve makul olan en kısa sürede yapılır. Arama aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Detaylı inceleme yapılmasına ihtiyaç duyulması halinde araç başka yere götürülerek orada arama yapılabilir.

Önleme aramasının yapılabileceği yerlerin sayıldığı PVSK m. 9/4-e fıkrasında her türlü toplu taşıma araçlarında ve seyreden taşıtlarda önleme aramasının yapılabileceği düzenlenmiştir. Bir görüşe göre maddede kullanılan seyir halinde ifadesi nedeniyle park halinde hatta motoru çalışmakla birlikte hareket etmeyen araçlarda önleme araması yapılması hukuka aykırıdır⁶¹⁷. PVSK m. 9/4-e fıkrasındaki düzenlemeye ek olarak AÖAY m. 29/8'de boş araçların aranabileceği düzenlenmiştir. PVSK m.9/4-e ile AÖAY m. 29/8 birlikte değerlendirildiğinde, boş olan yani seyir halinde olmayan araçlara yönelik sadece adli arama yapılabilmesi mümkündür. PVSK'nın bu hali ile uygulanması absürt durumların ortaya çıkmasına neden olabilir.

⁶¹³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2013, s. 1132.

⁶¹⁴ Bkz.; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 326.

⁶¹⁵ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 296.

⁶¹⁶ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 515; DİRDİMAN Polis Yönetimi ve Hukuku, s. 314.

⁶¹⁷ ŞEN, Ersan, "Park Halindeki Araçlarda Önleme Araması", Yorumluyorum-VI, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 288-289.

Çünkü seyir halindeki bir araca yönelik önleme aramasının icrası için aracın durdurulması gerekir. Durdurulan araçtakiler PVSK m. 9/4-e uyarınca aracı aratmak istemeyebilir. Maddenin ifade ediliş tarzı da bu duruma izin vermektedir. Bu nedenle maddenin önleme aramasının seyir halinde olmayan araçlarda da yapılabileceği şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir.

3.2. ÖNLEME ARAMASINA MARUZ KALABİLECEK KİŞİLER

Aramaya maruz kalabilecek kişiler ile aramanın konusu kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Önleme aramasının amacından hareket ederek, önleme aramasına maruz kalabilecek kişilerin tespit edilmesi gerekir. Önleme aramasında amaç suç işlenmesini önlemek veya tehlikeyi ortadan kaldırmaktır. Bu nedenle önleme aramasına maruz kalabilecek kişiler gerçek kişilerdir. Tüzel kişilere yönelik yapılan işlemler, işlemin özelliğine göre kontrol ya da denetleme olarak kabul edilebilir⁶¹⁸.

Gerçek kişilerin sahip oldukları sıfatların, önleme aramasının uygulanması noktasında bir muafiyet sağlayıp sağlamadığına bakılması gerekir. Muhatabın kovuşturma yapılamayacak kişilerden yahut adli aramaya tabi olmayan kişilerden olması ya da kişilerin sıfatlarından kaynaklanan sınırlamalar⁶¹⁹ önleme aramasının uygulanması noktasında bir muafiyet sağlamamaktadır⁶²⁰. Buna karşı DERDİMAN, diplomatik dokunulmazlığı olanların önleme aramasına tabi olmadıkları, Cumhurbaşkanı ve yasama dokunulmazlığı bulunanların ise rızaları var ise önleme aramasına tabi olabilecekleri görüşündedir⁶²¹. Başka bir görüşe göre ise milletvekilleri yahut avukatlara yönelik olarak da önleme araması gerçekleştirilebilir⁶²². Havaalanlarında ise avukat, hâkim ya da milletvekilleri uluslararası sözleşmeler nedeniyle önleme aramasından muaf değildirler⁶²³.

⁶¹⁸ AKSOY s. 108-109.

⁶¹⁹ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 295.

⁶²⁰ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU s. 1049; BIÇAK, s. 334.

⁶²¹ DERDİMAN Polis Yönetimi ve Hukuku, s. 316.

⁶²² BIÇAK, s. 334-335; GÜNDOĞAN / KOÇ / ÖZBUDAK, s. 145; BIÇAK, s. 335; Karşı görüş; GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Önleyici Kolluk Tedbirleri Karşısında Milletvekili, Hakim, Savcı, Avukat gibi Özel Görev ve Sıfatı Haiz Kişilerin Durumu”, Polise Görev Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II, Ankara 2008, s. 118.

⁶²³ GÖKCAN, s. 118.

Avukatların aranmasına ilişkin olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 58/1’de özel bir düzenleme vardır. Maddeye göre avukatın üstünün aranabilmesi, ağır ceza mahkemesinde yargılanmayı gerektirecek bir suça ilişkin suçüstü halinin varlığı şartına bağlanmıştır. ÖZBEK’e göre maddenin tamamına bakıldığında avukatın görevi dışında aranabileceği ve önleme aramasına tabi tutulabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca avukatlara önleme aramasının dışında tutacak şekilde bir istisna tanınması hukuk devleti ilkesi ile çelişir⁶²⁴. Bu görüşlere ek olarak avukatların önleme aramasına tabi tutulup tutulamayacaklarına ilişkin farklı görüşler vardır. ŞEN’e göre 1136 sayılı Kanun açık olup önleme aramasını da kapsamaktadır. Avukatların çantası, üstü aranmayacağı gibi avukatların metal dedektör, X-Ray cihazı gibi uygulamalara da tabi tutulmaması gerekir. Yine 1136 sayılı Kanunun PVSK’ya göre özel kanun olması nedeniyle 1136 sayılı Kanundaki düzenlemenin önleme araması için de uygulanması gerekir. Konuya ilişkin verilen Danıştay 8. Daire E. 2010/5626, K. 2010/6024 ve 12.11.2010 tarihli kararı da avukatların önleme aramasına tabi tutulamayacağı yönündedir. Ceza infaz kurumlarında ise 5275 sayılı Kanunun m. 86/3 ve m. 116/1 ile yapılan düzenlemeler ile avukatlar da kanun kapsamına alınmış oldukları için avukatların bu kanunda belirlenen hallerde önleme aramasına tabi tutulmaları mümkündür. Adliyelere girişte ise 1136 sayılı Kanun açık düzenlemesine rağmen AÖAY m. 25/1 uyarınca avukatların önleme aramasına tabi tutulması ise normlar hiyerarşisi gereği hukuka aykırıdır⁶²⁵. VURALDOĞAN, avukatların sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu, avukatın mesleğini icra etmediği zamanlarda da diğer insanlardan farklı statüde bulunması gerektiği; çünkü avukatlık mesleğinin zaman ve mekân ile sınırlandırılmayacağı görüşündedir. VURALDOĞAN, avukatın mesleğe ilişkin bir faaliyet içerisinde bulunduğunun açıkça anlaşılması halinde avukatın önleme aramasından muaf tutulması gerektiği görüşündedir⁶²⁶. KOCAOĞLU’na göre ise avukatlık göreviyle açıkça bağlantılı olmayan hallerde avukatların önleme aramasına tabi tutulması mümkündür. Gecikmesinde sakınca olan hallerde ise

⁶²⁴ ÖZBEK MUYEP, s. 86.

⁶²⁵ ŞEN, Ersan, “Avukatın Üzerinin Aranması”, Yorumluyorum-XVII, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 311 vd.

⁶²⁶ VURALDOĞAN, Kemal, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”, Bursa Barosu Dergisi, C. 30, S. 81, Eylül 2006, s. 75-76, <https://jurix.com.tr/article/17679>, E.T.: 23.01.2019.

avukatlara diğer kişilerden farklı bir statü tanınmamalıdır. Avukatların önleme aramasına tabi olup olmadıklarına ilişkin olarak açık bir düzenleme yapılarak mesleki faaliyete kapsamında olan eşyaların önleme aramasına konu edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yapılması, avukatlık mesleğinin bağımsızlığın korunması açısından yerinde olacaktır⁶²⁷.

Danıştay 14.05.2015 tarihli kararı ile önleme araması kararı doğrultusunda aracı ve üstü aranan avukatın tazminat talebini, olayda 1136 sayılı Kanun m. 58’de aranan şartlarının gerçekleşmemiş olması nedeniyle kabul etmiştir⁶²⁸. Öğretideki görüşler ve Danıştay’ın bu kararı birlikte değerlendirildiğinde, avukatların 1136 sayılı Kanun m. 58’de hangi hallerde avukatın üzerinin aranabileceği açıkça düzenlenmiştir. Ortada “...Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali” yok ise avukatın üstü aranmaz. Önleme araması ise suç öncesine ilişkin bir tedbir olduğu için ve m. 58’de sayılan halin dışında yer aldığı için kanaatimizce avukatlar önleme aramasına tabi tutulamaz.

3.3. ÖNLEME ARAMASININ ZAMANI

AÖAY’in aramanın zamanı başlıklı 31. maddesinin son fıkrasında önleme aramasının her zaman yapılabileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise

⁶²⁷ KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2012, s. 53-54, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/397914>, E.T.: 10.04.2019.

⁶²⁸ Danıştay 10. D., E. 2011/6931, K. 2015/2307, K.T. 14.05.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/10-d-e-2011-6931-k-2015-2307-t-14-5-2015>, E.T.: 21.01.2019. Karara konu olayda; Sakarya Barosu’na kayıtlı avukat olan davacının kendi sevk ve idaresinde bulunan araçla seyir halindeyken, Akyazı Sulh Ceza Mahkemesi’nin 2008/332 d.iş no’lu kararı uyarınca önleme araması yapan jandarma ekiplerince, avukat olduğunu söylemesi ve buna ilişkin kimlik belgesinin ibraz etmesine rağmen üstünün ve aracının aranması nedeniyle mesleki onurunun ve kişilik haklarının zedelenmesine sebebiyet verildiği iddia olunarak ... manevi zararın tazminine ... karar verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda Sakarya 2. İdare Mahkemesince; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suç üstü hali dışında avukatların üzerlerinin aranamayacağı, bakılan uyumsuzlukta bir suç üstü hali olmaksızın kolluk kuvvetlerince üzeri ve aracı aranan davacının meslek onurunun zedelenildiği, davalı idarenin bu eylemde hizmet kusuru bulunduğu bu nedenle de davacının manevi zararının karşılanması gerektiği gerekçesiyle manevi zararın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar vermiştir. Danıştay’ın önüne gelen İdare Mahkemesi kararı oy çokluğu ile onanmıştır. Karar muhalif kalan üye 1136 sayılı Kanun’un 58. maddesindeki düzenlemeye değinmeden, aramayı gerçekleştiren personelin haksız arama suçuna ilişkin yapılan yargılamadan beraat etmeleri nedeniyle olayda hizmet kusurunun bulunmadığını, bu nedenle talebin reddi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

adli aramanın kural olarak gündüz gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Önleme araması kamuya açık olmayan yerlerde gerçekleştirilemeyeceğinden, önleme araması açısından gece arama yapılmasına ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur⁶²⁹. Önleme araması çoğunlukla gece uygulanan bir arama türüdür⁶³⁰. Konu bu açıdan değerlendirildiğinde ise önleme aramasının gece yapılamayacağına ilişkin getirilecek bir düzenleme, önleme aramasını işlevsiz hale getirebilir.

Hâkim kararı ile yapılan aramanın, kararda belirtilen süre içerisinde tamamlanması gerekir. Bu süre içerisinde arama bitirilememiş ise tekrar arama kararı alınması gerekir. Önleme araması mülki amir emri ile gerçekleştiriliyor ise aramanın yine emirde belirtilen süre içerisinde tamamlanması gerekir. Gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılmış ise hâkim kararı beklenmeden derhal önleme aramasına başlanabilir. Gecikmesinde sakınca olan hale ilişkin gerçekleştirilen arama tamamlandıktan sonra aramaya devam edilmesi gerekiyor ise artık hâkim kararının alınması gerekir. Arama emri/kararı bir kere uygulanmak için alınır. İcra edilen arama emri/kararına istinaden ikinci kez arama yapılamaz. Bu nedenle şartlar oluşmuş ise tekrar arama emri/kararının alınması gerekir⁶³¹.

4. ÖNLEME ARAMASI KARARI VE EMRİ

Anayasa'nın 20. maddesinde aramaya sebep olabilecek durumlar sayılmıştır. Bunlar; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Bu sebeplerden bir ya da birden fazlası ile karşılaşılmış ise, usulüne uygun olarak alınan hâkim kararı doğrultusunda arama yapılabilir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde, aynı sebeplere dayanılarak, yetkili merciin yazılı emri ile de arama yapılabilir. Anayasa'daki açık düzenleme nedeniyle mülki amir tarafından verilen arama emrinin yazılı olması şart olup, arama emrinin önce sözlü verilip sonrasında yazı ile teyit

⁶²⁹ AYDIN 2012, s. 111.

⁶³⁰ AKSOY, s. 101.

⁶³¹ AYDIN 2012, s. 111-112.

edilmesi hukuka aykırıdır⁶³². Buradaki yazılılık şartı temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yeni bir güvence niteliğindedir⁶³³.

PVSK m. 9’da önleme araması için gerekli olan arama kararı ve emrinin içeriği detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Maddeye göre; önleme araması yapılabilmesi için karar verecek olan hâkim sulh ceza hâkimidir. Gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılması durumunda arama emrini verecek olan merci mülki amirdir. Mülki amir, illerde vali veya bu konuda yetkilendirdiği yardımcısı, ilçelerde ise kaymakamdır (AÖAY m. 4). Büyükşehir belediyelerinin bulunduğu il merkezlerinde birden fazla ilçe vardır. Bu ilçelerin başında ise kaymakam bulunmakta olup vali, ilçe idaresinin bir parçası değildir⁶³⁴. AYDIN, uygulamada büyükşehir belediyelerinin bulunduğu il merkezlerinde önleme araması talebinin ilçe kaymakamlığına sunulduğunu belirtmekle birlikte; buralarda önleme araması talebinin valiliğe iletilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşünü de valinin, kaymakamın hiyerarşik amiri olmasına bağlamaktadır⁶³⁵. Vali il genel idaresinin başı ve en yüksek hiyerarşik amiridir⁶³⁶. Kaymakam, valinin emir ve talimatlarını yerine getirmekle görevlidir (5442 sayılı Kanun m. 31/A). Vali ilde bulunan tüm kaymakamların hiyerarşik amiridir. Kaymakamın il merkezinde görev yapıp yapmaması bu noktada önemli değildir. AYDIN’ın bakış açısının kabulü halinde ildeki tüm önleme araması emirlerinin vali tarafından verilmesi gerekir. Bu durum ise mülki amir olarak kabul edilen kaymakamın görevinin vali tarafından yerine getirilmesi sonucunu doğurur. Hiyerarşik yetki üste, asta verilmiş bir yetkiyi doğrudan işlem yaparak kullanmayı kapsamadığı için⁶³⁷ yapılan işlemin hukuka aykırı bir işlem halini alacağı kanaatindeyiz. Bu duruma ek olarak mülki amir gecikmesinde sakınca olan hallerde arama emri verebilmektedir. Bir il belediyesinin büyükşehir belediyesine dönüştürülebilmesi için nüfusunun 750.000’den fazla olması gerekir (5216 Büyükşehir Belediyesi Kanunu m. 4). Nüfus, coğrafi sınırların genişliği gibi etkenler

⁶³² KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1066.

⁶³³ GÜLŞEN, Recep, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Mart 2005, S. 3, s. 92.

⁶³⁴ GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 19. Baskı, Bursa 2017, s. 178.

⁶³⁵ AYDIN 2012, s. 104, dn. 100.

⁶³⁶ SANCAKDAR / US / KASAPOĞLU TURHAN / ÖNÜT / SEYHAN, s. 148.

⁶³⁷ SANCAKDAR / US / KASAPOĞLU TURHAN / ÖNÜT / SEYHAN, s. 103-104.

düşünüldüğünde, büyükşehir ilçe belediyesi sınırları içerisinde önleme araması emrinin kaymakam tarafından verilmesi hızlı hareket edilmesini sağlayacağından, buralara ilişkin olan arama emrinin kaymakam tarafından verilmesi için özüne daha uygundur.

Kolluk, önleme araması yapılması için gereken şartların oluştuğunu tespit ederse bu duruma ilişkin bir rapor hazırlar. Raporla aramanın gerekçeleri ile arama yapılması talep edilen yer ve zaman belirtilir. Bu şekilde hazırlanan rapor o yer mülki amirine sunulur⁶³⁸. Mülki amir kolluğun talebini uygun görür ise hâkimden arama kararı talep eder. Başvuruya konu olayda gecikmesinde sakınca bulunan hal var ise mülki amir tarafından yazılı arama emri verilir (AÖAY m. 20). Önleme araması için gerekli olan ilk işlem kolluk tarafından gerçekleştirilmektedir. Mevzuat hâkime ya da mülki amire doğrudan önleme araması yaptırma yetkisi vermemiştir.

Önleme araması talebini alan mülki amir, olayda gecikmesinde sakınca olan hal olup olmadığı hususunda takdir yetkisini kullanarak karar verir. Buradaki takdir yetkisinin hukuka aykırı olarak kullanılması, görevi kötüye kullanma kapsamında ise olay adli yargının görev alanına girer. Diğer hukuka aykırılık iddiaları ise idari yargının görev alanına girer⁶³⁹. Görüldüğü gibi bu aşamada, önleme araması talebi mülki amirin süzgecinden geçtikten sonra hâkime sunulmakta yahut doğrudan arama emri verilmektedir. Doktrinde gecikmesinde sakınca olan hâl, hâkime başvurulması halinde, alınacak olan kararın uygulanamaz duruma gelmesi veya hâkim kararının uygulanması halinde beklenen faydanın artık elde edilemez duruma gelmesi olarak tanımlanmaktadır⁶⁴⁰. AÖAY m. 4'te gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı açıklanmıştır. Maddeye göre önleme aramalarında gecikmesinde sakınca olan hal;

a) Millî güvenlik ve kamu düzeninin,

b) Genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi,

⁶³⁸ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1037.

⁶³⁹ CENTEL / ZAFER, s. 431.

⁶⁴⁰ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 642.

c) Suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması,

Hallerine ek olarak gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmamasını ifade etmektedir.

Kanun koyucu; spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların olduğu hallerde takdir yetkisinin kullanılmasını istememiş ve bu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan halin var olduğunu kabul etmiştir (PVSK m. 9/6). Burada kabul edilen karineye dayanılarak hâkimin etkisiz hale getirilmesi eleştirilmektedir. Bu hallerde de genel kural uygulanıp, gecikmesinde sakınca olan halin var olup olmadığı değerlendirilerek hareket edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁴¹. Yapılan bu eleştiri temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yerinde ve Anayasa'ya uygun bir eleştiridir.

Kolluk tarafından hazırlanan arama talep yazısında, arama yapmak için bulunması gereken makul sebeplerin gerekçeleriyle birlikte anlatılması gerekir (PVSK m. 9/2). Makul bir sebep bulunmamasına rağmen belirli periyotlarla tekrarlanarak sürekli hale getirilen, fiilen genel aramaya dönüşecek şekilde önleme araması kararı verilmesi hukuka aykırıdır⁶⁴². Önleme araması yapılması için gerekli şartların oluşmasına rağmen talep yazısındaki eksik anlatım nedeniyle yetkili mercii, talebi reddedilebilir. Bu nedenle ortaya çıkacak zararlar nedeniyle talep yazısını düzenleyen kolluğun sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği kanaatini taşıyoruz. Adli arama yapılabilmesi için makul şüphenin varlığı aranırken, önleme aramasında makul sebebin varlığı aranmaktadır. Makul sebep olaydan olaya değişen bir kavram olup, olayı dışarıdan izleyenler için objektif nitelikte iken, kolluk açısından sübjektif niteliktedir. Çünkü kolluk, olayda makul sebebin olup olmadığına ilişkin olarak kişisel tecrübe ve bilgisi doğrultusunda karar verir⁶⁴³. Makul şüphe, değerlendirmeye tabi olgu hakkında uzmanlığı bulunmayan sıradan kişiler tarafından yapılan

⁶⁴¹ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 279; ÇULHA / DEMİRAĞ / NUHOĞLU / OKTAR / TEZCAN, s. 51.

⁶⁴² YCGK, E. 2013/9-841, K. 2014/513, K.T. 25.11.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2013-9-841-k-2014-513-t-25-11-2014>, E.T.: 16.10.2018.

⁶⁴³ YENİSEY, Feridun, "Yeni Arama Hukukumuz", Polis Dergisi, S. 37, Ekim / Kasım / Aralık 2003, s. 7.

değerlendirmedir. Makul sebep ise konunun uzmanı olan çok sayıda kişi tarafından aynı yönde yapılan değerlendirmeyi ifade eder⁶⁴⁴. Makul sebep kavramı bu şekilde açıklanmaya çalışılmış olsa da kavram özü itibari ile kötüye kullanılmaya müsait bir kavramdır⁶⁴⁵. Makul sebep kavramının sınırlarının belirlenmesindeki belirsizlik, keyfiliğe yol açabileceği için eleştirilmektedir⁶⁴⁶. Kolluğa verilecek yeknesak eğitimler ile makul sebebin olayda var olup olmadığı hususundaki objektiflik büyük oranda sağlanabilir.

Arama kararı dosya üzerinde verilmektedir⁶⁴⁷. Karar verilmesi için duruşma açılması şart koşulmamıştır. Arama kararında veya emrinde;

a) Aramanın sebebi,

b) Aramanın konusu ve kapsamı,

c) Aramanın yapılacağı yer,

ç) Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre belirtilmelidir (PVSK m. 9/3- AÖAY m. 20).

Arama kararı veya emrinin içeriğinde bulunması gerekenler bu şekilde belirlenmiştir. Kavramların içinin, aramaya hâkim olan hukukun genel ilkeleri ile doldurulması gerekir. Aksi halde kolluğa keyfi hareket edebileceği bir alan bırakılmış olur. Arama kararında, aramanın sınırlarının, gerekçesinin ve aranan şeyin belirtilmemesi aramayı icra eden kolluk görevlilerine geniş bir hareket alanı bırakılması sonucunu doğurmakla bu durum AİHM'e göre hak ihlali niteliğindedir⁶⁴⁸.

Aramanın hangi süre içerisinde tamamlanacağına ilişkin genel bir düzenleme yapılmamış olup bu yerinde bir yaklaşımdır. Aramanın süresi aramanın sebebi, konusu ve kapsamına göre değişebileceği için bu durumlar göz önüne alınarak belirlenmelidir.

⁶⁴⁴ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 381-382.

⁶⁴⁵ DERMİMAN Polis Yönetimi ve Hukuku, s. 294.

⁶⁴⁶ YURTCAN, Erdener, “PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not”, Güncel Hukuk, Ağustos 2007/8-44 Sayısı, s. 20.

⁶⁴⁷ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1065; GÜLŞEN 2005, s. 93.

⁶⁴⁸ Aydemir-Türkiye Davası AİHM, Başvuru no: 17811/04, [https:// hudoc.echr. coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-120759%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-120759%22]}), E.T.: 20.03.2019; Van Rossem c. Belçika – Başvuru no: 41872/98, [https:// hudoc. echr. coe.int/ tur#{ %22 itemid% 22:\[%22002-4085%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22002-4085%22]}), E.T.: 19.03.2019.

Arama kararı veya emri bir defa arama yapmak için geçerlidir. Buna karşı aynı arama karar veya emri içerisinde birbirinden farklı arama türü bulunması mümkündür⁶⁴⁹. Önleme araması bir ay, altı ay gibi işin özüne aykırı olacak uzun sürelerle verilemez⁶⁵⁰. Adli arama talep, karar veya emrinde aranılacak kişi veya eşyanın belirtilmesi bir zorunludur (AÖAY m. 7/b). Önleme araması talep, emir veya kararında kişi ya da bir nesne belirtilmesi şart değildir (AÖAY m. 20/3).

PVSK 4/A maddesine "...kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir..." ibaresi eklenmekle bu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan inceleme sonunda mahkemenin 04.05.2017 tarihli kararı ile bu ibare iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararını Anayasa'nın 20. maddesini temel alarak gerekçelendirmiştir. Mahkeme gerekçe kısmında; aramanın hâkim kararı ile yapılabileceği, gecikmesinde sakınca olan hal ile karşılaştırılması halinde sonradan hâkim onayına sunulmak koşuluyla mülki amirin yazılı emri ile yapılabileceğini belirterek; iptale konu düzenlemede Anayasa tarafından yetkilendirilmeyen kolluk amirin mülki amir tarafından yetkilendirilmesi ve Anayasa'nın acele hâllerde dahi yazılı emrin varlığını araması nedeniyle sözlü emir doğrultusunda arama yapılması yönündeki düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptaline karar vermiştir⁶⁵¹. Verilen iptal kararı Anayasa'ya uygun olmakla birlikte önleme araması emri verilirken karşılaşılan, zamanında müdahale edebilme probleminin çözümüne bir katkı sağlamamaktadır. Kâğıt üzerinde her şey usule uygun yapılmaya çalışılırken, ön görülen tehlikeye müdahale etmekte geç kalınabilir. Görüldüğü gibi sorunun çözümü için anayasa değişikliği yapılması gerekmektedir.

Mülki amir tarafından verilen arama emrinin yazılı olması şartı temel hak ve özgürlükler için bir güvence oluşturmakla birlikte⁶⁵², yazılı emir alınması beklenirken

⁶⁴⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 333.

⁶⁵⁰ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 633.

⁶⁵¹ AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, K.T. 04.05.2017, https://www.lexpera.com.tr/Appendix/PUBLICATION_TR/RG801Y2017N30143P8_217436742_1.pdf, E.T.: 13.08.2018.

⁶⁵² GÜLŞEN 2005, s. 92.

tehlike ya da risk teşkil eden olaya müdahale edilmekte geç kalınabilir. Bu gibi durumlarda karşılaşılmaması için arama emri olmadan hareket edilebilmesinin yolu açılarak arama işlemi sonrasında işlemin denetimden geçirilmesi usulü benimsenebilir⁶⁵³. Bu şekilde bir uygulamanın hayata geçirilebilmesi için Anayasa'da değişiklik yapılması gerekmektedir. Arama emrinin yazılı olma şartı karşılaştırmalı hukukta olmazsa olmaz bir şart olarak kabul edilmemiştir⁶⁵⁴. Kanun koyucunun yazılılık şartını, temel hak ve hürriyetlerin korunması konusundaki hassasiyetin had safhada olduğunu vurgulamak için benimsemiş olması muhtemeldir. Kanaatimizce arama emrinin daha hızlı verilmesi için şekli koşulları taşımak şartıyla önceden tanımlanan elektronik posta ve kısa mesaj yoluyla da arama emrinin verilebilmesi mümkün olmalıdır. Elektronik posta ve kısa mesaj aracılığıyla arama emri verilmesi Anayasa'nın yazılılık şartına aykırılık içermemektedir.

Arama mülki amirin yazılı emri ile yapılmış ise bu emrin Anayasa'nın 20/2 maddesi doğrultusunda yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekir. PVSK'da yapılan işlemin hâkim onayına sunulmasına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Anayasa'nın açık hükmüne rağmen yazılı emir doğrultusunda yapılan arama işlemi süresi içerisinde hâkim onayına sunulmaz ise yahut hâkim onayına sunulmakla birlikte hâkim tarafından onay verilmez ve talep reddedilirse yapılan arama hukuka aykırı bir arama halini alır⁶⁵⁵. Düzenleme, aramanın mülki amir emri ile gerçekleştirilebilmesi nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması usulü açısından eleştirilmektedir. TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU'na göre Anayasa'da bulunan temel hak ve özgürlüklerin kanun ile sınırlanabileceğine ilişkin düzenlemeye yine Anayasa ile istisna getirilerek; yürütme eliyle de temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceğinin kabulü birbiriyle çelişmektedir⁶⁵⁶. Buradaki işlemin hâkim onayına sunulması aşamasının, önleme aramasının idari niteliğini ortadan

⁶⁵³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1050; SAYGILAR, F. Yasemin, "Arama", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 632.

⁶⁵⁴ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1065; Almanya'da acele hallerde amirin emri ile yapılacak olan aramalarda yazılılık şartı aranmamaktadır. Bkz.; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ, s. 515, dn. 228.

⁶⁵⁵ AYDIN 2012, s. 106.

⁶⁵⁶ TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s. 151.

kaldırdığını⁶⁵⁷ ileri süren yazarların yanı sıra hâkim onayının işlemin idari niteliğini ortadan kaldırmadığı yönünde de görüşler bulunmaktadır⁶⁵⁸. İkinci görüşe göre, idari işlem olan önleme aramasının hâkim onayına sunulması işlemin niteliğini değiştirmemektedir. Çünkü hâkim onayı bir yargılama faaliyeti değildir. Hâkim tarafından verilen onaylama ya da onaylamama kararı da idari işlem niteliğindedir. Düzenleme ile idari makam olmayan hâkime bu şekilde idari yetki verilmiş ya da hâkim idari makam haline getirilmiştir. Bu durum da kuvvetler ayrılığına aykırıdır⁶⁵⁹. Bu görüşe karşı hâkimin onama yetkisinin, esasında hâkime ait olan yetkinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığının denetimi niteliğinde olduğu, idari vesayet olarak düşünülmemeyeceği gibi kuvvetler ayrılığına da aykırı olmadığı yönünde de bir görüş bulunmaktadır⁶⁶⁰. Konu, Anayasa Mahkemesine açılan bir iptal davasında ele alınmış ve Anayasa Mahkemesi idari bir işlem olan önleme araması kararının hâkim tarafından verilmesini, kuvvetler ayrılığı ilkesi aykırı bulmamıştır⁶⁶¹.

Hâkim kararı ile yapılan önleme aramasının idari işlem olarak kabul edildiği göz önüne alındığında, yargısal faaliyet olmayan onay işleminin önleme aramasının idari niteliğini ortadan kaldırmayacağı kanaatindeyiz. Bu noktada ÜZELTÜRK'ün görüşüne katılıyoruz. Hâkim onayı, zaten hâkime ait olan bir yetkinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı noktasında gerçekleştirilen bir denetim niteliğindedir. Bu nedenle onay işlemi önleme aramasının idari işlem olma niteliğini ortadan kaldırmadığı kanaatindeyiz.

Bir arama kararı ya da emri olmadan sanki varmış gibi işlem yapılması dürüst işlem ilkesine ve dolayısıyla hukuka aykırıdır. Bu şekilde gerçekleştirilen arama neticesinde elde edilenlerin muhakeme aşamasında kullanılmaması gerekir⁶⁶². Bununla birlikte genel kuralın aksine arama emri veya kararı olmadan arama

⁶⁵⁷ CENTEL / ZAFER, s. 432.

⁶⁵⁸ GÖZLER, Kemal, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, Anayasa Yargısı 19 Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 49, Falez Otel Antalya 22-26 Nisan 2002, s. 345.

⁶⁵⁹ GÖZLER 3 Ekim, s. 345.

⁶⁶⁰ ÜZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1. Bası, 2004 İstanbul, s. 94.

⁶⁶¹ AYM, E. 2003/29, K. 2006/24, K.T. 22.02.2006, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/genel-kurul-e-2003-29-k-2006-24-t-22-2-2006>, E.T.: 08.01.2018.

⁶⁶² ÖZBEK 1999, s. 32-33.

yapılabilecek haller de vardır. Bu haller AÖAY’inde sayılmıştır. Konu, ayrı bir başlık altında detaylı bir şekilde değerlendirilecektir.

Yetkili amir, usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya emrini, aramayı yapacak olan kolluk personeline sözlü emirle bildirir. Kolluk da bu sözlü emri derhal yerine getirir. Kolluk bu emrin yazılı olarak verilmemesi sebebiyle emri yerine getirmekten kaçınamaz. Emrin yerine getirilmesinin sorumluluğu, emri veren amire aittir (AÖAY m. 20). Kolluk amirinin önleme araması yapmak için kendiliğinden emir verme yetkisi bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere kanun idari nitelikteki önleme aramalarında savcayı yetkilendirmemiştir⁶⁶³.

5. ÖNLEME ARAMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Önleme araması çeşitli kanun ve yönetmeliklerde düzenlenmiş olup bu başlık altında önleme aramasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir

5.1. 2709 Sayılı 1982 Anayasası

3 Ekim 2001 tarihli 4709 sayılı Kanunun 2. maddesi ile Anayasa m. 13’de var olan genel sınırlama sebepleri kaldırılarak temel hak ve özgürlüklerde yapılacak sınırlamanın ancak ilgili maddelerde belirtilen sebeplere dayanabileceği hükme bağlanmıştır. Değişiklik öncesinde önleme aramasının anayasal kaynağı Anayasa’nın 13. maddesi olup arama, hâkim kararı olmadan mülki amirin emri ile de yapılabiliyordu⁶⁶⁴.

Arama işlemi Anayasa’nın 20 ve 21. maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa’nın özel hayatın gizliliği başlıklı 20/2’ye göre “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ...*” sebeplerinden bir ya da birden fazlasına dayanılarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı doğrultusunda kişilerin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranabilir. Aynı sebeplerle karşı karşıya kalınmış ve buna ek olarak gecikmesinde sakınca olan bir hal var ise kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri

⁶⁶³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2013, s. 1130; 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17. Maddesinde savcıya önleme araması yaptırma emri verme yetkisi tanınmaktaydı. Fakat 5607 sayılı yeni Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu savcılara bu yetkiyi vermemiştir.

⁶⁶⁴ ÖZBUDAK, s. 30-31.

ile arama yapılması mümkündür. Arama yetkili merciin kararı doğrultusunda icra edilmiş ise bu karar yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur.

Anayasa'nın 21. maddesinde ise “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ...*” sebeplerinden bir ya da birden fazlasına dayanılarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı doğrultusunda kişilerin konutuna girilerek arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Aynı sebeplerle karşı karşıya kalınmış ve buna ek olarak gecikmesinde sakınca olan bir hal var ise kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile de kişilerin konutuna girilerek arama yapılabilmesi mümkündür. Arama yetkili merciin kararı doğrultusunda icra edilmiş ise bu karar yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bazı yazarlara göre hukukumuzda konutta iş yerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılması yasak olduğu için sadece Anayasa'nın 20. maddesi önleme aramasının anayasadaki dayanağını oluşturur⁶⁶⁵. Hukukumuzda, PVSK m. 9/5 uyarınca konutta iş yerinde ve eklentilerinde önleme aramasının yapılması yasak olup, Anayasa'da adli arama önleme araması ayrımı yapılmamış olup; Anayasa'da bahsi geçen yerlerde önleme aramasının yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ayrıca bu görüşün kabul edilmesi halinde PVSK m. 20'nin anayasal dayanağı ortadan kaldırılmış olur. Bu nedenle kanaatimizce Anayasa ile ortaya konulan genel çerçeveye; konutta, iş yerinde ve eklentilerinde yapılan önleme araması da dahildir. Normlar hiyerarşisi gereği, Anayasa'daki tüm düzenlemeler, mahiyeti uygun düştüğü ölçüde arama işlemine dayanak teşkil edebilir.

5.2. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

Devletin suç karşısındaki görevi, iki yönlüdür. Devlet, öncelikle suçun işlenmesini önlemeye çalışır. Bu noktada başarılı olunamamış ve suç işlenmiş ise artık suç oluşturan eylemin aydınlatılarak faillerin cezalandırılmasına yönelik faaliyetler devreye girer. 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanunu 1. maddesi ile içişleri bakanı, ülkenin genel emniyet ve asayişini sağlamakla görevlendirilmiştir. İçişleri bakanı bu görevi yerine getirirken Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı,

⁶⁶⁵ AKDEMİR, s. 46; Karşı görüş; ÖZBEK İzmir Şerhi, s. 394.

gerek duyulması halinde tüm zabıta teşkilatı ve Cumhurbaşkanı kararı ile ordu kuvvetlerinden yardım alabilir.

Devlet, suçun önlenmesine ilişkin tedbirlerin çoğunu PVSK'da düzenlemiştir. Suç sonrasında başvuru adli tedbirler ise genel olarak CMK'da düzenlenmiştir⁶⁶⁶. PVSK m. 1/1 ile polisin halkın can ve mal güvenliği ve özgürlüklerini koruma görevi düzenlenmiştir. Bu görevin bir neticesi de suç işlenmesini önlemektir. PVSK sadece polisleri değil, jandarmayı⁶⁶⁷ ve tüm genel kolluk kuvvetlerini bağlayan genel bir kanundur⁶⁶⁸. PVSK m. 2'de polisin genel emniyetle ilgili görevleri iki kısma ayrılmıştır. Bu görevlerin ilk kısmını, mevzuata aykırı davranışların ve kamu düzeninin bozulmasını önleme; ikinci kısmını ise işlenmiş suçlar hakkında CMK hükümleri doğrultusunda işlem yapmak oluşturmaktadır. Kamu düzeninin bozulmasını önlemekle görevli olan polis, bunu gerçekleştirirken, insan haklarını ihlal etmemelidir. Bunun için polisin günlük devlet politikalarından arınmış, hukukun temel ilkelerinin benimsendiği iyi bir eğitim alması gerekir. Böylelikle polisin insan haklarının karşısında değil, yanında ve koruyucusu olarak yer almasını sağlayacaktır⁶⁶⁹. Suç öncesinde yer alan tehlike hallerini tek tek sayarak, polise sadece sayılan bu hallere müdahale etme yetkisi vermek mümkün değildir. Polis önleme amacıyla hangi olaya müdahale edeceğini, kanunlarla çizilen çerçeve içerisinde kalarak, aldığı eğitim doğrultusunda kişisel tecrübesi ve mesleki bilgisi ışığında yapacağı tespit ile belirlemelidir⁶⁷⁰.

Genel kolluk ifa ettiği göreve göre idari kolluk (suç öncesi kolluk) ve adli kolluk (suç kolluğu) olarak ikiye ayrılmaktadır⁶⁷¹. Ayrım, görev alanının belirlenmesi açısından yapılmakta olup, idari ve adli kolluk olarak ayrı teşkilatlar bulunmamaktadır⁶⁷². Kolluğun suç öncesi görevi olan idari görevleri üçe ayrılır. Bunlar koruma, önleme ve yardımdır⁶⁷³. Kolluğun önleme görevine hizmet eden

⁶⁶⁶ ERYILMAZ 2012, s. 417-418.

⁶⁶⁷ YURTCAN CMK, s. 399.

⁶⁶⁸ GÜNDOĞAN / KOÇ / ÖZBUDAK, s. 109.

⁶⁶⁹ SOKULLU AKINCI, Füsün, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, Gümüş Basımevi, İstanbul 1990, s. 102.

⁶⁷⁰ SOKULLU AKINCI 1990, s. 106.

⁶⁷¹ YENİSEY Hazırlık Soruşturması, s. 167.

⁶⁷² KUNTER 1986, s. 717.

⁶⁷³ YENİSEY Hazırlık Soruşturması, s. 173; KUNTER 1986, s. 716.

önleme araması PVSK'da düzenlenmiştir. Önleme araması PVSK'ya ilk kez 2002 yılında girmiş, 2007 yılında yapılan değişiklikle de açıkça düzenlenmiştir⁶⁷⁴. Önleme araması PVSK m. 9'da tanımlanmıştır. Maddeye göre önleme araması ile tehlikenin gerçekleşmesi veya suç işlenmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Önleme aramasının icrası için sulh ceza hâkiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emrin varlığı aranır. Önleme araması ile kişilerin üstleri, araçları, özel kâğıtları ve eşyaları aranabilir.

PVSK m. 9/5 ile konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılması yasaklanmıştır. Bu kurala, PVSK m. 20 ile istisna getirilmiştir. Madde "*Zabıta, imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir. ...*" şeklindedir. Maddede zabıta ifadesi kullanılmış olup, 3201 sayılı ETK m. 3 ile zabıta teşkilatının hangi kolluk birimlerini kapsadığı açıklanmıştır. Buna göre zabıta teşkilatı genel ve özel olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Genel zabıta polis ve jandarmadan oluşmakta olup özel zabıta ise genel zabıta dışında kalan ve özel kanunlarına göre teşekkül edip belirli vazifeleri gören zabıta kuvvetlerini ifade etmektedir.

PVSK ile önleme aramasının yer aldığı çeşitli kanunların nasıl uygulanacağı AÖAY ile detaylı olarak düzenlenmiştir. AÖAY'indeki önleme aramasına ilişkin düzenlemeler çalışma içerisinde detaylı şekilde ele alınmış olup bu bölümde AÖAY hakkında ayrıca bir başlık açılmamıştır. Önleme araması, PVSK'da tanımlanarak hangi hallerde nerelerde yapılabileceği ya da yapılamayacağı düzenlenmiştir. PVSK'da önleme aramasına ilişkin yer alan düzenlemelere çalışmada ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

5.3. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu

Jandarma, genel kolluk içerisinde yer almakta olup emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlamakla görevlidir (2803 sayılı Kanun m. 3). Jandarma

⁶⁷⁴ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1036.

Genel Komutanlığı, İçişleri Bakanlığına bağlıdır (2803 sayılı Kanun m. 4). Jandarmanın teşkilat, görev ve yetkilerinin düzenlendiği 2016/9741 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 42. maddesine göre Jandarma, mülki ve adli görevlerinin ifası sırasında polisin sahip olduğu yetki ve sorumluluklara sahiptir. Görevini 2803 sayılı Kanun, PVSK ve CMK ile diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde yerine getirir.

Jandarmanın görevleri; mülki, adli ve askeri görevleri olarak üçe ayrılır. Mülki görevleri; "... *Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak, ...*" şeklinde sıralanmıştır. Jandarmanın adli görevleri, suç işlendikten sonraki aşamalara ilişkin olarak kanunlarca verilen görevlerden oluşur. Askeri görevleri ise kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle verilen askeri hizmetleri yerine getirmek şeklinde kendini gösterir (2803 sayılı Kanun m. 7). Emniyeti, kamu düzenini sağlamak, suç işlenmesini önlemek, kolluğun mülki görevleri arasında sayılmıştır. Önleme araması ise jandarmanın mülki görevlerini yerine getirmek için başvurabileceği yöntemler arasında yer almaktadır.

Jandarma ve polisin görev sahaları birbirinden farklıdır. Polisin görev sahası olan il ve ilçe belediye sınırları dışında kalan yerler ile polis teşkilatı bulunmayan yerler; jandarmanın görev sahasını oluşturur. Hizmet gereklerine göre bu kuralın aksine bir düzenleme yapılması mümkündür (2803 sayılı Kanun m. 10/1).

31.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 6 ile 2803 sayılı Kanunda önleme aramasına ilişkin olarak 15/A maddesi eklenerek değişiklikler yapılmıştır. 2803 sayılı Kanunun 15/A⁶⁷⁵ maddesinde Erbaş ve erlerin üst ve eşya

⁶⁷⁵ 2803 sayılı Kanunun m. 15/A "*Tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkimi kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri üzerine, jandarma hizmet binaları ve eklentilerinde, askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erlerin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranır, gerekli tedbirler alınır, suç delilleri koruma altına alınarak 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre gerekli işlemler yapılır.*

Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun, gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Arama kararında veya emrinde; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı ile yapılacağı yer, zaman ve geçerli olacağı süre belirtilir.

aramaları usulü düzenlenmiş olup düzenleme PVSK ile benzer hükümler içermektedir. PVSK'da gecikmesinde sakınca olan hallerde önleme araması emri verme yetkisinin mülki amirde olduğu düzenlenmekle 2803 sayılı Kanunda bu yetki jandarma hizmet binaları ve eklentilerinde, askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erlerin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranmasında birlik komutanı veya kurum amirine verilmiştir.

2803 sayılı Kanunun uygulanmasını göstermek için 2016/9741 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği çıkarılmıştır (2803 sayılı Kanunu m. 24). Bu nedenle iki düzenlemeyi birlikte değerlendirmek gerekir. 2016/9741 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 47. maddesinde önleme araması düzenlenmiştir. Maddeye göre jandarma tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla önleme araması yapılabilir. Jandarmanın önleme araması yapabilmesi için usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emrinin bulunması gerekir. Yönetmeliğe göre; spor karşılaşmasında, önceden haber verilerek topluluk oluşması veya aniden topluluk oluşması hallerinde gecikmesinde sakınca olan halin var olduğu kabul edilmektedir (2016/9741 sayılı Yönetmelik m. 47/6). Bu durumlarda mülki amirin vereceği yazılı izin ile önleme araması yapılabilir. Jandarma tarafından yapılacak olan aramanın konusunu; kişilerin üstleri araçları, özel kâğıtları ve eşyaları oluşturmaktadır (2016/9741 sayılı Yönetmelik m. 47/1).

Jandarma önleme araması yapabilmesi için gerekli olan makul sebepleri arama talep yazısı ile bildirir. Arama talep yazısına istinaden düzenlenecek olan arama kararı/emrinin içeriğinde; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, aramanın yapılacağı yer, zaman ve süresinin belirtilmesi gerekir (2016/9741 sayılı Yönetmelik m. 47/3). İlgili yönetmelik ile jandarma tarafından yapılacak olan önleme aramasının nerelerde yapılabileceği de düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre jandarma⁶⁷⁶;

Aramanın sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir.

Konutta ve yerleşim yerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.”

⁶⁷⁶ 2016/9741 sayılı Yönetmelik m. 47/4.

a) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,

b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,

c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,

ç) İdarecilerinin talebiyle ve mevzuatta yer alan usul ve şartlara uygun olarak yükseköğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında,

d) Umumi veya umuma açık yerlerde,

e) Her türlü toplu taşıma araçları ile seyir halindeki taşıtlarda,

Önleme araması yapılabilir.

Önleme aramasının yapılamayacağı yerler, yönetmelikle ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre konut, yerleşim yeri ve kamuya açık olmayan işyerleri ve eklentileri önleme araması yapılamayacak olan yerlerdir (2016/9741 sayılı Yönetmelik m. 47/5). Yönetmeliğin 48. maddesinde PVSK m. 20 doğrultusunda bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre ağır ve muhakkak bir tehlikeden korunmak için ya da bir suçun işlenmesine veya işlenmekte olan bir suçun devamına engel olmak için, konutlara, işyerlerine ve eklentilerine girilerek arama yapılması mümkündür.

Jandarma tarafından güvenliği sağlanan bina veya tesislere girmek isteyen kişilerin üstü, eşyası veya aracı bir emir ya da karar olmadan aranabilir. Bu şekilde yapılacak olan aramalarda uluslararası anlaşmaların hükümleri saklıdır (2016/9741 sayılı Yönetmelik m. 47/7).

2016/9741 sayılı Yönetmelik m. 46/6'da "... Ancak el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması, Bakanlık tarafından belirlenen esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir. ..." şeklinde olup mülki amirin yazılı emriyle arama yapılması Anayasa'ya aykırıdır.

Önleme araması bittikten sonra, aramanın sonucu, arama kararı veya emrini veren mercii ya da makama bir tutanakla bildirilir (2016/9741 sayılı Yönetmelik m. 47/8). Görüldüğü gibi 2803 sayılı Kanun ve 2016/9741 sayılı Yönetmelik'te yer alan önleme aramasına ilişkin düzenlemeler PVSK ve AÖAY ile benzer hükümler içermektedir. Bu da jandarmanın görev sahası olarak belirlenen alanda polisin boşluğunu doldurmasından kaynaklanmaktadır.

5.4. 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu

İl genel idaresinin başı ve mercii, validir (5442 sayılı Kanun m. 4/1). 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/A maddesinde vali; suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gerekli tedbirleri almakla görevlendirilmiştir. Aynı kanunun 11/C maddesinde, vali, il sınırları içerisinde kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisinin kullanılması konusunda görevlendirilmiştir. Devlet, bu görevin ifası için genel ve özel kolluk görevlilerini istihdam etmektedir. Yine aynı kanunla vali tarafından alınan tedbirlere uymayanların, Kabahatler Kanununun 32. maddesi uyarınca cezalandırılacağı ve toplumsal olayların ortaya çıkmasına sebep olanların şartları oluşmuşsa, 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilecekleri hükme bağlanmıştır (5442 sayılı Kanun m. 66/1). AÖAY m. 4 uyarınca illerde gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılması halinde önleme araması emri vali tarafından verilir.

İlçe genel idaresinin başı ve mercii kaymakamdır (5442 sayılı Kanun m. 27/1). İlçelerde kaymakam genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir (5442 sayılı Kanun m. 32/A). Kaymakam ilçede suç işlenmesini önlemek kamu düzen ve güvenliğini korumak için kolluk kuvvetlerini istihdam etmekle görevlidir (5442 sayılı Kanun m. 32/A). Kaymakam bu görevini önleyici kolluk yetkisini kullanarak yerine getirir (5442 sayılı Kanun m. 32/Ç). AÖAY m. 4 uyarınca ilçelerde gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılması halinde önleme araması emri kaymakam tarafından verilir.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu Ek m. 1⁶⁷⁷ ile hava alanlarına girişte yapılan önleme aramaları düzenlenmiştir. Maddeye göre sivil hava meydanları, limanlar ve

⁶⁷⁷ 29.08.1996 Tarihli 4178 sayılı Kanun m. 2.

sınır kapılarında, güvenliğin sağlanmasından Vali sorumludur. Vali, güvenliğin sağlanması ve kamu düzeninin gerekli kıldığı durumlarda (Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile Gümrük Kanunu'nun arama ile ilgili hükümleri saklı kalmak üzere) sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaları, uçakları, gemileri ve her türlü deniz ve kara taşıtlarını, giren çıkan yolcular ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin üstlerini, araçlarını ve eşyalarını aratabilir. Arama emri yazılı olarak verilir. İvedi durumlarda sözlü olarak arama emri verilebilir. Sözlü olarak verilen arama emri derhal yerine getirilir. Sözlü olarak verilen arama emri en kısa zamanda yazılı olarak teyit edilir. Elektromanyetik aygıtlar ve dedektör köpekleri aracılığıyla tarama şeklindeki denetimler yapılabilir. Düzenlemeye göre bu şekilde gerçekleştirilen denetimler için hâkim kararına ihtiyaç yoktur⁶⁷⁸ (AÖAY m. 18/i). Yönetmelik hükmü ile mülki amirin vereceği yazılı izin doğrultusunda arama yapılabilir. PYSK'da ise doğrudan mülki amirin emri ile arama yapılması düzenlenmemiştir. Yönetmelik, PYSK ve Anayasa ile bu açıdan çelişmekte olup hüküm Anayasa'ya aykırıdır⁶⁷⁹. Keza PYSK 4A/6 fıkrasına eklenen *"...kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir..."* ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 2015/41 E. 2017/98 K. 04.05.2017 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Mahkeme, düzenlemeyi Anayasa'ya m. 20 ile benimsenen; aramanın, hâkim kararı yahut gecikmesinde sakınca olan hallerde mülki amirin yazılı emriyle yapılabileceği yönündeki hükmüne aykırı bularak iptal etmiştir. İptal kararının iki yönü vardır. Bunlardan ilki; kolluk amirinin Anayasada arama emri verebilecek merciler arasında sayılmamış olması, bir diğeri ise sözlü emir ile aramanın mümkün olmamasıdır. Anayasa mahkemesinin benzer nitelikli bir düzenlemeye ilişkin verdiği bu iptal kararı da düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunun bir diğeri göstergesidir. YALÇIN burada Anayasa'nın doğrudan uygulanabilen hükmü nedeniyle İl İdare Kanununun Ek 1. maddesinin artık uygulanamayacağı görüşündedir⁶⁸⁰. Madde, her ne kadar açıkça

⁶⁷⁸ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 291.

⁶⁷⁹ AYDIN 2012, s. 111; ÜZELTÜRK, s. 88

⁶⁸⁰ YALÇIN, s. 65.

Anayasa'ya aykırı da olsa Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilene ya da konuya ilişkin yeni bir düzenleme yapılana kadar uygulanmaya devam edilmesi gerekmektedir.

5.5. 6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun

6222 sayılı Kanun ile “... müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında spor alanları ile bunların çevresinde, taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında şiddet ve düzensizliğin önlenmesi...” amaçlanmaktadır (6222 sayılı Kanun m. 1). Kanunun uygulanmasına ilişkin olarak 2012/4018 Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik⁶⁸¹ 22.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

6222 sayılı Kanunun 3/1-g maddesinde spor alanının tanımı yapılmıştır. Spor alanları; spor müsabakalarının veya antrenmanların gerçekleştirildiği alanlar ile seyircilere ait seyir alanları, sporculara ait soyunma odası ve 6222 sayılı Kanunun uygulanması kapsamında spor yapmaya elverişli alanlardır. Genel kolluk ile genel kolluğun gözetimi altında özel güvenlik görevlileri müsabaka güvenliğini sağlamak için gerekli işlemleri yapabilir. Kanunun 12. maddesinde spor alanlarına sokulması yasak olan maddeler⁶⁸² sayılmış olup, spor alanına girişte izleyicilerin üstü ve eşyası teknik cihazlarla ve gerektiğinde el ile kontrol edilebilir, aranabilir. Bu işlemlerin yapılabilmesi için mülki amirin yazılı emri yeterlidir (6222 sayılı Kanun m. 12/2). PVSK m. 9/6 uyarınca spor karşılaşmalarında gecikmesinde sakınca bulunan hal olduğu kabul edilmektedir. Bu karine nedeniyle spor karşılaşmalarında önleme araması yapılabilmesi için hâkim kararının aranmaması PVSK'daki düzenlemeye

⁶⁸¹ RG. 22.12.2012/28505, No.: 2012/4018.

⁶⁸² 6222 sayılı Kanun m. 12/1 “*Spor alanlarına;*

- a) Ruhsatlı dahi olsa ateşli silahlar ile esasen bulundurulması yasak olan diğer silahların,
- b) Esasen bulundurulması yasak olmamakla beraber kesici, ezici, bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddelerin,
- c) Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve ilgili spor federasyonlarının belirlediği esaslara aykırı olarak alkollü içeceklerin, sokulması yasaktır.”

uygundur⁶⁸³. AÖAY m. 23/2’de ise “...*Spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde, müsabakayla ilgili olarak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hâllerde mülki âmirin yazılı izni ile ...*” üst aramasının yapılabileceği düzenlenmiştir. Kanun spor salonunun tanımını ayrıca yapmamakla birlikte spor alanının tanımına bakıldığında spor salonu da bir çeşit spor alanıdır. AÖAY m. 23/2’de “*stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde*” arama yapılabilmesi için hâkim kararının varlığı aranmış, 6222 sayılı Kanun m. 12/2’de “*spor alanına girişte*” hâkim kararı olmadan mülki amirin yazılı emri ile arama yapılabileceği düzenlenmiştir. İki düzenleme bu açıdan birbirleriyle çelişmektedir.

Genel kolluk görevlileri ve özel güvenlik görevlileri spor müsabakası öncesinde, esnasında ve sonrasında spor alanının çevresinde ve müsabakanın yapılacağı yer gidiş ve geliş güzergâhında, taraftarların üzeri ve eşyasını, PVSK’da düzenlenen önleme araması hükümleri çerçevesinde arayabilir (6222 sayılı Kanun m. 12/3). Maddenin ikinci fıkrasında, izleyici kelimesi tercih edilirken, üçüncü fıkrasında taraftar kelimesi tercih edilmiştir. Bu farklılık, maddenin uygulama alanlarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre üçüncü fıkrada sayılan yerlerde bulunmakla birlikte taraftar sıfatını taşımayan kişilere yönelik olarak gerçekleştirilen önleme aramasının, bu maddeye istinaden gerçekleştirilmesi halinde arama hukuka aykırı olur⁶⁸⁴.

Yapılan üst araması neticesinde 6222 sayılı Kanunun amacına aykırı madde ve cisimler bulunmuş ise bunlar geçici olarak koruma altına alınır (AÖAY m. 23/2). Koruma altına alınmanın geçici olması bu madde ve cisimlerin karşılaşma sonunda zilyedine geri verilmesini gerektirir. Kişiler arama yapılmasını kabul etmez veya geçici olarak koruma altına alınmak istenen madde ve cisimleri teslim etmezlerse spor

⁶⁸³ PVSK ile kabul edilen bu karinenin Anayasa’ya aykırı olup olmadığına ilişkin değerlendirme için Önleme Araması Kararı ve Emri başlığına bakınız.

⁶⁸⁴ 6222 sayılı Kanun m. 12:

“... (2) Müsabaka güvenliğinin sağlanması amacıyla, genel kolluk görevlileri ile bunların gözetiminde olmak üzere özel güvenlik görevlileri, mülki amirin yazılı emrine istinaden, spor alanına girişte izleyicilerin üstünü ve eşyasını teknik cihazlarla ve gerektiğinde el ile kontrol edebilir ve arayabilir. (3) Spor müsabakası öncesinde, esnasında ve sonrasında spor alanının çevresinde ve müsabakanın yapılacağı yer gidiş ve geliş güzergâhında, taraftarların üzeri ve eşyasını 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun önleme aramasına ilişkin hükümlerine göre aranabilir. ...”

alanına girişine izin verilmez⁶⁸⁵. AÖAY m. 25/2 de aynı doğrultudadır. Yapılan arama neticesinde suç unsuruna rastlanır ise CMK hükümlerine göre hareket edilmesi gerekir.

5.6. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu

5607 sayılı Kanunun amacı 1. maddesinde “...*kaçakçılık fiilleri ve yaptırımları ile kaçakçılığı önleme, izleme, araştırma usûl ve esaslarını belirlemektir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Kaçakçılığı önleme, izleme ve araştırmakla görevli olanlar ise m. 19/1’de “... *Mülkî amirler, Gümrük Müsteşarlığı personeli ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı personel ...*” olarak sayılmıştır.

5607 sayılı Kanun m. 9/1⁶⁸⁶’de adli arama ve buna istinaden gerçekleştirilen elkoyma, m.9/2-3⁶⁸⁷’de ise önleme araması ve buna istinaden yapılan elkoyma düzenlenmiştir. AÖAY m. 8/e-1/2⁶⁸⁸ uyarınca 5607 sayılı Kanun m. 9/2-3 maddeleri kapsamında arama yapabilmek için hâkim kararı veya mülki amir emri alınmasına gerek yoktur⁶⁸⁹. Görüldüğü gibi 5607 sayılı Kanun kapsamında arama yapılmasına gümrük memurları ya da aramanın yapılacağı yerdeki yetkili memurlar karar vermektedir.

⁶⁸⁵ AYDIN 2012, s. 129.

⁶⁸⁶ 5607 sayılı Kanun m. 9/1 “Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüpheli edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalar, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirilir. ...”

⁶⁸⁷ 5607 sayılı Kanun m. 9/2-3 “(2) Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.

(3) Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.”

⁶⁸⁸ AÖAY m. 8-e) “(1) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında,

2) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında.”

⁶⁸⁹ AÖAY’nin 5607 sayılı Kanuna yaptığı gönderme ile kabul edilen bu istisna Anayasa’ya aykırı olup detaylı bilgi için Hâkim Kararı Olmaksızın Arama Yapılabilen Haller başlığında bakınız.

5.7. 5253 Sayılı Dernekler Kanunu

Dernek; kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını ifade eder (5253 sayılı Kanun m. 2/a)

AÖAY m. 19/2-j maddesinde dernekler veya eklentileri önleme araması yapılabilecek yerler arasında sayılmıştır. 5253 sayılı Kanunun, 20. maddesinde derneklerde yapılacak önleme aramasının usulü düzenlenmiştir. Maddeye göre derneklerde önleme araması yapılabilmesi için kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerinden birinin gerçekleşmesi gerekir. Önleme araması yapılabilmesi için hâkim kararının varlığı aranmakta olup, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülkî idare amirinin yazılı emri ile önleme araması yapılabilir. Önleme araması kolluk tarafından icra edilir. Mülkî idare amirinin kararına istinaden elkoyma işlemi gerçekleşmiş ise karar yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklaması gerekir. Bu süre sonunda hâkim kararını açıklamamış ise el koyma kendiliğinden kalkar. Hâkimin kararı, mülkî idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur.

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 121. maddesine göre Dernekler Kanunu'nun ve dernekler hakkında uygulanan kanunların, 2820 sayılı Kanunun içeriğine aykırı düşmeyen hükümleri, siyasi partiler hakkında da uygulanabilir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 80. madde de benzer bir düzenleme mevcuttur. Anılan kanunlardaki Dernekler Kanunu'na yapılan gönderme nedeniyle dernekler için öngörülen önleme araması usulü, siyasi partiler ve sendikalar hakkında da uygulanır.

5.8. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

Hükümlü ve tutukluların muhafaza edildikleri hücrelerde arama yapılması iki menfaatin çatışması sonucunu doğurmaktadır. Bu menfaatler, kurumun güvenliği ve aramaya maruz kalan kişinin özel hayatın gizliliği hakkıdır. Ceza infaz kurumunda

bulunan kişinin özgürlük hakkı kısıtlanmıştır. Bu kişinin diğer haklarının infaz kurumunun güvenliği ve tedbirin amacı doğrultusunda kısıtlanması mümkündür⁶⁹⁰.

5275 sayılı Kanunun 36. maddesinde, ceza infaz kurumlarında yapılacak olan aramanın şartları düzenlenmiştir. Maddeye göre kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında yapılacak olan arama, aramaya maruz kalacak kişilere haber vermeksizin yapılabilir. Buna ek olarak bu kurumlarda zorunlu olarak her ay bir kez arama yapılması gerekmektedir (5275 sayılı Kanunun m. 36/1). Aramalar iç güvenlik tarafından icra edilir. İhtiyaç halinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle diğer kamu görevlileri de aramalara katılabilir (5275 sayılı Kanunun m. 36/2). Nakil edilecek hükümlüler nakilden önce aranır (5275 sayılı Kanunun m. 53/2). Aramaya karşı çıkılması ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılması yaptırımına tâbi bir disiplin suçudur (5275 sayılı Kanunun m. 43/b).

İnfaz kurumuna, hakkında bulunan hapis cezasının infazı için gönderilen kişiler, üstleri ve eşyaları arandıktan sonra kabul odalarına konulmaktadır (5275 sayılı Kanunun m. 21/1). 5275 sayılı Kanunun 86. maddesi ile ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar düzenlemiştir. Buna göre ceza infaz kurumuna giren kişilerin (kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri de bu kapsamdadır), duyarlı kapıdan geçmeleri gerekir. Bu kişilerin üstleri metal dedektörle aranır. Eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir. Şüpheli bir durumla karşılaşılması hâlinde el ile arama yapılır. Hâkim, Cumhuriyet savcıları, avukatlar, mülki amirler, milletvekilleri gibi kanunda sayılan bazı kişilerin üstleri elle aranmaz. Bu durumun istisnası, ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlinin mevcut olmasıdır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli mevcut olmamakla birlikte; duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi durumunda, bu kişiler elle aranmayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Girişte yapılan bu aramaya ek olarak, ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır (5275 sayılı Kanunun m. 86/3).

Yapılan bu arama neticesinde konusu suç teşkil etmemekle birlikte ceza infaz kurumlarına sokulması yasak olan her türlü eşya muhafaza altına alınır. Muhafaza altına alınan bu eşya, çıkışta zilyedine geri verilir (5275 sayılı Kanunun m. 86/5).

⁶⁹⁰ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1045.

Ziyaret veya görüş öncesi ve sonrasında hükümlüler, ayrı yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tâbi tutulurlar (5275 sayılı Kanunun m. 86/6).

5275 sayılı Kanunda, farklı durumlarda uygulanabilecek rutin önleme aramaları düzenlenmiştir. Kanunda benimsenen bu tür rutin önleme aramalarının Anayasa'ya aykırı olmadığını⁶⁹¹ düşünen yazarların yanı sıra, soyut bir tehlikenin varlığının kabulüyle, hâkim kararı olmadan gerçekleştirilen rutin önleme aramalarının, Anayasa'da bu tür bir uygulamaya ilişkin düzenleme bulunmadığı için Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünen yazarlar da vardır⁶⁹². Kanaatimizce, ceza infaz kurumlarında rutin önlem araması yapılması işin özüne uygun olmakla birlikte Anayasa'ya aykırı bir uygulamadır.

Ceza infaz kurumlarında adli arama yapılması gerekirse artık CMK hükümlerine göre hareket edilerek hâkim kararı ile aramanın gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁹³ (CMK m. 116).

5.9. 2935 Sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu

Anayasa m. 119⁶⁹⁴'da belirtilen hallerde cumhurbaşkanınca olağanüstü hâl ilan edilebilir. Olağanüstü halin devamı boyunca Anayasa m. 15 doğrultusunda temel hak ve hürriyetler sınırlandırılabilir veya geçici olarak durdurulabilir (AN. m. 119/5). Buna göre milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl etmemek, ölçülü olmak kaydıyla temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi mümkündür. Temel hak ve özgürlükleri için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir (AN. m. 15/1). Görüldüğü gibi olağanüstü hâllerde, arama işlemine ilişkin yapılan düzenlemelerde Anayasa ile getirilen güvenceler, m. 15'de belirtilenlere uygun olmak kaydıyla kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılabilir.

⁶⁹¹ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1045.

⁶⁹² CENTEL / ZAFER, s. 433.

⁶⁹³ YENİSEY / NUHOĞLU, s. 284.

⁶⁹⁴ AN. m. 119/1 "...savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması..."

2935 sayılı Kanunun m. 14 uyarınca olağanüstü hali uygulamak, olağanüstü hâl bir ili kapsıyorsa; il valisine, bir bölge valiliğine bağlı birden çok ilde ilan edilmesi halinde bölge valisine; birden fazla bölge valisinin görev alanına giren illerde veya bütün yurttan ilan edilmesi halinde, koordine ve iş birliği Cumhurbaşkanlığınca sağlanmak suretiyle bölge valilerine aittir. Bu yetki uyarınca Şiddet Hareketlerinde Alınacak Tedbirler başlıklı üçüncü bölüm m. 11/c bendinde düzenlenen “*Kişilerin; üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına el koymak, ...*” m. 14 uyarınca belirlenen Vali’nin yetkileri arasındadır. Bu madde ERYILMAZ’a göre Anayasa’ya aykırı olup, burada da gecikmesinde sakınca olan bir hal yok ise aramanın hâkim kararı ile yapılması gerekir⁶⁹⁵. Kanaatimizce m. 15’ uyarınca hareket edilmesi için yapılacak işlemin olağanüstü hâl ilanı sebeplerine ilişkin olmalıdır. Aksi halde arama yapılması için hâkim kararının alınması gerektiğine ilişkin genel kuralın burada da uygulanması gerekir.

430 sayılı Olağanüstü Hâl Bölge Valiliği ve Olağanüstü Hâlin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 3/d ile “*Gecikmesinde sakınca görülen hallerde zabitanın talebi üzerine veya gerek gördüğünde, yollarda, meskun mahallerde genel aramalar, özel ve tüzel kişilere ait ev, işyeri ve eklentileri ile umuma açık olmayan mahallerde aramalar yaptırabilir.*” hükmü düzenlenmiştir.

5.10. 211 Sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve 2692 Sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu

31.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7145 Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 2 ile 211 sayılı Kanunda önleme aramasına ilişkin olarak madde eklenerek değişiklikler yapılmıştır. Buna göre 211 sayılı Kanun m. 56/A’da önleme araması düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme PVSK ile aynı doğrultuda olup, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama emrinin verecek merciiye ilişkin farklılık bulunmaktadır. Buna göre gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşmış ise *askerî birlik komutanının veya askerî kurum amirinin ya da*

⁶⁹⁵ ERYILMAZ 2003, s. 155-156; Karşı görüş; AKDEMİR, s. 55.

hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri üzerine önleme araması yapılabilir.

211 sayılı Kanun m. 56/B'de ise askerî mahallere girmek veya çıkmak isteyenler, duyarlı kapıdan geçmek zorunda oldukları düzenlenmiştir. Duyarlı kapının ikaz vermesi hâlinde, metal dedektörle kontrol gerçekleştirilir. Eşyaları teknik cihazlardan ve güvenlik sistemlerinden geçirilir; aracı, teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol edilir. Şüphe hâlinde veya bu cihazların bulunmadığı yerlerde, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, kontrol elle yapılabilir. Maddede el ile kontrol edilir demekle birlikte arama terimi kullanılmamıştır. Bu nedenle burada yapılacak kontrolün arama boyutuna ulaşmaması gerekir.

31.07.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7145 sayılı Kanun m. 5 ile 2692 sayılı Kanunda önleme aramasına ilişkin olarak madde eklenerek değişiklikler yapılmıştır.

Buna göre 2692 sayılı Kanun m. Ek m. 7'de erbaş ve erlerin üst ve eşyalarına ilişkin önleme araması düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme, PVSK ile aynı doğrultuda olup, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama emrini verecek merciiye ilişkin farklılık bulunmaktadır. Buna göre gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşmış ise birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri ile önleme araması yapılabilir.

6. ÖNLEME ARAMASI SAYILMAYAN HALLER

Denetlemenin sözlük anlamı, görevin usulüne uygun yürütülüp yürütülmediğini tespit etmek amacıyla yapılan araştırmadır⁶⁹⁶. Kolluk tarafından gerçekleştirilen denetlemeler, bu yönüyle aramaya benzese de denetleme, teknik olarak arama değildir. Denetlemeye ilişkin düzenlemeler, farklı kanunlarda yer almakla birlikte; arama ile olan benzerliği nedeniyle AÖAY'inde de düzenlenmiştir⁶⁹⁷.

Denetlemeler, düzenlendikleri kanun maddesine uygun olarak gerçekleştirilmek zorundadır⁶⁹⁸. Denetimlerde amaç, toplumsal düzenin sağlanmasıdır. Denetim yapılabilmesi için somut bir tehlikenin varlığı aranmaz. Bir

⁶⁹⁶http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b853131023438.00670674; E.T.: 28.08.2018.

⁶⁹⁷ AYDIN 2012, s. 137.

⁶⁹⁸ AYDIN 2012, s. 137.

işyerinde gerçekleştirilen üretimin belirlenen standartlara uygun olup olmadığı yahut bir eğlence mekânına alınan kişilerin yaşlarının küçük olup olmadığının kontrol edilmesi denetlemeye örnektir⁶⁹⁹. Polis, denetlemeler vasıtasıyla muhtemel adli görevlerinde faydalanabileceği çeşitli bilgiler edinmektedir⁷⁰⁰.

AÖAY m. 18’de denetim yapılabilecek haller düzenlenmiş olup sayılan bu hallerde kolluk bir arama kararı ya da emri olmadan kendiliğinden denetleme yapabilir. Denetleme yapılabilecek haller burada sayılanlarla sınırlı değildir. Bu maddede düzenlenmeyen bir durum ile karşılaşılması halinde ilgili kanuna bakılarak denetleme yapılabilir⁷⁰¹. DERDİMAN, maddede kullanılan “yapılabilir” ifadesinden yola çıkarak, müsait olunması halinde mülki amirin kararıyla da maddede sayılan işlemlerin yapılabileceği sonucunun ortaya çıktığını, bu nedenle yetkinin sadece polise verilmek isteniyor ise bunun açıkça anlaşılmasını sağlayacak bir ifade tarzı ile maddenin yeniden düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁰².

AÖAY m. 18’deki düzenleme aşağıdaki gibidir.

“Aşağıda belirtilen denetimler şartları oluştuğunda kolluk tarafından kendiliğinden yapılabilir:

a) Umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılan, kişilerin tek tek veya toplu olarak eğlenmesi, dinlenmesi veya konaklaması için açılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri; gazino, pavyon, meyhane, bar, birahane, içkili lokanta, taverna ve benzeri içkili yerler; sinema, kahvehane ve kıraathane; kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zekâ geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet kafeler ve benzeri yerler ile sabit veya seyyar olarak kullanılan kara, deniz, hava ve her çeşit taşıma araçlarındaki bu tür yerlerin genel güvenlik ve asayiş yönünden denetimi,

b) Kumar oynanan umumî ve umuma açık yerler ile her çeşit özel ve resmî kurum ve kuruluşlara ait lokaller, mevzuata aykırı bir şekilde uyuşturucu madde imal

⁶⁹⁹ BIÇAK, s. 335.

⁷⁰⁰ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 175.

⁷⁰¹ AYDIN 2012, s. 137.

⁷⁰² DERDİMAN Polis Yönetimi ve Hukuku, s. 305-306.

edilen, satılan, kullanılan, bulundurulan yerler, mevzuata aykırı faaliyet gösteren genelevler, birleşme yerleri ve fuhuş yapılan evler ve yerler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlâka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler, derneklere, sendikalara, loca ve kulüplere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile benzeri kurum ve kuruluşlara ait ve yalnız üyelerinin yararlanması için açılan lokallerden, birden fazla denetim sonunda ve yazılı ihtarına rağmen, iç yönetmeliğine aykırı faaliyet göstererek umuma açık yer durumuna geldiği tespit edilenlerin denetimi,

c) Yürürlükte bulunan hükümlere aykırı olarak işletilen yerler hakkındaki işlemler ile genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satan yerlerin denetimi,

d) Kanunlardaki istisnalar saklı kalmak üzere, onsekiz yaşından küçükleri çalıştırdığından veya onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girdiğinden şüphelenilen ve açılması izne bağlı bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kiraathane gibi oyun oynatılan benzeri yerlerin denetimi,

e) Suç işlenmesini önlemek için kişilerden kimlik sorma,

f) 26/6/1973 tarihli ve 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'nda belirtilen yerlerin denetimi,

g) Motorlu araç trafik belgesi, motorlu araç tescil belgesi ve sürücü belgeleri ile 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre araçlarda bulunması gerekli eşyanın denetimi,

h) Doğal ve yapay göller ile su üstü ulaşımına imkân veren akarsularda su üstü araçlarının ve denizlerde deniz araçlarının ruhsat ve belgelerinin, su üstü araç sahip ve kullananları ile gemi adamlarının ehliyetleri, belgeleri ve deniz mevzuatında yer alan diğer belgelerinin denetimi,

i) Elektromanyetik aygıtlar ve dedektör köpekleri aracılığıyla yapılan tarama şeklindeki denetimler,

j) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 183 üncü maddesi kapsamında güruültü yapanların men edilmesi,

k) Hudut kapılarından giriş çıkış yapanların pasaport denetimleri.”

Madde incelendiğinde, denetlemelerin gerçek ya da tüzel kişilerin, umuma açık alanlarda kanunlar çerçevesinde hareket edip etmediklerinin kontrolü amacıyla yapıldığı sonucu çıkmaktadır. Denetleme yapıldığı esnada, suç işlendiği şüphesi uyandıran bir durumla karşılaşılması halinde, bu şüphe doğrultusunda doğrudan bir işlem yapılmamalı, adli makamlara haber verilmelidir. Suç şüphesine ilişkin olarak şartları oluşmuş ise adli arama yapılabilir⁷⁰³. Denetleme esnasında suç şüphesi ile karşılaşmış olsa bile denetlemeye devam edilebilir. Ancak, burada yapılan denetlemenin, suç şüphesi eksenine kaymaması gerekir. Aksi halde yapılan denetleme işlemi arama halini alabilir. Bu şekilde gerçekleştirilen aramada hukuka aykırı bir aramadır.

AÖAY m. 18/a⁷⁰⁴, da sayılan işyerleri PVSK m. 7/1⁷⁰⁵, de umuma açık istirahat ve eğlence yerleri olarak tanımlanmış ve PVSK m. 7/5⁷⁰⁶ uyarınca buraların genel güvenlik ve asayiş yönünden kolluk tarafından denetlenebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi sayılan bu işyerlerine ilişkin olarak kolluğun ayrıca bir emir ya da talimat olmadan denetleme yapabilmesi mümkündür. Bu denetlemelerin önleme aramasına dönüşmemesi gerekir.

⁷⁰³ AYDIN 2012, s. 139.

⁷⁰⁴ AÖAY m. 18/a “a) Umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılan, kişilerin tek tek veya toplu olarak eğlenmesi, dinlenmesi veya konaklaması için açılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri; gazino, pavyon, meyhane, bar, birahane, içkili lokanta, taverna ve benzeri içkili yerler; sinema, kahvehane ve kiraathane; kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zekâ geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet kafeler ve benzeri yerler ile sabit veya seyyar olarak kullanılan kara, deniz, hava ve her çeşit taşıma araçlarındaki bu tür yerlerin genel güvenlik ve asayiş yönünden denetimi, ...”

⁷⁰⁵ PVSK m. 7/1 “Kişilerin tek tek veya toplu olarak eğlenmesi, dinlenmesi veya konaklaması için açılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri; gazino, pavyon, meyhane, bar, birahane, içkili lokanta, taverna ve benzeri içkili yerler; sinema, kahvehane ve kiraathane; kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet kafeler ve benzeri yerler umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır.”

⁷⁰⁶ PVSK m. 7/5 “... Bu iş yerleri genel güvenlik ve asayiş yönünden genel kolluk tarafından denetlenir. ...”

PVSK m. 8⁷⁰⁷ uyarınca gerçekleştirilen işlemler AÖAY m. 18/b uyarınca denetleme olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, hâkim kararı olmadan icra edilebilir⁷⁰⁸. AYDIN, AÖAY m. 18/b’de sayılan durumların suç oluşturması nedeniyle burada artık denetleme yapılamayacağını, bir araştırma yapılmak isteniyorsa, adli arama vasıtasıyla yapılması gerektiğini savunmaktadır⁷⁰⁹. Suç şüphesi ile karşılaşılan durumlarda başvurulacak araştırma vasıtası, adli arama olmalıdır⁷¹⁰. Sayılan hallerin, denetleme yapılacak haller başlığı altında düzenlenmesi; araştırma yapılması için adli aramaya başvurulması gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır. Yönetmeliğe dayanılarak, adli arama yerine denetleme yoluna başvurulması, işlemi hukuka uygun hale getirmez⁷¹¹.

Denetlemelerin icrası için bir zaman kısıtlaması öngörülmemiştir. Denetlemeler, önleme aramaları gibi her zaman icra edilebilirler (AÖAY m. 31/4). Yönetmelik, bir zaman kısıtlaması getirmemekle birlikte; denetlenmek istenen yerin faaliyet saatleri göz önüne alınarak uygun bir zaman aralığında denetlemenin icrası gerekir. Örneğin m 18/d bendine istinaden yapılacak denetimin kıraathanenin açık olduğu bir zaman aralığında gerçekleştirilmesi denetim amacına daha uygundur.

⁷⁰⁷ PVSK m. 8 “Polisçe kat’i delil elde edilmesi halinde;

A) Kumar oynanan umumî ve umuma açık yerler ile her çeşit özel ve resmi kurum ve kuruluşlara ait lokaller,

B) Mevzuata aykırı bir şekilde uyuşturucu madde imal edilen, satılan, kullanılan, bulunduran yerler,

C) Mevzuata aykırı faaliyet gösteren genelevler, birleşme yerleri ve fuhuş yapılan evler ve yerler,

D) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlâka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler,

E) Derneklere, sendikalara, loca ve kulüplere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile benzeri kurum ve kuruluşlara ait ve yalnız üyelerinin yararlanması için açılan lokallerden, birden fazla denetim sonunda ve yazılı ihtar rağmen, iç yönetmeliğine aykırı faaliyet göstererek umuma açık yer durumuna geldiği tespit edilenler,

F) Her türlü denize elverişli araçlarla günübirlik tur düzenleyen veya her türlü mal ve hizmet satanlardan, müşteriye faaliyetlerini duyururken veya müşteri kabul ederken çevreyi veya müşteriye rahatsız edecek yöntemler kullananlar,

Mahallin en büyük mülki amiri tarafından otuz günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyetten men edilir. Bu maddede yazılı fiiller sebebiyle bir yıl içinde üç defa faaliyetten men edilen işyerlerinde, bu fiiller tekrar işlendiği takdirde, işyeri açma ve çalışma ruhsatları, mahallin en büyük mülki amirinin bildirim üzerine, belediye veya il özel idaresi tarafından beş iş günü içinde iptal edilir.”

⁷⁰⁸ GÜMÜŞAY, Mert, Anayasa Değişiklikleri Işığında Arama Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, s. 86-87.

⁷⁰⁹ AYDIN 2012, s. 139.

⁷¹⁰ Detaylı bilgi için Arama Kavramı başlığına bakınız.

⁷¹¹ Aynı yönde; YALÇIN, s. 73.

PVSK m. 11⁷¹² uyarına gerçekleştirilen işlemlerin denetleme kapsamında kaldığı önleme araması olarak kabul edilmediği AÖAY m. 18/c’de açıkça düzenlenmiştir⁷¹³. PVSK m. 12⁷¹⁴ uyarınca gerçekleştirilen işlemlerin denetleme kapsamında kaldığı; önleme araması olarak kabul edilmediği de AÖAY m. 18/d’de açıkça düzenlenmiştir⁷¹⁵. AÖAY m. 18’de yapılan sayma yöntemi tahdidi nitelikte olmamakla birlikte; önleme araması yapılamayan konut, yerleşim yeri ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde denetleme yapılamaz⁷¹⁶.

AÖAY m. 18/i fıkrasında “*elektromanyetik aygıtlar ve dedektör köpekleri*” kullanılarak gerçekleştirilen tarama şeklindeki denetimlerin yapılması için de arama kararı ya da emrinin varlığı gerekmemektedir. Tarama işlemi; el kullanılarak, kişinin bedenine temas edilerek yapılmaz. Bu işlemin elektronik güvenlik sistemleri aracılığıyla yapılması gerekir. Tarama da önleme araması gibi bir idari işlem olmakla birlikte önleme aramasından farklı bir işlemdir. Taramanın, önleme aramasına dönüştürülerek icra edilmesi, hukuka aykırıdır⁷¹⁷.

İdari kontroller, teknik olarak arama değildir⁷¹⁸. Evin, işyerinin yangın önlemleri gibi güvenlik tedbirleri nedeniyle kontrol edilmesinin gerekmesi halinde idari bir önlem söz konusu olduğu için hâkim kararına ihtiyaç olmadan bu kontrol

⁷¹² PVSK m.11 “*Polis*;

A) Genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları,

B) Çocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve hertürlü ahlâksızlığa yönelten ve teşvik edenleri,

C) Genel ahlâk ve edebe aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları,

Değişik bend: 03.08.2002 t. 4771 s. K. m.10

Herhangi bir müracaat veya şikâyet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal, şikâyete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikâyet ve müracaat vukubulduğu takdirde adliyeye tevdi eder.”

⁷¹³ YALÇIN, s. 72.

⁷¹⁴ PVSK m.12 “Kanunî istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde onsekiz yaşından küçükler çalıştırılmaz.

Polis bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlere yanlarında veli ve vasileri olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girmesini meneder.

Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında 17 nci, işyerleri hakkında da 6 ıncı madde hükümlerine göre işlem yapılır.”

⁷¹⁵ YALÇIN, s. 72.

⁷¹⁶ Aynı yönde; AYDIN, 2012, s. 140.

⁷¹⁷ KESKİN KIZIROĞLU, Serap, “*Arama ve Tarama*”, Güncel Hukuk Dergisi, C. 8-140, Ağustos 2015, s. 60.

⁷¹⁸ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1043.

yapılabilir⁷¹⁹. Sınırlarda yapılan güvenlik kontrolleri de bir idari kontrol türü olup hâkim kararına ihtiyaç bulunmamaktadır (5607 sayılı Kanun m. 9/2-3). Kolluk durduğu kişilere kimlik, araba durdurulmuş ise bulundurulması gereken ehliyet ve ruhsatı sorması teknik olarak arama değildir (AÖAY m. 27/4 – PVSK m. 4/A). Ayrıca 5275 sayılı Kanunun kapsamında da önleme kontrolleri düzenlenmiştir.

25117 sayılı mülga Arama Yönetmeliğinde, ilk ve orta öğretim kurumlarında öğrenim gören öğrencilere ve memurlara yönelik olarak, önleme amaçlı kontrollerin yapılabileceği benimsenmekle birlikte; Danıştay 10. Dairesi, yönetmeliğin m. 14/g-h bentlerinin 20.11.2003 tarihinde yürürlüğünü durdurmuştur. Yürürlükte bulunan Arama Yönetmeliğinde ise buna ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

7. ÖNLEME ARAMASININ YAPILABİLECEĞİ YERLER

Önleme aramasının nerede yapılacağına arama emri veya kararında açıkça belirtilmesi kanuni bir zorunluluktur (PVSK m. 9/3- AÖAY m. 20). Önleme aramasının nerelerde yapılabileceği PVSK’da, AÖAY’inde ve çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir.

PVSK m. 9/3’de önleme aramasının yapılabileceği yerler aşağıdaki gibi listelenmiştir.

a) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,

b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,

c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,

ç) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında,

d) Umumî veya umuma açık yerlerde,

⁷¹⁹ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 290; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1044.

e) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda.

PVSK ile nerede önleme araması yapılabileceği bu şekilde düzenlendikten sonra nerede önleme araması yapılamayacağı da ayrıca düzenlenmiştir. PVSK m. 9/4'de konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılması yasaklanmıştır. Önleme araması yapılabilmesi için aranan diğer şartlar gerçekleşse dahi buralarda önleme araması yapılamaz. Sayılan bu yerlerde, şartlar oluşmuş ise adli arama yapılabilir⁷²⁰.

Güvenliğin polis tarafından sağlandığı bina veya tesislerde tehlikeyi önlemek veya ortadan kaldırmak amacıyla buralara gelen kişilerin üstü, aracı ve eşyası teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol edilip aranabilir. Bu işlemler bir arama kararı ya da emri olmadan yapılabilir. Bu tür yerlere ilişkin olarak Milletlerarası anlaşmaların hükümleri saklıdır (PVSK m. 9/7). Belirtilen yerlere girmek isteyen kişiler önleme aramasına tabi tutulma ihtimallerinin olduğunun ön kabulü ile hareket etmelidir.

AÖAY m. 19/2'de önleme aramasının yapılabileceği yerler aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

a) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,

b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,

c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,

d) Öğretim ve eğitim özgürlüğünün sağlanması için her derecede öğretim ve eğitim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması olasılığı karşısında rektör, acele hâllerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri hâlinde, girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içerisinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerlerinde,

⁷²⁰ AYDIN 2012, s. 101.

e) *Umumî veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde,*

f) *Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında,*

g) *Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında,*

h) *5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde,*

i) *6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanununun 12 nci maddesi kapsamında spor müsabakası öncesinde, esnasında ve sonrasında spor alanının çevresinde ve müsabakanın yapılacağı yer gidiş ve geliş güzergâhında,*

j) *5253 sayılı Dernekler Kanununun 20⁷²¹. maddesi kapsamında, derneklerde veya eklentilerinde.*

Görüldüğü üzere maddede önleme araması yapılabilecek yerler sıra ile sayılmıştır. Önleme araması yapılabilecek yerler, yorum yoluyla genişletilerek, maddede sayılan yerlere benzer yerlerde de önleme araması yapılması mümkündür⁷²². Maddenin “c” bendinde, halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde önleme araması yapılabileceği düzenlenmiştir. Halkın toplanabileceği yerler ifadesi ile bir mekânın mı yahut yakın zamanda gerçekleşebilecek bir durumun mu ve yahut her ikisinin de mi kast edildiği açık değildir. Buna göre maddeye dayanılarak birkaç kişinin bulunduğu şehir meydanı da arama yapılabilecek yerler arasında olduğu gibi bir tarlada yakın zamanda topluluk oluşturabilecek kişilere yönelik olarak da arama yapılabilir.

Maddenin “e” bendinde umumi veya umuma açık yerlerde önleme araması yapılabileceği belirtildikten sonra öğrenci yurtları veya eklentilerinde de önleme

⁷²¹ Dernekler Kanunu m. 20 “Kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülkî idare amirinin yazılı emri bulunmadıkça, kolluk kuvvetleri, dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz. Mülkî idare amirinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. Hâkim kararı, mülkî idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur.”

⁷²² GÜMÜŞAY, s. 77; ERYILMAZ 2003, s. 163.

araması yapılabileceği düzenlenmiştir. Maddede, öğrenci yurtları umumi veya umama açık alanlar ile aynı statüde değerlendirilmiştir. Düzenleme, PVSK'na aykırı olup Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ilkesini ve yine Anayasa'nın 21. maddesi ile güvence altına alınan konut dokunulmazlığı hakkını zedelemektedir⁷²³. AYDIN'a göre 5681⁷²⁴ sayılı Kanun ile PVSK'nda yapılan değişiklikte önleme araması yapılabilecek yerler arasında öğrenci yurt ve eklentileri sayılmaması nedeniyle yönetmeliğin bu maddesi kanuna aykırı hale gelmiştir. Buralarda, PVSK m. 25/a⁷²⁵ maddesi uyarınca önleme araması yapmak mümkünken; öğrenci yurdu içinde ve yurt dolaplarında önleme araması yapmak mümkündür⁷²⁶. Kanaatimizce, bu doğru bir değerlendirme olmakla birlikte 5681 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmamış olmasaydı dahi yönetmelik hükmü Anayasa'ya aykırı niteliktedir. Konut, fiilen oturlan yeri ifade etmekte olup, ev teriminin ötesinde bir yaşam alanını ifade eder. Bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi için oranın devamlı kullanılması şart değildir⁷²⁷. Buna göre her ne kadar öğrenci yurtlarının fiziki yapıları farklı da olsa buralar, öğrencilerin konut niyetiyle kullandıkları yaşam alanlarıdır. Konutta önleme araması yapılmasındaki sakıncalar, öğrenci yurtları için de geçerlidir. Bu nedenle konutta önleme araması yapılamayacağı kuralı nedeniyle yönetmelik maddesi Anayasa'ya ve PVSK'na aykırıdır.

8. HÂKİM KARARI OLMADAN ARAMA YAPILABİLEN HALLER

Anayasa'nın 20. maddesine göre arama yapılabilmesi için hâkim kararının varlığı gerekmektedir. Hâkim kararı olmamakla birlikte gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşmış ise yetkili kılınan merciin yazılı emri ile de arama yapılabilmesi mümkündür. Önleme araması, PVSK m. 9'da Anayasa hükmü ile aynı doğrultuda düzenlenmiştir. Maddeye göre önleme araması, sulh ceza hâkiminin kararı veya

⁷²³ KESKİN KIZIROĞLU, Serap, “*Türk Hukukunda Arama ve Elkoyma*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s. 145, http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/Hukuk_Fakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2008-1-hukuk-fakultesi.pdf, E.T.: 27.08.2018.

⁷²⁴ 5681 sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 02.06.2007, Sayı: 26552, RG. Yayın tarihi: 4 Haziran 2007.

⁷²⁵ PVSK m. 25/a “Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,”

⁷²⁶ AYDIN 2012, s. 102.

⁷²⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE 2017, s. 320.

gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılmış ise mülki amirin yazılı emri ile yapılabilir. PVSK m. 20 ve AÖAY m. 25 ile bu genel kurala, hâkim kararı olmadan arama yapılabilmesini mümkün kılan istisnalar getirilmiştir.

YALÇIN, kolluğun her zaman denetleyebileceği ve girebileceği yerleri hâkim kararı olmadan arama yapılabilen haller başlığı altında incelemiştir⁷²⁸. Mülga CMUK m. 97'de (m. 96/2'ye yapılan gönderme uyarınca) polisin her zaman girebileceği yerlere örnek olarak ise her şahsın gece girebileceği yerler, suçtan elde edilen eşyanın saklandığı yerler gösterilmiştir. CMK'da bu düzenlemeye yer verilmemekle birlikte, umuma açık yerlere polis denetleme yapmak için her zaman girebilir⁷²⁹. Bir yere girilebilmesi, orada teknik anlamda arama yapılabilmesi anlamına gelmemektedir. Aksi bir kabul, Anayasa ile sağlanan korumaların işlevsiz hale gelmesine neden olur. Polisin bir mekâna girebilmesi, o mekânda şartları oluşmadan arama yapabileceği anlamına gelmemektedir.

8.1. Ağır ve Muhakkak Bir Tehlikeden Korunmak İçin Yapılan Aramalar

PVSK m. 20/1'de zabitanın; imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya devamına engel olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebileceği hükme bağlanmıştır.

Önleme araması, aleni yerlerde yapılabilen bir arama türüdür⁷³⁰. Madde ise yakın bir hayati tehlike ile karşılaşılması halinde, kolluğa hâkim kararı olmadan arama yapma yetkisi vermektedir. Kanun tarafından verilen yetkinin kullanılması nedeniyle PVSK m. 20/1 uyarınca gerçekleştirilen eylemler, TCK m. 24/1⁷³¹ uyarınca hukuka uygundur⁷³². Kolluğa PVSK ile böyle bir yetki verilmemiş olsaydı dahi kolluğun, bu şartlar altında gerçekleştirdiği aramaya ilişkin olarak TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk hali uyarınca cezai sorumluluğu yoluna gidilmemesi gerekirdi. Zaruret

⁷²⁸ Bkz.; YALÇIN, s. 78-79.

⁷²⁹ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1042.

⁷³⁰ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 285.

⁷³¹ TCK m. 24/1 "Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez."

⁷³² HAKERİ, s. 310; GÜMÜŞAY, s. 91.

halinde ağır ve muhakkak bir tehlike ile karşı karşıya kalan kişi, bundan kurtulmak için suç olan bir fiili işlemektedir⁷³³. Bu durumda, kolluk üçüncü kişi lehine zaruret halinden yararlanmaktadır. Kolluk, üçüncü kişinin tehlikeye bilerek sebep olup olmadığını araştırma yükü altında değildir. Ayrıca, tehlike ile karşı karşıya kalan kişinin yardım talebi olmasa bile kolluğun zaruret hali kapsamında hareket ettiği kabul edilmektedir⁷³⁴. Madde aynı zamanda konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılmasını yasaklayan AÖAY m. 19'un istisnası niteliğindedir. Sayılan durumlar çerçevesinde, konutta önleme araması yapılabilmesi mümkündür. Bu şekilde gerçekleştirilen önleme aramalarında arama emri ya da kararına ihtiyaç yoktur⁷³⁵. Bu şekilde gerçekleşen aramalarda, tehlikenin önlenmesi amacının gerçekleşmesinin ardından aramaya devam edilirse, işlem hukuka aykırı hale gelir. Bu noktadan sonra arama yapılmak isteniyor ise arama kararının alınması gerekir⁷³⁶. Kanaatimizce, madde başlığı ya da metninde her ne kadar arama kavramı geçmese de yapılan işlem ile özel hayata müdahale edilmesi nedeniyle işlem teknik olarak arama niteliğindedir. Konutta önleme araması yapılamayacağı yönündeki kural, önleme aramasına maruz kalan kişilerin haklarına müdahale edilmesini önlemek amacıyla kabul edilmemiştir. Madde ise önleme aramasına maruz kalan kişileri, tehlike ya da riskten koruma amacı taşımakta olup; düzenleme ile bu kişiler aleyhine hareket edilmemektedir.

Polis, PVSK m. 20 uyarınca hareket ederek ağır cezalı bir suçun işlenmesini engeller ya da suçun devam etmesini önler ise, polise PVSK m. 2 ile verilen toplumu tehlikeden koruma görevini de icra etmiş olmaktadır⁷³⁷. PVSK m. 20'ye göre gerçekleştirilen arama suçüstü hali ya da işlenmeye başlamış olan ağır cezalı bir suçun devam etmesini önlemek amacıyla yapılıyor ise burada artık önleme araması değil, adli aramanın gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

⁷³³ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA 2016, s. 498.

⁷³⁴ ÖNDER, s. 256.

⁷³⁵ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 288.

⁷³⁶ YENİSEY, Feridun, "İspat Hukuku ve "Fair Trial" İlkesi", Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial, SCHROEDER, Friedrich- Christian / YENİSEY, Feridun / PEUKERT, Wolfgang, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999, s. 173.

⁷³⁷ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1041.

8.2. AÖAY’inde Gösterilen İstisnalar

AÖAY bazı hallerde kolluğa hâkim kararı olmadan önleme araması yapma yetkisi vermektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen önleme aramasının, sonradan hâkim onayına sunulması gerekir⁷³⁸.

Hâkim kararı olmadan önleme araması yapılabilen haller, yönetmeliğin 25. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre;

“Aşağıdaki hâllerde yapılacak aramalarda ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmez:

a) Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,

b) 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ek 1 inci maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında,

c) 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanununun 11 inci maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında,

d) 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3 üncü maddesi kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasî parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, işyerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında,

e) Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında,

⁷³⁸ AYDIN 2012, s. 109.

f) 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanununun 79 uncu maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında.

Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller, buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlıdır. Kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir. Ancak, bu yerlerin ve katılanların taşıyabilecekleri özel niteliklere göre, önleme aramaları kolluk güçleri tarafından da yapılabilir.”

Maddenin “d” fıkrasında, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa gönderme yapılmış olup, 7145 sayılı Kanunun 3. maddesi ile bu kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Maddenin son fıkrasına göre kişi özel bir işletmeye, kuruma veya teşebbüslerine girişte aranmayı reddetmesi halinde, aramayı yapmakla görevli olan şahsın göz yumması, işletme sahibinin rızasıyla dahi içeri alınmamaları gerekir. Uygulamada ise maddenin bu şekilde uygulanmadığı görülmektedir⁷³⁹.

Madde ile sayılan işlemler önleme araması olarak kabul edilmekle birlikte hâkim kararı olmadan icra edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Düzenleme ile Anayasa’daki düzenlemeye istisna getirilmiştir. Yönetmelikle düzenlenen bu istisnai haller Anayasa’ya aykırılık teşkil etmektedir⁷⁴⁰. DERDİMAN’a göre madde metninde “gerekmez” ifadesi kullanılarak bir karine ortaya konulmuş olmakla; fırsat var ise ya da kolluğun gerek görmesi halinde, arama kararı ya da emri alınarak arama yapılması gerekir. Böylelikle, maddenin kötüye kullanılmasının önüne geçilir⁷⁴¹. Yönetmelikteki hukuka aykırılığın bu şekilde aşılıp çalışılması da hukuka aykırıdır. Çünkü yönetmelikteki ifade açık olup, kolluğa bu şekilde bir takdir yetkisi verilmemiştir. Düzenleme Anayasa’ya aykırı olsa da iptal edilene kadar uygulanmaya devam edilmesi gerekir.

⁷³⁹ ÖNOK, Murat, “Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar”, Ceza Muhakemesinde Güncel Konular, Editör: Nur CENTEL, On İki Levha yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 299.

⁷⁴⁰ Aynı yönde; YALÇIN, s. 81; GÜMÜŞAY, s. 93.

⁷⁴¹ DERDİMAN Polis Yönetimi ve Hukuku, s. 306.

8.3. Rızaya Dayalı Arama

Türk Dil Kurumu rızayı; “*razı olma, isteme, istek*” olarak tanımlamaktadır⁷⁴². Rıza, TCK m. 26/2’de hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlığı altında düzenlenmiştir. Maddeye göre kişiler, mutlak surette tasarruf edebilecekleri haklarına ilişkin olarak rıza açıklayabilirler. Bu rıza çerçevesinde işlenen eylemler nedeniyle kişiye ceza verilmemektedir. Maddedeki düzenlemede, ceza muhakemesi süjelerini ifade eden bir terim yerine “ilgili” ifadesinin kullanılması, önleme araması açısından önemlidir. Çünkü önleme aramasına maruz kalan kişiler henüz mağdur ya da şüpheli gibi bir ceza muhakemesi süjesi halini almamış kişilerdir. Böylelikle, TCK’ndaki düzenleme ile önleme aramasına ilişkin olarak, rızanın bir hukuka uygunluk hali olarak kabul edilmesinin önü kapatılmamıştır.

İlgilinin rızası ile ya tipiklik ya da hukuka aykırılık ortadan kalkar. Örneğin, ilgilinin rızasının bulunması, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu açısından tipikliği ortadan kaldıran bir nedendir (TCK m. 134/1)⁷⁴³. Burada rızanın varlığı tipikliğin yokluğu sonucunu doğurur⁷⁴⁴. Rıza, suçun kanuni tanımında bir unsur olarak zikredilmiş yahut rızanın varlığı suçun işlenmesini imkânsız kılıyorsa, tipikliği kaldıran rıza söz konudur⁷⁴⁵.

Rızanın varlığı her eylemi hukuka uygun hale getirmez. Bu nedenle bazı suçlar açısından rızanın varlığı eylemin hukuka uygun hale gelmesi için yeterli değildir⁷⁴⁶. Rıza bazı şartlar altında eylemi hukuka uygun hale getirmektedir. Rızanın, rızaya konu olan hareketten önce veya hareket esnasında verilmiş olması gerekir. Rıza açık, örtülü, yazılı ya da sözlü olarak açıklanabilir. Rıza açıklamaya ehil olan kişinin iradesinin sakatlanmamış olması gerekir. Bir kimsenin rıza açıklamaya ehil olabilmesi için hakkında rıza gösterilen hakkın sahibi olması ve rıza açıklama yetkisinin bulunması gerekir⁷⁴⁷. Rıza açıklayan kişinin, rızanın konusu üzerinde serbestçe tasarruf hakkı bulunmalı ve bu tasarruf; kanuna, ahlaka, adaba aykırı bir şekilde kullanılmamış

⁷⁴²http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b8cf203800277.64637322, E.T.: 03.09.2018.

⁷⁴³ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA 2016 s. 455.

⁷⁴⁴ HAKERİ, s. 357.

⁷⁴⁵ AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 481.

⁷⁴⁶ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA 2016, s. 455.

⁷⁴⁷ HAKERİ, s. 359-360-361

olmalıdır⁷⁴⁸. Kişinin özel hayat alanına girilmesine ilişkin rıza açıklamaya yetkisi bulunmaktadır⁷⁴⁹. Rıza gösterilen konu dışına çıkılmaması gerekir⁷⁵⁰. Hukuken geçerli bir rıza için muhataba kendisinden istenen şey açıkça anlatılmalı ve muhatapça bu durum anlaşılmalıdır. Muhatabın kendisinden istenen şeyi değerlendirebilecek durumda olması gerekir. Muhatabın rızası, hile, baskı, cebir, şiddet gibi hukuka aykırı yollar ile elde edilmemiş olması gerekir⁷⁵¹.

Var olduğu kabul edilen bir diğer adıyla mefruz rızanın hukuka uygunluk hali olarak kabul edilebilmesi için hâkim tarafından bir değerlendirme yapılır. Buna göre, rızasını açıklaması gereken kişinin mevcut durumu bilseydi, rızasını vermesi kuvvetli bir ihtimal ise mefruz rızasının varlığı nedeniyle eylem hukuka uygundur⁷⁵². Kanaatimizce, mefruz rıza aydınlatılmış rızanın özelliklerini taşımadığı için bu rızanın varlığına dayanılarak arama yapılması mümkün değildir. Arama kavramını açıklarken, eylemin arama olup olmadığının tespiti noktasında, özel hayat alanına müdahale edilip edilmediğinin önemli bir kıstas olduğuna değinilmişti. Bu noktadan bakınca, aramaya maruz kalan kişinin rızasının varlığının arama emri ya da kararı olmadan gerçekleştirilen eylemdeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmasının mümkün olabileceği düşünülebilir.

AÖAY'in m. 8/f fıkrasında, kişilere "içeri almama hakları" hatırlatılarak⁷⁵³ verilen rıza doğrultusunda mesken ve işyerlerinde arama kararı alınmadan arama yapılabilmesi düzenlenmişti. Danıştay 10. Dairesinin 19.01.2006 tarih ve 2005/6392 Esas sayılı kararı⁷⁵⁴ ile rıza ile arama yapılmasını düzenleyen bu fıkranın uygulamasının yürütmesi durdurulmuştur. Kararın gerekçesinde, Anayasa'nın 20 ve 21. maddelerinde yer alan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı"nın vazgeçilemez nitelikteki haklardan olduğunun altı çizilerek, bu hakların

⁷⁴⁸ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 9. Bası, C. II, İstanbul Nisan 1986, s. 79.

⁷⁴⁹ AKBULUT 2018, s. 483; HAKERİ, s. 367.

⁷⁵⁰ HAKERİ, s. 365.

⁷⁵¹ ERYILMAZ 2003, s. 191.

⁷⁵² ÖNDER, s. 261.

⁷⁵³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1078.

⁷⁵⁴ Danıştay 10. D., E. 2005/6392, K.T. 19.01.2006, [127](https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-2005-6392-k-yurutmeyi-durdurma-t-19-01-2006-supheli-ve-sanikla-ilgili-arama/232568/Dan%C4%B1%C5%9Ftay+10++Dairesinin+19+01+2006+tarih+ve+2005_6392+, E.T.: 11.04.2019.</p></div><div data-bbox=)

sınırlanmasına ilişkin kararların hâkim tarafından, Anayasa’da belirtilen hallerde verilebileceği ve bu hakların vazgeçilemez nitelikteki haklardan olması nedeniyle hakların sınırlama sebepleri arasında ilgilinin rızasına yer verilmediği de belirtilmiş olup, ayrıca kararda birey ve kolluk arasında bulunan güç dengesizliğine de değinilmiştir. Bu sebeplerle rıza ile arama yapılmasının kabulü halinde Anayasa ile getirilen korumanın etkisiz hale getireceğinden, yönetmeliğin ilgili maddesinin uygulamasının durdurulmasına karar verilmiştir. Yürürlüğü durdurulan bu madde, Danıştay 10. Dairesinin 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 E., 2007/948 K. sayılı kararı⁷⁵⁵ ile aynı gerekçelere dayanılarak iptal edilmiştir. Böylelikle hukukumuzda rıza ile aramaya ilişkin bu düzenleme kaldırılmıştır.

Danıştay kararında açıklandığı üzere aramanın Anayasa’daki düzenleniş biçimi rıza ile arama yapılmasına elverişli değildir. Anayasa m. 20’de arama işleminin gerçekleştirilmesi öncelikle hâkim kararının varlığına bağlanmıştır. Bu nedenle kanun ya da yönetmelik hükümleri ile bunun aşılması, değiştirilmesi mümkün değildir. Anayasa’daki düzenlemenin esnetilmesi halinde, rıza ile arama hukukumuzda tekrar uygulama alanı bulabilir. Anayasa’da yapılacak olan bu değişiklikten sonra, rıza ile aramaya ilişkin çözülmesi gereken bir diğer mesele ise aramaya ilişkin verilen rızanın gerçekten serbest bir rıza olup olmadığı meselesidir. Kolluk ile kişiler arasında bulunan güç dengesizliği, rızanın serbest olarak verilmediği itirazlarına yol açabilir. Ülkemizde liberal düşüncenin tam olarak anlaşılmasına bağlı olarak kişilerin özgür iradesine saygı azdır⁷⁵⁶. Buna ek olarak, TÜİK verilerine göre ülkemizde halen 2 milyon 462 bin 613 kişinin (nüfusun yüzde 4,09’u) okuma yazması bulunmamaktadır⁷⁵⁷. Yine ülkemizde milyonlar ile ölçülen bir mülteci nüfusu bulunmaktadır⁷⁵⁸. Hal böyle iken kolluk üzerine düşen her şeyi yapsa dahi muhatabın bilgi düzeyi, dil bilmemesi gibi sebeplerden dolayı aydınlatılmış, serbest irade ile verilmiş bir rızanın varlığından söz etmek mümkün olmayabilir. Bu nedenle hukukumuzda rıza ile aramanın tekrar hayata geçirilebilmesi, kanuni düzenlemelerden

⁷⁵⁵ Danıştay 10. D., E. 2005/6392, K. 2007/948, K.T. 13.03.2007, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2005-6392-k-2007-948-t-13-3-2007>, E.T.: 03.09.2018.

⁷⁵⁶ ERYILMAZ 2003, s. 191.

⁷⁵⁷ <http://www.meb.gov.tr/okuryazarlik-seferberligi/haber/15579/tr>, E.T.: 03.09.2018.

⁷⁵⁸ <http://www.unhcr.org/tr/turkiyedeki-multeciler-ve-siginmacilar>, E.T.: 03.09.2018.

ziyade toplumsal yapının rıza ile aramaya uygun bir hale gelmesine bağlıdır. Gerekli toplumsal ve hukuki zemin oluştuktan sonra kolluğa yönelik şüpheler, yapılan işlemlerin kolluğun kaskında bulunan kamera ile kayıt edilmesiyle bertaraf edilebilir. Böylelikle temel hak ve özgürlüklere riayet edilerek, topluma yönelik muhtemel risklerin önüne geçilmesi sağlanabilir.

AKSOY'a göre; rıza ile arama ile şüphelinin kendiliğinden kolluğa başvurarak suç delillerini teslim etmesi, birbirinden farklı kavramlardır. Kişiler, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek için kolluğa başvurur ve elinde bulunan çalıntı ya da gasp mallarını kolluğa teslim ederek (TCK m. 168), kolluğu evine davet edip araştırma yapılmasını talep edebilir. AKSOY'a göre bu durumda kolluktan bir talep gelmeden kişiler kendi istekleriyle özel hayatlarına müdahale edilmesine müsaade ettiği için yapılan işlem hukuka uygundur. Burada önemli olan nokta, ilk hareketin kolluktan gelmemesidir. Aksi halde yapılan işlem rıza ile arama halini alabilir. Bu durumda hukukumuzda kabul görmemektedir⁷⁵⁹. Kanaatimizce talebin işleme maruz kalan kişiden gelmesi, gerçekleştirilen işlemin arama olarak kabul edilmemesi için yeterli değildir. Bu durum sadece aramaya maruz kalan kişinin özgür iradesi ile özel hayatının gizliliğinden vazgeçtiğinin göstergesidir. Bu görüş Danıştay'ın rıza ile aramaya ilişkin vermiş olduğu 2007/948 sayılı iptal kararı⁷⁶⁰ açısından değerlendirildiğinde ise sadece iradenin serbestliğine yönelik çekinceleri bertaraf edebilecek niteliktedir. Sürecin aramaya maruz kalan kişi tarafından başlatılması, arama ile müdahale edilen hakların vazgeçilemez nitelikteki haklardan olduğunu da değiştirmemektedir. Bundan dolayı, bu şekilde yapılacak olan işlemlerin rıza ile arama olarak kabul edilmesi gerekir. Keza, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.12.2018 tarihli vermiş olduğu kararında, ihbarcı tanığın kendi konutunda arama yapılmasına ilişkin verdiği rıza doğrultusunda konutun ve konutta bulunan sanığın aranmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁷⁶¹.

Mukayeseli hukuka bakıldığında kişilere, *aratmama hakkı*⁷⁶² ve diğer haklarının bildirilmesi neticesinde oluşan serbest iradesi doğrultusunda hâkim kararı

⁷⁵⁹ AKSOY, s. 93-94.

⁷⁶⁰ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2005-6392-k-2007-948-t-13-3-2007,E.T.: 03.09.2018>.

⁷⁶¹ YCGK, E. 2016/851 K. 2018/619, K.T. 6.12.2018, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2016-851-k-2018-619-t-6-12-2018,ET.: 21.02.2019>.

⁷⁶² ERYILMAZ 2003, s. 192; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1078.

olmadan arama yapılabileceği kabul edilmektedir⁷⁶³. Aratmama hakkı, rızaya dayalı aramalarda söz konu olup hâkim kararı neticesinde yapılan aramalarda kişilerin aratmama hakkı bulunmamaktadır. Rıza doğrultusunda yapılan aramanın hukuka uygun olabilmesi için verilen rızanın geçerli bir rıza olması gerekir. Rızanın geçerli olup olmadığına, olayın koşullarına ve oluş şekline göre hâkim tarafından karar verilir⁷⁶⁴. Bu değerlendirme yapılırken, muhatabın zekâ ve eğitim durumu, akıl hastası yahut sarhoş olup olmadığı, rızasını açıkladığı esnada yakalanmış olup olmadığı, yakalanmış ise zor kullanılıp kullanılmadığı yahut kelepçesinin bulunup bulunmadığı, rızasını açıklarken tereddüte düşüp düşmediği gibi hususlar göz önüne alınır⁷⁶⁵. Arama yapılırken rıza gösterilenden başka hususta arama yapılırsa, gerçekleştirilen arama hukuka aykırı hale gelir⁷⁶⁶.

9. ÖNLEME ARAMASININ İCRASI

AÖAY'in Aramaların Yapılma Şekli başlıklı dördüncü bölümünde yer alan 27. madde ve devamında önleme aramasının nasıl icra edileceği düzenlenmiştir. Önleme aramasının icrasına ilişkin olan bu düzenlemelerde bir boşlukla karşılaşılması halinde, adli aramaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla bu boşluk doldurulabilir⁷⁶⁷.

Önleme araması, arama kararını veren hâkim ya da arama emrini veren mülki amirin katılmasına gerek olmadan, kolluk tarafından icra edilir⁷⁶⁸. Keza önleme aramasının düzenlendiği PVSK m. 9/1'de önleme araması kararı/emrinin polis tarafından icra edileceği açıkça düzenlenmiştir. AÖAY m. 2'de yönetmeliğin kapsamı, arama işleminin icrasında uyulacak olan esas ve usuller olarak ifade edilmiştir. Bu düzenlemeler de önleme aramasının kolluk tarafından icra edilen bir idari işlem olduğunu göstermektedir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 6 ve CMK m. 90'da suçüstü halinde herkes tarafından yakalama yapılabileceği düzenlenmiştir.

⁷⁶³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1078.

⁷⁶⁴ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1079.

⁷⁶⁵ YENİSEY 1995, s. 49.

⁷⁶⁶ YENİSEY 1995, s. 50.

⁷⁶⁷ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 634.

⁷⁶⁸ AYDIN 2012, s. 112.

Yönetmelik m. 6'ya göre yakalanan kişinin kaba üst aramasına tabi tutulması mümkündür. Burada yapılan kaba üst araması yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla yapılmaktadır. Yakalanan kişi böylelikle silâh ve bunun gibi unsurlardan arındırılır (Yönetmelik m. 6/2). Kaba üst araması terimi, kaynağını “uygulamadan” almaktadır. Kaba üst araması terimi yerine yoklama terimi tercih edilseydi, kavram kargaşasının önüne geçilebileceği gibi konunun anlaşılması açısından daha yerinde olurdu⁷⁶⁹. Kaba üst araması, Anayasa tarafından korunan bir arama türü değildir⁷⁷⁰. Bu nedenle yakalamayı gerçekleştiren kişilerin teknik anlamda arama yapma yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşı AKSOY'a göre yakalanan kişinin kaçma tehlikesi varsa ve somut olayda ağır bir tehlike söz konusu ise kolluk dışındaki kişilerin de arama yapma yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir⁷⁷¹.

PVSK m. 4A/6 fıkrasına el ile dıştan kontrol hariç olmak üzere, kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sözlü emriyle arama yapılabileceği hükmü eklenmişti. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 2015/41 E. K. 2017/98 K. 04.05.2017 Tarihli kararı iptal edilirken maddede geçen “*el ile dıştan kontrol hariç*” ibaresine dokunulmamıştır. Bu durum da el ile dıştan gerçekleştirilen kontrollerin teknik anlamda arama olarak kabul edilmediğinin bir başka göstergesidir.

9.1. Karar veya Yazılı Emir Üzerine Üst ve Eşya Aramasının İcrası (AÖAY m. 28)

AÖAY'ının Karar veya Yazılı Emir Üzerine Üst ve Eşya Aramasının İcrası başlıklı 28. maddesine göre; aramaya başlanmadan önce aramaya maruz kalacak kişilerin kaçmasını önlemek için gerekli tedbirler alınmadır. Sonrasında kolluk personeli, bu sıfatını ispatlayan kimliğini göstermelidir. Bu noktada talep var ise arama emri/kararının da gösterilmesi gerekir⁷⁷². Üst veya eşya araması yapılacak ise aramanın sebebi, konusu ilgiliye açıklanır. Aramanın sebebinin açıklanması aramanın amacını tehlikeye düşürecek ise sebep açıklanmadan işleme devam edilir⁷⁷³. Arama,

⁷⁶⁹ ÖZBEK MUYEP, s. 69.

⁷⁷⁰ KARAKEHYA 2016, s. 317; YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 241.

⁷⁷¹ Karşı görüş; AKSOY, s. 100.

⁷⁷² AYDIN 2012, s. 112.

⁷⁷³ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 296.

kişinin utanma duygusu zedelenmeden yapılmalıdır⁷⁷⁴. Üst araması, aramaya maruz kalan kişi ile aynı cinsiyette bulunan kolluk görevlisi tarafından icra edilir. Fakat gecikmesinde tehlike olan bir hal ile karşılaşılmış ise arama farklı cinsiyette bir görevli tarafından gerçekleştirilebilir⁷⁷⁵. Üst aramasında, kişinin yanında olan eşyanın elektromanyetik cihazlarla, bu mümkün olmaz ise beş duyu organı aracılığıyla aranması gerekir. Eşyanın sahihsiz olması, aranmasına engel değildir. Sahipsiz eşyalar da sahipli eşyalar için öngörülen şekilde aranır.

Üst aramasını gerçekleştiren kolluk görevlisi, üstünlüğünü kaybetmemeli; insanlık dışı muameleleri üstünlük aracı olarak kullanmamalıdır. Üst aramasının bir yardımcı eşliğinde gerçekleştirilmesi gerekir. Üst araması gerçekleştirilirken; *elle arama, diz çöktürerek arama, duvara dayandırarak arama, birden fazla şüphelinin aranması* gibi farklı arama taktikleri kullanılabilir⁷⁷⁶. Arama esnasında hangi yöntemin kullanılacağına olayın özelliklerine göre aramayı gerçekleştiren kolluk görevlisi karar verir⁷⁷⁷.

Bu yöntemlerin icrası ise şu şekilde gerçekleştirilir⁷⁷⁸:

Duvar yönteminde, aranacak olan kişinin yüzü duvara çevrilir, bacakları açılıp elleri duvara dayatılır. Ayaklar dengesini kaybetmeyeceği şekilde arkaya çektilirdikten sonra kişinin başı aşağıya sarkıtılır. Kolluk görevlisi bir ayağı ile aranacak kişinin ayağı üstüne koyar, bir eli tabancası üzerindeyken diğer eliyle arama işlemini gerçekleştirir. Arama, el kaldırmadan, vücudun tüm bölgelerinde sıvazlama şeklinde uygulanır. Kişi üstünde bir şey bulursa dahi aramaya devam edilir. En çok kullanılan arama yöntemi bu yöntemdir⁷⁷⁹. *Diz çöktürme yönteminde*, aranacak kişi ellerini havaya kaldırır ve diz çöktürülür. Kolluk görevlisi direnme ile karşılaşır ise ayağını aranacak kişinin topuğu üstüne koyarak direncini kırar. Bu yöntem ise aranacak kişinin dayanabileceği bir nesne olmaması halinde başvuru bir arama yöntemidir⁷⁸⁰. *Yerde*

⁷⁷⁴ KUNTER 1986, s. 667.

⁷⁷⁵ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 295; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1049.

⁷⁷⁶ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 294-295.

⁷⁷⁷ TURAN, Belgin, “Polisin Arama Yetkisi”, Türk İdare Dergisi, İçişleri Bakanlığı Yayınları, S. 417, Ankara 1997, s. 192.

⁷⁷⁸ YENİSEY Hazırlık Soruşturması, s. 185-186.

⁷⁷⁹ TURAN 1997, s. 192.

⁷⁸⁰ TURAN 1997, s. 192.

arama yönteminde, aranacak kişinin elleri ense üzerinde birleştirilir⁷⁸¹ ya da arkadan kelepçelenir ve yüz üstü yere yatırıldıktan sonra arama gerçekleştirilir. Kişinin saç araları, avuç içlerinin de aranması gerekir⁷⁸². Kişinin vücut bütünlüğünün ihlali anlamına gelen saç ve sakalın kazıtılması şeklinde arama gerçekleştirilemez⁷⁸³.

Önleme araması, bir karar ya da emir üzerine yapılacağı için kolluk planlı hareket ederek, yeterli sayıda kolluk görevlisi ile aramayı gerçekleştirmelidir. Üstü ya da eşyası aranmak isten kişi buna karşı çıkar ise kolluk, PVSK m. 16 doğrultusunda zor veya silah kullanabilir. Ağır suçlarda, kaçma veya kaçma teşebbüsünde bulunulması halinde kelepçe kullanılabilir⁷⁸⁴. TCK m. 265’de Görevi yaptırmamak için direnme suçu düzenlenmiş olup aramaya direnen kişinin eylemi m. 265’de tanımlanan suçu oluşturabilir. PVSK m. 16’ya göre aramaya maruz kalan kişi direnir ise önce sözlü olarak uyarılmalı ve gerektiğinde kuvvet kullanılabilceğinin ihtar yapılmalıdır. Olayın özelliklerine göre ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir. Zor kullanmak suretiyle görevini ifa eden kolluğun bu eylemi TCK m. 24/1 doğrultusunda hukuka uygundur⁷⁸⁵. Zor kullanma, direnci kırabilecek ölçüde, direnç ile orantılı olmalıdır. Zor kullanmanın orantılı olup olmadığının değerlendirmesi, hâkim tarafından yapılır⁷⁸⁶. Kolluk zor kullanma yetkisini kullanırken sınırı aşar ise TCK 256⁷⁸⁷ doğrultusunda kolluğun sorumluluğu yoluna gidilir. Önleme aramasını gerçekleştirmek isteyen kolluk görevlisi kendi ya da başkasına yönelik bir saldırı ile karşılaşır ise artık PVSK m. 16’da düzenlenen zor ve silah kullanma yetkisi yerine TCK’da düzenlenen meşru müdafaa hükümleri çerçevesinde savunma yapabilir.

Arama, kişi ya da aracın ilk durdurulduğu yerde veya buraya yakın olan yerlerden, aramanın yapılmasına en uygun yerde yapılır. Arama yapmak için kişiler başka yere götürülemez. Arama yapılırken etraftan görülmemesine dikkat edilir. Gerek

⁷⁸¹ TURAN 1997, s. 192.

⁷⁸² YENİSEY Hazırlık Soruşturması, s. 186.

⁷⁸³ KUNTER 1986, s. 667.

⁷⁸⁴ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 296.

⁷⁸⁵ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA 2016, s. 386.

⁷⁸⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi”, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, S. 4, Ankara Kasım 1995, s. 18, <http://www.ihmpolitics.org/ihmd/34/04.pdf>, E.T.: 05.10.2018.

⁷⁸⁷ TCK m. 256 “(1) Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

duyulması halinde, kolluğun aracında veya ilk durdurulan yere yakın olan kapalı bir yerde arama yapılabilir.

AÖAY m. 28/9'a göre aramaya maruz kalan kişinin kanunlar tarafından izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılabilmesi hâlinde giysiler çıkartılarak üst araması yapılabilir. Üst aramasında kişinin özel kâğıtları okunmaz, zarfları açılmaz. Müsadereye tabi bir eşya ile karşılaşılması halinde ise kâğıt veya zarflar açılabilir.

Aramanın keyfi olarak uzatılması nedeniyle durumun fiili bir gözaltı halini alması aramayı hukuka aykırı hale getirir⁷⁸⁸. Aramayı gerçekleştiren görevli bu hususlara dikkat etmelidir. Arama sonrasında bir suçla ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır. AÖAY m. 28'de yazılı işlemler gündüz ya da gece yapılabilir.

Arama üstünkörü değil, ciddiyet içerisinde yapılmalıdır. Aramaya maruz kalan kişinin taşıdığı tehlikenin boyutu ilk aşamada tahmin edilemeyebilir. Bu durum ise o an da öngörülemez başka zararların ortaya çıkmasına sebep olabilir⁷⁸⁹.

Önleme araması esnasında suç şüphesi ile karşılaşılması halinde, var olan önleme araması kararına dayanılarak adli arama yapılamaz. Burada adli arama kararı alındıktan sonra aramaya devam edilmesi gerekir⁷⁹⁰. Aksi halde yapılan işlem hukuka aykırı hale gelir. Bir delil elde edilmiş ise bu delil de yargılamada kullanılamaz. Buna karşı suç şüphesi olmadan gerçekleştirilen önleme araması neticesinde bir delil elde edilmiş ise bu delil hukuka uygun olarak elde edilmiş delildir. Bu nedenle yargılamada kullanılabilir⁷⁹¹.

9.2. Araçlarda Arama (AÖAY m. 29)

AÖAY m. 29'da araçlarda yapılacak aramanın nasıl icra edileceği düzenlenmiştir. Maddede sadece “arama” kavramı kullanılmış maddenin uygulanması noktasında adli arama ya da önleme araması olarak bir ayrım yapılmamıştır. Hareket

⁷⁸⁸ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 634.

⁷⁸⁹ YENİSEY Kolluk Hukuku, s. 295; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1049.

⁷⁹⁰ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 633; ÖNOK, s. 295.

⁷⁹¹ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 633.

halindeki araçlara ilişkin önleme aramasının gerçekleştirilebilmesi için araçların durdurulması fiili bir zorunluluktur. Kolluğun hangi hallerde araç durdurabileceği ise PVSK m. 4/A⁷⁹², da düzenlenmiştir. Usulüne uygun bir önleme araması kararı/emri var ise PVSK m. 4/A'da düzenlenen durdurma işlemin şartlarının gerçekleşmesinin aranmaması gerekir. Aksi halde durdurma, önleme aramasının bir ön işlemi halini alabilir bu da önleme aramasını durdurma şartlarının gerçekleşmediği olaylarda uygulanamaz hale getirebilir⁷⁹³. Aracın usulüne göre durdurulması, otomatik olarak önleme araması yapılabileceği sonucunu doğurmaz.

Araç durdurulduktan sonra AÖAY m. 29 uyarınca, aramayı gerçekleştirecek olan görevli; araçta bulunan kişilerin kaçmasını, saldırmasını engelleyecek tedbirleri almalıdır. Bu tedbirler alındıktan sonra aramanın sebebi ve konusu açıklanır. Arama, aracın ilk durdurulduğu yerde veya oraya en yakın yerde gerçekleştirilir. Aramanın gerçekleştirileceği yakın yer belirlenirken, yapılan işlemlerin başkaları tarafından görülemeyecek bir yer olmasına dikkat edilmelidir.

Önleme araması yapılacak olan aracın plakasının önceden tespit edilmesi gerekir. Kontrol noktaları kurularak yapılan aramalarda plakanın önceden belirlenmesi gerekmez. Araca arkadan yaklaşılmalı ve bütün kapılar aynı anda açılarak aramaya başlanmalıdır⁷⁹⁴. Kolluk aracın içene sarkarak arama işlemi yapmamalıdır⁷⁹⁵. Araçta arama yapılmadan önce araç içerisinde bulunan kişilerin araçtan inmeleri sağlanır. Arama esnasında bu kişilerin ya da çevrede bulunan kişilerin aramaya müdahale etmesine izin verilmez. Araç belli bir plan çerçevesinde aranmalıdır. Önden arkaya ya da arkadan öne doğru arama yapılabilir⁷⁹⁶. Aracın kapalı yerleri açtırılarak buralara ve aracın altına bakılabilir. Arama devam ederken aracın sorumlusu olan kişi

⁷⁹² PVSK m. 4/A “Polis, kişileri ve araçları;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir. ...”

⁷⁹³ CENTEL / ZAFER, s. 433-434.

⁷⁹⁴ YENİSEY 1995, s. 19.

⁷⁹⁵ TURAN 1997, s. 203.

⁷⁹⁶ GALERİ, s. 147.

alıkonabilir⁷⁹⁷. Araba sebebine göre aracın hem içi hem de dışının aranması gerekir. Örneğin aracın içi aranırken gösterge tablosunun altı, torpidonun içi, kapı yanlarındaki paneller; aracın dışında gerçekleştirilen aramada ise ön ve arka çamurlukların altı, kaputun altı, bagajdaki bavulların içi dikkatlice incelenmelidir⁷⁹⁸. Karanlıkta arama yapılıyor ise aracın iç ışıklarının yakılması sağlanmalı, aracın ön ve arka farları hizasında durulmamalıdır⁷⁹⁹.

Aramanın, makul olan en kısa sürede tamamlanması gerekir. Makul süre, aramanın konusuna, sebebine göre değişeceği için makul sürenin ne olduğu her aramada farklılık göstermektedir. Ayrıntılı bir arama yapılması gerekir ise başka bir yere gidilerek orada arama yapılabilir. Araçta yapılan aramada bulunan, kişilerin özel kâğıt ve zarfları okunmaz. Özel kâğıt ve zarflarda müsadereye tabi eşya bulunma ihtimali var ise bunlar açılabilir fakat okunamaz. Arama esnasında bir suça ilişkin iz, delil elde edilmişse arabadan sorumlu olan kişi yakalanır. Bulunan iz, delil araçtaki diğer kişilere ait eşyalardan elde edilmiş ise bu kişilerin de yakalanması gerekir.

Yönetmelik araçların aranabilmesi için aracın başında ilgili bir kişinin varlığını şart koşmamıştır. Boş olan araçların da aranması mümkündür. Boş olan araç arandıktan sonra ilgilinin bulabileceği bir yere, yapılan işleme ilişkin bir not bırakılır. Bu notta, arama tutanağının kopyasının alınabileceği yerler belirtilir. Araçta arama, gündüz icra edilebileceği gibi gece de icra edilebilir. Gece arama yapılması için özel bir şart öngörülmemiştir.

9.3. Konut, İşyeri ve Eklentilerinde Aramanın Yapılması (AÖAY m. 30)

AÖAY m. 30'da konut, işyeri ve eklentilerinde yapılacak olan aramanın icrası düzenlenmiştir. AÖAY m. 19 ile de konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılması yasaklanmıştır. Aramanın konusu başlığında işlendiği üzere PVSK m. 20 ile m. 19'a istisna getirilmiştir. Maddeye göre kolluğun, yardım istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya bu hallerin görülmesi ile ağır

⁷⁹⁷ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 634.

⁷⁹⁸ GALERİ, s. 148-149.

⁷⁹⁹ TURAN 1997, s. 203.

cezalı bir suçun işlenmesine veya devamına engel olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebileceği hükme bağlanmıştır. Maddede sayılan durumlar, hemen müdahale edilmesi gereken haller olup; bu durumlara müdahale edebilmek için hâkim kararı aranmamaktadır. PVSK m. 20 uyarınca gerçekleştirilen aramalarda işin mahiyeti el verdiği ölçüde AÖAY m. 30'da gösterilen usule riayet edilir.

Kanaatimizce, PVSK m. 20 uyarınca önleme araması gerçekleştiren kolluğun sadece maddede sayılan tehlikeleri önlemeye yönelik faaliyette bulunabilir. Kolluk bu sınırın dışına çıkacak şekilde hareket eder ise işlem hukuka aykırı hale gelir ve kolluğun sorumluluğu yoluna gidilebilir.

10. ÖNLEME ARAMASININ SONA ERMESİ

Arama işlemi, amacına ulaşılmasıyla⁸⁰⁰ ya da aranılan şeyin bulunamayacağına anlaşılmasıyla sona erer. Bu hallerde arama kararı/emrinde belirtilen sürenin dolması beklenmemelidir.

Önleme aramasında suç unsuru ile karşılaşılmış ise önleme araması tutanağının tutulması gerekir (AÖAY m. 26/1). Tutanak tanzim edildikten sonra, işleme katılan ve hazır olanlarca imzalanır. Tutanağın bir örneği ilgiliye verilir (AÖAY m. 26/3-4). Arama bittikten sonra arama kararı ya da emrinin bir nüshasının aranan kişiye verilmesi gerektiğine yönelik bir düzenlemenin bulunmaması, mevzuat yönünden bir eksiklik⁸⁰¹.

Tutanağın, AÖAY m. 11'de yazılı unsurları içermesi gerekir. 5607 Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 20. maddesinde⁸⁰² kaçakçılık fiillerinin izlenmesine

⁸⁰⁰ ÖZBEK 1999, s. 151.

⁸⁰¹ GÜLŞEN 2005, s. 92.

⁸⁰² 5607 Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 20 “... (1) Kaçakçılık fiillerinin izlenmesine ilişkin tutanakların;

a) Tarih, yer, düzenleyenlerin unvan ve isimleri, hâkim kararının tarih ve sayısı ile Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılması durumunda emrin tarih ve sayısını,

b) Olay ve kanıtlarını, suç konusu eşya ve taşıma araçlarının ayrıntılı olarak türü, kapsamı, miktar ve nitelikleri ile nerede ve ne suretle el konulduklarını

Değişik bent: 28.03.2013 t. 6455 s. K. m.66

c) İlgilinin kimlik, iş ve yerleşim yeri ile varsa ifadesini, kapsamı ve imza altına alınması gereklidir.

(2) İşlemden hazır bulunan ilgililerce onanmak üzere tutanağın kendilerini ilgilendiren kısımları okunur veya okumaları için kendilerine verilir. Bu husus tutanağa yazılarak ilgililere imza ettirilir. İmzadan kaçınma halinde nedenleri tutanağa geçirilir...”

ilişkin tutulan tutanakların içeriğinin nasıl olması gerektiği düzenlenmiştir. 5607 sayılı Kanundaki düzenleme ile AÖAY’inde düzenleme birbirine benzer niteliktedir. AÖAY uyarınca düzenlenen tutanakta⁸⁰³;

a) Arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci,

b) Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat,

c) Aramanın konusu,

d) Aranılan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri,

e) Araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, su üstü aracının aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullananı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatanı, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevkiî,

f) Aramanın sonuçları, el konulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler,

g) Aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri,

h) Arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği,

i) Arama işlemi yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı,

hususları yer alır.

CMK m. 120’de aramada hazır olabilecek kişiler sayılmıştır. Maddeye göre aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; bu kişiler aramada bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu aramada hazır bulundurulur. Konut iş yeri gibi kamuya açık olmayan alanlarda önleme araması yapılamamaktadır. Kişilerin üstlerinde, eşyalarında, araçlarında önleme araması yapılması mümkündür. Eşya ya da araçta önleme araması yapılabilmesi için bunların sahibi ya da zilyedinin aramaya katılması şart değildir.

⁸⁰³ AÖAY m. 11.

Önleme aramasında suç unsuruna rastlanılmamış ise aramaya maruz kalan kişinin talep etmesi halinde kendisine arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, aramanın tarih ve saati, yeri, aranan şahsın ve arayan görevlinin kimlik bilgilerinin yer aldığı bir belge verilir (AÖAY m. 26/5). PVSK m. 9 son fıkrada önleme araması sonucunun arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu bildirim aramanın sonucu ne olursa olsun yapılması gerekir. Arama esnasında suç teşkil edecek bir durumla karşılaşılmış ise yapılan bildirimde bunlara yer verilmelidir. Bu bildirim yapılmaması, aramayı icra edenlerin sorumluluğunun doğmasına neden olabilir⁸⁰⁴.

AÖAY m. 26/1’de önleme araması sonrasında tutanak tutulmasının suç unsuru ile karşılaştırılması halinde zorunlu olduğu düzenlenmiştir. AÖAY m. 26/5’de ise arama esnasında suç unsuruna rastlanılmamış ise aramaya maruz kalan kişilerin talebi halinde aramaya ilişkin bilgilerin bulunduğu bir belgenin verileceği düzenlenmiştir. Aramaya maruz kalan kişiler, kolluktan bahsi geçen bilgileri istemekten çekinebilir yahut o an için istemeyi unutabilir. Bununla birlikte PVSK m. 9 son fıkraya göre önleme araması sonrasında yapılacak bildirim için herhalde bir tutanak hazırlanması gerekmektedir. Bu durumlar göz önüne alındığında; kanaatimizce, arama sonrasında suç unsuruna rastlanmasa da tutanak tutulması zorunluluğunun getirilmesi gerekir. Böylece, uygulamada birliğin de oluşması sağlanacaktır. ERYILMAZ, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılacak yerlerde yapılan önleme aramalarında herkese tutanak düzenleyip vermenin fiilen mümkün olmadığını bu nedenle yürürlükte bulunan düzenlemenin yerinde olduğu görüşündedir⁸⁰⁵. Stat girişlerinde yapılan önleme aramasında olduğu gibi kısa zamanda çok kişiye yönelik yapılan aramalarda, yapılan her işlem için tutanak tutmak, fiili imkânsızlık nedeniyle mümkün olmayabilir. Bu durum, kısa zamanda çok kişiye yönelik gerçekleştirilen önleme aramalarına ilişkin bir istisna getirilerek çözülebilir.

AYDIN’a göre; önleme araması esnasında, aranmakta olan bir kişiye rastlanır ise kişi hakkında yakalama işlemi yapılarak yakalama tutanağı düzenlenmelidir. Bu durumda önleme aramasına ilişkin tutulan tutanağın da yakalama tutanağına eklenmesi

⁸⁰⁴ AYDIN 2012, s. 112.

⁸⁰⁵ ERYILMAZ 2003, 187; Aynı yönde; GÜMÜŞAY, s. 102.

gerekir⁸⁰⁶. Buna göre yazar yakalama kararının varlığını suç unsuru olarak değerlendirerek işlem sonrasında arama tutanağı tutulmasını gerekli görmüştür. Kanaatimizce buradaki suç unsuru önleme aramasıyla ilintili olmadığı için tutanak tutulmasına gerek yoktur.

Önleme aramasında adli soruşturmada kullanılacak bilgi, bulgu ve şüphelilere ilişkin olarak AÖAY m. 10 uyarınca işlem yapılır (AÖAY m. 24/1). Madde 10'a göre; bir suçun işlendiği şüphesini uyandıracak bir delil elde edilmesi halinde delil koruma altına alınarak Cumhuriyet başsavcılığına haber verilir. Bulunan delile elkoymak için emir talep edilir. Cumhuriyet savcısına ulaşılamamış ise kolluk amirinin yazılı emri doğrultusunda elkoyma işlemi gerçekleştirilir. Elkoyma işlemine direnilmesi halinde zor kullanılabilir. Zor kullanmanın orantılı olması gerekir⁸⁰⁷. Elkoyma işlemi savcının ya da kolluk amirinin yazılı emri ile gerçekleştirilmiş ise yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar. Hâkim, kararını bu süre içerisinde açıklamaz ise elkoyma kendiliğinden kalkar. Aramada, arama işleminden bağımsız olarak haklarında tutuklama veya yakalama kararı bulunan kişilerle karşılaşmış ise bu kişiler evrakıyla birlikte Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilir⁸⁰⁸.

Arama esnasında suç unsuru oluşturmamakla birlikte aramanın konusu ve kapsamı içinde yer alan bir eşya elde edilmiş ise bu eşya geçici olarak koruma altına alınır, arama sebebi ortadan kalktıktan sonra eşya ilgili kişiye teslim edilir (AÖAY m. 24/2). Yönetmeliğe göre bu işlemin yapılabilmesi için ayrıca karar ya da emirin varlığı aranmamaktadır. Muhafaza altına alınan veya elkonulan eşyaya ilişkin bir liste hazırlanır. Listenin bir örneği arama tutanağı ile birlikte ilgiliye verilir⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ AYDIN 2012, s. 113.

⁸⁰⁷ YENİSEY / NUHOĞLU / GÜZEL, s. 31.

⁸⁰⁸ AÖAY m. 10.

⁸⁰⁹ YENİSEY / NUHOĞLU / GÜZEL, s. 31.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI OLARAK YAPILAN ARAMA VE SONUÇLARI, DENETİM MUHAKEMESİ

1. GENEL OLARAK

Arama işlemi ile insan hayatına temas edildikten sonra aramaya maruz kalan insanlarda kötü izler bırakılmaması gerekir. Kötü olarak nitelendirdiğimiz bu izlerin hukuka aykırılık neticesinde ortaya çıkması halinde izlerin silinmesi, silinmiyor ise dahi mevcudiyetinin en aza indirilmesi gerekir. Bu işin ise devlet tarafından icra edilmesi ve bunun için ortaya çözüm yolları konulması gerekir.

Hukuku tesis etmekle yükümlü olan devletin hukuk kurallarını tanımaması, keyfi hareket etmesi kabul edilemez. Nasıl ki kişiler hukuk kurallarına uymamaları halinde yaptırım ile karşılaşılıyorlar ise devletin de hukuk kurallarına uymaması yaptırıma tabi olmalıdır⁸¹⁰. Bu durum hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir⁸¹¹. EREM, *adli hatalara* ilişkin olarak, geçmişte bu hataların hep var olduğunu bu durumun gelecekte de değişmeyeceğini, bu nedenle hataların telafi edilmesinin devletin sorumluluğunda olduğunu devlete ilişkin getirilecek böyle bir muafiyetin mümkün olmadığını söylemiştir⁸¹². EREM'in, 1986 yılında hatalı işlemlerin tazminine ilişkin ortaya koyduğu bu yaklaşım doğru olup; devlet eliyle ortaya çıkan hukuka aykırılıkların tazmini ya da hukuka aykırılıkların bir müeyyideye tabi olması, hukuk sisteminin tabiatı gereğidir.

Aramanın arama emri/kararı olmadan gerçekleştirilmesi, aramayı hukuka aykırı hale getirebileceği gibi usulüne uygun alınan arama emri/kararının hukuka aykırı bir şekilde icrası da aramayı hukuka aykırı hale getirebilir⁸¹³. Aramanın hukuka aykırı olması mevzuat hükümlerine aykırılıktan daha geniş bir durumu ifade etmektedir. Evrensel hukuk kurallarına aykırı işlemler de aramayı hukuka aykırı hale getirebilir. Keza Anayasa m. 90 son fıkrada usulüne göre yürürlüğe giren milletlerarası

⁸¹⁰ ERYILMAZ 2003, s. 261.

⁸¹¹ Ayrıntılı bilgi için Hukuk Devleti başlığına bakınız.

⁸¹² EREM 1986, s. 465.

⁸¹³ AYM, 1. Bölüm., Başvuru no: 2013/6183, K.T. 19.11.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/birinci-bolum-k-2013-6183-t-19-11-2014>, E.T.: 14.11.2018.

andlaşmaların kanun hükmünde oldukları, bu andlaşmalar ile kanunlar arasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerde bir farklılık bulunması halinde andlaşma hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir⁸¹⁴.

Usûl kuralları, devleti hata yapmaktan alıkoyan kılavuzlardır⁸¹⁵. Bu nedenle gerek tarafı olduğumuz uluslararası belgelerde gerekse mevzuatımızda, aramanın hangi koşullar altında icra edilebileceği düzenlenmiş olup, bu koşullar dışına çıkarak arama yapılması aramayı hukuka aykırı bir arama haline getirir⁸¹⁶. Hukuka aykırı olarak icra edilen aramaya bazı sonuçlar bağlanmıştır. Bu sonuçlardan ilki, hukuka aykırı aramanın suç teşkil etmesi; ikincisi, hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen delilin delil yasakları kapsamında yer alması; üçüncüsü ise hukuka aykırı arama nedeniyle tazminat sorumluluğunun ortaya çıkması⁸¹⁷ ve son olarak hukuka aykırı aramayı gerçekleştiren kamu görevlisinin disiplin sorumluluğu yoluna gidilmesidir⁸¹⁸. Çalışmanın bu bölümünde sırasıyla hukuka aykırı aramanın suç teşkil etmesi, hukuka aykırı arama ile elde edilen delillerin durumu ve hukuka aykırı arama nedeniyle uğranılan zararının tazmini incelenmiştir. Çalışmamızın ana konusundan uzaklaşmamak adına hukuka aykırı arama nedeniyle kamu görevlisinin disiplin sorumluluğu başlığı incelenmemiştir.

2. HUKUKA AYKIRI ARAMANIN SUÇ TEŞKİL ETTİĞİ HALLER

Anayasa ve AİHS’inde kişilerin özel hayatına, aile hayatına ve konutuna yönelik olarak belirlenen haller dışında müdahale edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin bir gereği olarak TCK m. 134’de Özel Hayatın Gizliliğini İhlal suçu düzenlenmiş olup hukuka aykırı arama da ceza kanunlarımızda ayrı bir suç tipi olarak tanımlanmıştır. 765 sayılı mülga TCK m. 183’de kanunda sayılan hallerin dışında kişilerin üstlerinin aranması halinde hem bu şekilde arama yapan hem de emir veren

⁸¹⁴ Yargıtay 7. CD., E. 2014/2309, K. 2015/23404, K.T. 26.11.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-ceza-dairesi-e-2014-2309-k-2015-23404-t-26-11-2015>, E.T.: 13.11.2018. (Muhalefet Şerhi)

⁸¹⁵ EREM 1986, s. 54.

⁸¹⁶ ÖZBEK 1999, s. 152.

⁸¹⁷ ÖZBEK 1999, s. 153; ERYILMAZ 2003, s. 261.

⁸¹⁸ ERYILMAZ 2003, s. 262.

memurun altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmişti. Maddede hapis cezasının alt sınırı belirtilmemiş olup, 765 sayılı Kanunun hapis cezalarının süresinin düzenlendiği 15. madde uyarınca suç için ön görülen hapis cezasının alt sınırı yedi gündü. 765 sayılı mülga Kanunda düzenlenen haksız arama suçunda, haksız üst aramasının cezalandırılacağı düzenlenmiş olup, maddede eşyaların haksız aranması düzenlenmemiştir⁸¹⁹. Mülga kanunda, haksız arama emrinin verilmesi bu suçun işlenmesi için yeterli kabul edilmişti. Suçun oluşması için aramanın yapılması şart değildi⁸²⁰.

Haksız arama suçunun işlenebilmesi için fail tarafından gerçekleştirilen işlemin arama olarak kabul edilmesi gerekir⁸²¹. Fail, yasaya aykırı hareket etmekle birlikte arama olmayan, beden muayenesi olarak kabul edilen işlemleri gerçekleştirilir ise haksız arama suçundan değil TCK m. 257/1’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulur⁸²².

- Yürürlükte bulunan 5273 sayılı TCK’nın Kişilere Karşı Suçlar bölümü m. 120’de haksız arama suçu düzenlenmiştir. Bu suç sadece kamu görevlisi olan kişilerce işlenebilir. Bu nedenle suçun failinin kamu görevlisi olması gerekir. Kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından suçun işlenmesi halinde failin haksız arama suçundan sorumluluğu yoluna gidilemez. Olayın özelliklerine göre ceza kanununun diğer maddeleri kapsamında sorumluluğu yoluna gidilir⁸²³. Bu nedenle suç özgü suç niteliği taşımaktadır⁸²⁴. Kamu görevlisinin tanımı TCK m. 6/e’de “... *kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi ...*” olarak yapılmıştır. Kamu görevlisi olmayan failin kendisini kamu görevlisi olarak tanıtarak arama yapması halinde failin eylemi TCK m. 120’de tanımlanan haksız arama suçunu oluşturmaz. Arama yetkisi bulunmayan

⁸¹⁹ ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 458.

⁸²⁰ GÜLŞEN, Recep, “*Haksız Arama Suçu*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 16, Mayıs 2007, s. 140.

⁸²¹ Detaylı bilgi için Arama Kavramı Başlığına bakınız.

⁸²² GÜLŞEN Haksız Arama Suçu, s. 145.

⁸²³ YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı C. III (Madde 86-146), Ankara 2010, s. 3850.

⁸²⁴ TCK m. 120 gerekçesi.

kamu görevlilerinin bu suçun faili olamayacağını⁸²⁵ ileri süren yazarların yanı sıra, arama yetkisi bulunmayan kamu görevlilerinin de suçun faili olabileceğini ileri süren yazarlar da mevcuttur⁸²⁶. ERDEM ise arama çeşidine göre bir ayrıma giderek, hangi kamu görevlilerinin bu suçun faili olabileceğinin tespitinin yerinde olacağı görüşündedir. Buna göre, yapılan aramanın adli arama olması halinde, adli arama yapma yetkisine sahip olan kamu görevlilerince suçun işlenebileceğini ifade etmektedir. Yapılan aramanın, önleme araması olması halinde ise kamu görevlisi olan failin göreviyle ilgili bir duruma ilişkin olarak, kamu görevlisi olmasından kaynaklanan gücünü kötüye kullanmasıyla bu suçun faili olabileceği görüşündedir⁸²⁷. Kanaatimizce; arama yetkisinin varlığı, aramayı hukuka uygun hale getiren unsurlardan biridir. Her halde kolluğun arama yetkisi vardır diyemeyiz. Çünkü kolluğun arama yetkisinin bulunması, mevzuatta belirtilen şartların oluşmasına bağlıdır. Bu nedenle aramaya yetkisi bulunmayan kamu görevlisinin de bu suçun faili olabileceği kanaatindeyiz. Suçun oluşabilmesi için kamu görevlisi olan failin kamu görevlisi sıfatıyla hareket etmesi gerekir⁸²⁸. Haksız aramayı gerçekleştiren fail, sonradan kamu görevlisi sıfatını kaybetse dahi bu suça ilişkin olarak cezalandırılması mümkündür⁸²⁹.

Özel güvenlik görevlilerinin suçun faili olup olamayacağı hususunu ayrıca irdelenmek gerekir. 5188 sayılı Kanunun m. 23/1’de özel güvenlik görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlara ilişkin olarak kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme özel güvenlik görevlilerinin haksız arama suçunun faili olabilmeleri için yeterli değildir⁸³⁰. 5188 sayılı Kanun kamu görevlisi ve işçi niteliğinde olmak üzere iki tür özel güvenlik görevlisi statüsünü

⁸²⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık; 3. Baskı, Ankara 2013, s. 220; GÜLŞEN Haksız Arama Suçu, s. 141-142; YILDIRIM, Akif, “*Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu*”, TAAD, Yıl:5, S. 19, Ekim 2014, s. 611, <https://docplayer.biz.tr/29557146-Turk-ceza-hukukunda-haksiz-arama-sucu-the-crime-of-unlawful-search-akif-yildirim.html>, E.T.:31.10.2018; MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 547.

⁸²⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3845; MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 82-149), Sözkese Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, C. 2, Ankara 2013 s. 2058.

⁸²⁷ ERDEM, Büşra, Haksız Arama Suçu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 104.

⁸²⁸ AKYÜREK, Güçlü, “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 120. Maddesindeki Haksız Arama Suçu*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Temmuz 2012, s. 32.

⁸²⁹ ERDEM 2019, s. 103.

⁸³⁰ Karşı görüş; ERDEM 2019, s. 104-105.

ortaya çıkarmıştır⁸³¹. Bu nedenle özel güvenlik görevlisi kamu görevlisi statüsünde ise bu suçun faili olabilir⁸³².

- Suç ile korunan hukuki yarar ise insan onurunun dokunulmazlığı ve kişi dokunulmazlığının bir devamı olan özel hayatın gizliliğidir⁸³³. Suçun mağduru ise hukuka aykırı olarak üstü, eşyası aranan kişidir⁸³⁴. Kanun suçun mağduru olabilecek kişiler açısından bir özellik aramamıştır. Bu nedenle herkes suçun mağduru olabilir⁸³⁵. Eşyanın zilyedi ve malikinin farklı kişiler olması halinde, malikin eşya üzerinde özel hayata saygı beklentisi halen devam ediyor ise suçun mağduru maliktir. Bunun yerini zilyedin eşyaya ilişkin özel hayata saygı beklentisi almış ise artık suçun mağduru malik olmayan zilyettir. Tüzel kişiler mağdur sıfatını alamamakla birlikte suçtan zarar gören olabilirler⁸³⁶. Korunan hukuksal yararın kapsamı nedeniyle bu suçun tüzel kişilere karşı işlenmesi mümkün değildir.

Kanunda geçen “... kimsenin ... eşyasını arayan kamu görevlisine ...” ibaresi nedeniyle sahipsiz eşyalar suçun konusu olamaz. Terk edilen eşyalara ilişkin olarak özel hayata saygı beklentisinin devam etmesi halinde yapılan araştırma işleminin arama olarak kabul edileceği önceki başlıklarda incelenmişti. Özel hayata saygı beklentisinin devam ettiği, terk edilen eşyalara ilişkin gerçekleştirilen araştırma işlemi arama olarak kabul edilmekle birlikte bu işlem haksız arama suçunu oluşturmaz.

- Suçun konusu haksız bir şekilde aranan kişinin üstü ya da eşyasıdır⁸³⁷. Suçun konusunun belirlenmesi açısından kişinin üst ve eşyasının kapsamın ne olduğunun belirlenmesi önemlidir. Madde gerekçesinde kişinin cebi, el çantası, bavulu ve özel otomobilinin hukuka aykırı olarak aranması suçun konusuna örnek olarak gösterilmiştir. Üst ve eşya aramasının kapsamı önceki başlıklarda incelenmiştir⁸³⁸. Ev

⁸³¹ DERDİMAN Polis Yönetimi ve Hukuku, s. 503.

⁸³² Aynı yönde; AKYÜREK 2012, s. 32; Karşı görüş; YILDIRIM, s. 595.

⁸³³ TCK m. 120 gerekçesi.

⁸³⁴ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA Özel Hükümler, s. 459.

⁸³⁵ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 220.

⁸³⁶ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA 2016, s. 288.

⁸³⁷ ERDEM 2019, s. 107.

⁸³⁸ Ayrıntılı bilgi için Önleme Aramasının İcrası başlığına bakınız.

veya işyerinde gerçekleştirilen haksız aramalar, m. 120 kapsamında değerlendirilmemektedir⁸³⁹.

Kişilerin özel kâğıtlarına yönelik aramalar m. 120 kapsamına alınmamıştır. Burada hükmün geniş yorumlanarak özel kâğıtlara yönelik haksız aramanın da m. 120 kapsamında değerlendirilerek cezalandırılması gerektiğini, bu şekildeki bir uygulamanın kanunilik ilkesine⁸⁴⁰ aykırı olmayacağını ileri süren yazarlar mevcuttur⁸⁴¹. Anayasa m. 20/2 ve PVSK m. 9/1’de usulüne uygun alınmış bir arama kararı olmadıkça kişilerin özel kâğıtlarının aranmayacağı düzenlemiştir. Arama işleminin düzenlendiği CMK m. 116/1’de, haksız arama suçunun düzenlendiği TCK m. 120’de ve madde gerekçesinde özel kâğıt ibaresine yer verilmemiştir. Bu nedenle maddenin uygulama alanının kıyasen genişletilerek özel kâğıtlara yönelik araştırmaların suç kapsamına alınması kanunilik ilkesine aykırıdır. Kanaatimizce şu anki düzenlemeye göre özel kâğıtlar üzerinde gerçekleştirilen hukuka aykırı aramalar haksız arama suçunu oluşturmamaktadır. Özel kâğıtların haksız olarak aranmasının cezasız kalmaması için TCK m. 120’ye bu yönde bir eklemenin yapılması gerekir.

- Suç, fiil yönünden incelendiğinde ise hukuka aykırı olarak bir kişinin üstünün ve eşyasının aranması şeklinde kendisini gösterir. Kamu görevlisi, kişinin üstü veya eşyasına yönelik bu aramayı görevini kötüye kullanarak ya da yetkisini, aşarak gerçekleştirebilir⁸⁴². Suç icrai hareketle işlenebileceği gibi CMK m. 119/4 uyarınca, arama işleminde bulunması gereken arama tanığının çağrılmamasında olduğu gibi ihmali hareketle de işlenebilir⁸⁴³. Maddede, ihmali hareket açıkça belirtilmediği için suç *gerçek olmayan ihmali*⁸⁴⁴ suç niteliğindedir.

- Suç kasten işlenen bir suç⁸⁴⁵ olup suçun olası kast ile işlenmesi de mümkündür⁸⁴⁶. Taksirle suçun işlenmesi ise mümkün değildir. Suçun oluşması için

⁸³⁹ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 270.

⁸⁴⁰ TCK m. 2 “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. ... (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

⁸⁴¹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 220.

⁸⁴² TCK m. 120 gerekçesi; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA Özel Hükümler, s. 456.

⁸⁴³ ERDEM 2019, s. 109.

⁸⁴⁴ AKBULUT 2018, s. 273.

⁸⁴⁵ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 219; MERAN, s. 549.

⁸⁴⁶ GÜLŞEN Haksız Arama Suçu, s. 145; Karşı görüş; ERDEM 2019, s. 112.

failin amacının ne olduğunun da önemi yoktur⁸⁴⁷. Kamu görevlisi şartları oluşmadığı halde hataya düşerek arama yapar ise bu hatasından yararlanarak cezalandırılmaması gerekir⁸⁴⁸. Failin TCK m. 30'da⁸⁴⁹ düzenlenen hatadan yararlanarak cezalandırılmaması için hatasının, arama koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında olması gerekir. Hatanın, mevzuatı eksik ya da yanlış bilmekten kaynaklanması halinde, failin haksız arama suçu yönünden sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekir⁸⁵⁰. Çünkü bu şekilde gerçekleşen hata kaçınılmaz nitelikte bir hata değildir.

- Hukuka aykırı bir arama, aramaya maruz kalan kişinin rızasının varlığıyla hukuka uygun hale gelmez. Burada rızanın varlığı hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır⁸⁵¹. Rızanın varlığı haksız arama suçu açısından ise bir hukuka uygunluk nedeni değildir⁸⁵². Yargıtay bir kararında, arama kararı/emri bulunmayan polisin işyerine giderek, kaçak sigaraya ilişkin soru sorması üzerine sanığın işyerinde bulunan kaçak sigaraları rızası ile polise teslim etmesi olayında yapılan işlemi hukuka uygun bulmuştur⁸⁵³. Öncelikle olayda arama işlemi olup olmadığına karar verilmesi gerekir. Kişinin dükkânında bulunan kaçak sigaraların varlığına ilişkin bilgi herkesle paylaşılacak bir bilgi değildir. Bu bilgi kişinin özel hayat alanı içerisinde kalan bir bilgidir. Sanığın cezai sorumluluğuna gidilmesini gerektirecek bu bilgiyi kendi rızası

⁸⁴⁷ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA Özel Hükümler, s. 459.

⁸⁴⁸ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 221.

⁸⁴⁹ TCK m. 30 "(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz."

⁸⁵⁰ Karşı görüş; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 221.

⁸⁵¹ Detaylı bilgi için Rızaya Dayalı Arama Başlığına bakınız.

⁸⁵² GÜLŞEN Haksız Arama Suçu, s. 152.

⁸⁵³ Olayda özetle, polis kaçak sigara satıldığı ihbarı yapılan işyerine arama kararı veya emri olmadan gitmiş, işyeri sahibine, kaçak sigara satıp satmadığını sormuş ve bunun üzerine işyeri sahibi, kaçak sigaraları polise teslim etmiştir. Olayda polisin eylemi sadece soru sormak düzeyinde kalmış, polis tarafından ayrıca fiilen bir araştırma yapılmamıştır. Sanık mahkemedeki ifadesinde sigaraları satmak amacı taşımadığını belirterek müdafî bulunmaksızın alınan kolluktaki ifadesini kabul etmediğini beyan etmiştir. Yerel mahkeme sanığın mahkumiyetine karar vermiş, Yargıtay da bu kararı düzelterek onamıştır. Karara muhalif kalan üye ise soru soran tarafın polis olmasının işyeri sahibinin serbest iradesi ile hareket etmesine engel olacağına bu nedenle yapılan işlemin hukuka aykırı arama olması ve dosyada mahkumiyete yeter başkaca delil bulunmaması nedeniyle karara katılmadığını açıklamıştır. Yargıtay 7. CD., E. 2014/2309, K. 2015/23404, K.T. 26.11.2015 <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-ceza-dairesi-e-2014-2309-k-2015-23404-t-26-11-2015>, E.T.: 02.11.2018.

ile polislerle vermesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Burada sanığın serbest iradesi ile hareket ettiğinin kabulü mümkün değildir. Olayda polis, iradesine tesir ettiği sanık eliyle araştırma yapmış böylelikle sanığın serbest iradesi dışında sanığın özel hayat alanına girmiştir. Bu da yapılan işlemi arama haline getirir. Bununla birlikte hukukumuzda usulü şartlar gerçekleşmeden rızaya dayalı olarak yapılan arama hukuka aykırı arama olarak kabul edilmektedir. Sanığın serbest iradesi ile hareket ettiğinin kabulü de işlemi hukuka uygun hale getirmemektedir. Bu nedenlerle yapılan işlem hukuka aykırı arama niteliğindedir. Kanaatimizce Yargıtay kararı hukuka aykırı olup, sanığın beraatine karar verilerek, polisler hakkında cezai takibat yapılması gerekirdi. Bu noktada işyerinde hukuka aykırı arama yapan polislerin TCK m. 120 mi yoksa TCK 116 ve 119/1-e maddeleri kapsamında mı sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği sorusu karşımıza çıkmaktadır. TCK m. 120'nin konusu kişinin üstü ve eşyası oluşturmaktadır. Bu nedenle konut yahut iş yerine yönelik haksız aramaların TCK m. 116'da düzenlenen Konut Dokunulmazlığını İhlal kapsamında değerlendirilmesi ve suçun, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi halinde ortak hüküm olan TCK m. 119/1-e doğrultusunda işlem yapılması gerektiği kanaatindeyiz⁸⁵⁴. Olayda, haksız arama işyerinde gerçekleştirildiği için polislerin, TCK 116 ve 119/1-e maddeleri kapsamında sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekir.

Amirin verdiği hukuka uygun arama emrinin icrası ile gerçekleştirilen arama işleminde başkaca bir hukuka aykırılık yok ise arama haksız arama suçunu oluşturmaz (TCK m. 24/1). Amirin hukuka aykırı olarak verdiği arama emrinin icrasıyla haksız arama suçu işlenebilir. TCK m. 24/3'de konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi halinde emri veren ve uygulayanın sorumluluğu yoluna gidileceği açıkça düzenlenmiştir. Emri veren kamu görevlisinin aramaya katılmamış ise azmettiren olarak (TCK m. 38/1), aramaya katılmış ise müşterek fail olarak sorumluluğu yoluna gidilir⁸⁵⁵.

Maddede geçen hukuka aykırı ifadesini yürürlükteki mevzuata aykırılık olarak anlamak gerekir⁸⁵⁶. Bu ibareye ayrıca yer verilmesi “hukuka özel aykırılık” olarak

⁸⁵⁴ Aynı yönde; YCGK, E. 2016/800, K. 2017/120, K.T. 28.2.2017, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2016-800-k-2017-120-t-28-2-2017>, E.T.: 13.11.2018.

⁸⁵⁵ HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 562.

⁸⁵⁶ TCK m. 120 gerekçesi.

isimlendirilmekte olup fail, hukuka aykırı olarak hareket ettiği bilincine sahip olmalıdır⁸⁵⁷. Usulüne uygun alınmış arama kararı/emri olmadan yapılan arama ile arama kararında belirtilen sınırların dışına çıkılarak yapılan arama haksız aramadır. Buna ek olarak, aramanın icrası için mevzuatla çizilen sınırların dışına çıkılarak gerçekleştirilen arama da haksız aramadır⁸⁵⁸. Aramaya maruz kalacak kişi ile arama yapacak kişinin aynı cinsiyetten olması gerekmektedir birlikte bu mutlak bir düzenleme değildir. Burada olduğu gibi formalitelerin keyfi olmayacak şekilde yerine getirilmemesi, haksız arama suçunu oluşturmaz⁸⁵⁹. Hukuka uygun arama kararı/emri⁸⁶⁰ doğrultusunda ya da şartları oluşmuş ise bunlar olmadan yapılan arama işlemleri⁸⁶¹ hukuka uygun olup yapılan arama haksız arama suçunu oluşturmaz⁸⁶².

- Haksız arama suçu ani hareketli bir suç olup, suça teşebbüs mümkün değildir. Aramaya başlanması ile suç oluşur⁸⁶³. İcra hareketlerinin kısımlara ayrılabilmesi halinde teşebbüsün mümkün olduğunu düşünen yazarlar da vardır⁸⁶⁴. Suç eşya veya kişinin üstünün aranması ile işlenebileceğinden seçimlik hareketli suçtur⁸⁶⁵. Arama neticesinde aranan şeyin bulunmaması ya da bir zararın ortaya çıkmaması bu suçun oluşmasına engel olmadığı gibi⁸⁶⁶ arama neticesinde bir delile ulaşılması ya da aranan kişinin bulunması hukuka aykırı aramayı hukuka uygun hale getirmez⁸⁶⁷.

- Haksız arama suçu TCK m. 257’de düzenlenen “Görevi Kötüye Kullanmak” suçuna göre özel düzenleme niteliğindedir. Bu nedenle haksız arama suçunu işleyen fail fikri içtima (TCK m. 44) gereği her iki suçtan sorumlu tutulmaz. Özel norm niteliğindeki haksız arama suçundan sorumlu tutulur⁸⁶⁸. Suçun aynı suç işleme kararıyla aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesi halinde zincirleme suç

⁸⁵⁷ GÜLŞEN Haksız Arama Suçu, s. 146.

⁸⁵⁸ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA Özel Hükümler, s. 456-457.

⁸⁵⁹ GÜLŞEN Haksız Arama Suçu, s. 143.

⁸⁶⁰ Detaylı bilgi için Arama Kararı ve Emri başlığına bakınız.

⁸⁶¹ Detaylı bilgi için Hâkim Kararı Olmadan Arama Yapılabilen Haller başlığına bakınız.

⁸⁶² ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA Özel Hükümler, s. 456.

⁸⁶³ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 221; Karşı görüş; SOYASLAN, s. 271.

⁸⁶⁴ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3850; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA Özel Hükümler, s. 459.

⁸⁶⁵ HAKERİ, s. 163; YILDIRIM, s. 597; AKYÜREK 2012, 32.

⁸⁶⁶ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3848.

⁸⁶⁷ ERYILMAZ 2003, s. 261.

⁸⁶⁸ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA Özel Hükümler, s. 459.

hükümlerinin uygulanması mümkündür⁸⁶⁹. Örneğin kolluk görevlisi her gün aynı saatte karakolun önünden geçen bir kişiyi sırf bu kişiyi rahatsız etmek amacıyla belirli aralıklara haksız olarak arar ise zincirleme suç hükümleri doğrultusunda cezalandırılması gerekir. Eşyanın birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması halinde suçun tek fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi mümkündür⁸⁷⁰. Suç, kişilerin hürriyetinin kısıtlanmasını da bünyesinde barındırmaktadır. Aramanın icrası için gereken süreden daha fazla süre kişinin gitmesine engel olunmuşsa ya da arama esnasında hakaret, tehdit, cebir uygulanmışsa failin bu fiilleri yönünden ayrıca sorumluluğuna gidilir⁸⁷¹.

Fail, haksız arama suçunu yetkisiz olarak konuta girmek suretiyle işlerse, gerçek içtima hükümleri uygulanarak konut dokunulmazlığını ihlal suçu yönünden de sorumluluğu yoluna gidilir⁸⁷². Eğer failin konuta girme noktasında yetkisi var ise konutta haksız arama suçunun işlenmesi halinde ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçu oluşmaz⁸⁷³. Örneğin usulüne uygun arama kararı doğrultusunda konutta arama gerçekleştiren fail o an için konutta bulunmakla birlikte arama kararına konu olayla ilişkisi bulunmayan bir kişinin üstünü ararsa bu arama haksız bir aramadır. Konutta bu şekilde haksız bir aramanın gerçekleştirilmesi, failin ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan sorumlu tutulmasını gerektirmez. Hukuka uygun olarak konutta gerçekleştirilen arama, konut içerisinde bulunan kişilerin üstlerini arama yetkisi vermez. Bu kişilerin üstlerinin aranabilmesi için suç ile ilişkili olduklarına dair delil bulunması gerekir. Yine aranan şey, kişinin üstünde saklayabileceği bir şey değilse; konutta bulunanların üstünün aranması hukuka aykırıdır⁸⁷⁴. 765 sayılı mülga TCK m. 194/1⁸⁷⁵'de polisin görevini kötüye kullanarak veya kanundaki şartları oluşmadan, bir kişinin konutuna veya eklentilerine girmesi, ayrı bir suç olarak düzenlenmişti.

⁸⁶⁹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3850; GÜLŞEN Haksız Arama Suçu, s. 153.

⁸⁷⁰ Aynı yönde; YILDIRIM, s. 615; Karşı görüş; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3850.

⁸⁷¹ YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3850.

⁸⁷² TCK m. 120 gerekçesi; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 446; Karşı görüş; YILDIRIM, s. 601.

⁸⁷³ Karşı görüş; YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 3850; MALKOÇ, s. 2058.

⁸⁷⁴ SOKULLU AKINCI, Füsün, "Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, 1988, s. 265, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/13712>, E.T.: 26.10.2018.

⁸⁷⁵ 765 sayılı TCK m. 194/1'de "Bir memur vazifesini suistimal ederek veya kanunda muayyen olan usul ve şartlar haricinde olarak aharın mesken veya müstemilâtına girerse üç aydan üç seneye kadar

- Suça iştirak mümkündür. Ancak suçun özgü suç olması nedeniyle kamu görevlisi dışındaki kişiler bu suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla iştirak edebilirler⁸⁷⁶ (TCK m. 40/2). Haksız arama hukuka aykırı bir arama kararı doğrultusunda gerçekleştirilmişse kararı veren kişinin de sorumluluğu yoluna gidilir⁸⁷⁷.

- Suçu işleyen kamu görevlisi, 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suç, re'sen araştırılan suçlardandır. Suç adli görevin icrası kapsamında işlenmiş ise genel hükümlere göre (CMK m. 161/5), idari görevin ifası esnasında işlenmiş ise 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre işlemler yapılır⁸⁷⁸. Konuya ilişkin olarak Yargıtay bir kararında makam şoförü olarak çalıştığı için arama yetkisi bulunmayan polisin, görevinden bağımsız olarak arama işlemi gerçekleştirmesi nedeniyle olayda 4483 sayılı Kanun uyarınca işlem yapılması gerektiğine karar vermiştir⁸⁷⁹.

Fail hâkim ya da savcı ise 2802 Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na göre işlem yapılır. Haksız arama suçunu yargılamakla görevli mahkeme ise suçun, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan davalardan olması nedeniyle 5235 sayılı Kanun m. 11 gereğince asliye ceza mahkemeleridir.

3. HUKUKA AYKIRI ARAMA NETİCESİNDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN MAHKEMEDE KULLANILAMAMASI

3.1. Delilin Hukuka Aykırı Olması Hali

Hâkim, nasıl gerçekleştiğine dair bir görgüsünün bulunmadığı olaylar hakkında hüküm vermektedir. Verilen hükümle, bilhassa sanığın hayatının değişme ihtimali vardır. Özellikle mahkûmiyet kararı sonrasında sanık, artık kendisi hakkında verilen

ve eğer bu işte evin içini araştırmak gibi başka keyfi bir muamele de yapacak olursa altı aydan üç seneye kadar hapis olunur.”

⁸⁷⁶ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA Özel Hükümler, s. 459, GÜLŞEN Haksız Arama Suçu, s. 154; MERAN, s. 549.

⁸⁷⁷ MALKOÇ, s. 2058.

⁸⁷⁸ ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA Özel Hükümler, s. 460.

⁸⁷⁹ Yargıtay 2. CD., E. 2009/42550, K. 2009/46414, K.T. 09.12.2009, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-cd-e-2009-42550-k-2009-46414-t-9-12-2009>, E.T.: 19.12.2018.

hükümün gölgesi altında ömrünü tamamlamak zorundadır. İnsanların hayatında mutlak değişiklikler yapan karara imza atan hâkimin, bu kararını hukuk kuralları içerisinde kalarak vermesi gerekir.

Adalet kavramı, yerine başka bir şeyin ikamesinin mümkün olmadığı bir kavramdır⁸⁸⁰. Hukuk dışı elde edilmiş deliller üzerine tesis edilmiş bir hükümün adalete tercih edilmemesi gerekir. Uygulayıcıların eksik ya da hatalı işlemleriyle elde edilmiş deliller temel alınarak karar verilmesi sadece sanık için değil tüm toplum için bir tehdit oluşturur. Bazı olaylarda hukuka aykırı delillerle elde edilen hüküm gerçekte örtüşebilir. Fakat buradan elde edilecek faydanın adalet kavramına tercih edilmemesi gerekir.

Hükümün altında kararı veren hâkimin imzası bulunmakla birlikte esasında hüküm, yargılamaya katılan herkesin katkısıyla meydana gelir⁸⁸¹. Sanık dosyada, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin bulunduğunu bilmeyebilir. Sanık delillere itiraz etmemiş olsa dahi; hâkim delillerin hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediğinin bilincinde olup, yargılamayı buna göre yürütmelidir. Sanığın bu husustaki bilgisizliğinin aleyhine kullanılmaması gerekir. Henüz ortada bir suç şüphesi yokken gerçekleştirilen önleme araması; muhtemel bir kovuşturma neticesinde verilecek olan hükümün filizlendiği yerdir. Aynı şey suç şüphesinin varlığı sonrasında başvuru adli arama için de geçerlidir. Burada yapılacak hatalar ya da eksiklikler hükme tesir eder.

Ceza yargılamasında, ispat edilmek istenen eylemin ne olacağına önceden tespiti mümkün olmadığı için, bu eyleme ilişkin delillerin önceden toplanması da mümkün değildir. Bu nedenle ceza yargılamasında delil serbestliği ilkesi⁸⁸² ve buna paralel olarak *vicdani delil sistemi* benimsenmiştir. Vicdani delil sistemi, her şeyin delil olabilmesini ve delillerin serbestçe değerlendirilmesini ifade etmektedir⁸⁸³. Ceza yargılamasında delil olabilecek olguların sayılması yerine delil olamayacakların belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Delil serbestliği her şeyin delil olabilmesine açılan bir

⁸⁸⁰ EREM 1986, s. 28.

⁸⁸¹ EREM 1986, s. 5.

⁸⁸² YURTCAN CMK, s. 876-877; CENTEL / ZAFER, s. 233.

⁸⁸³ DÜLGER, Murat Volkan, Dışlama Kuralı Ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi: (Zehirli Ağaçların Meyvesi Öğretisi), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 48.

kapıdır. Fakat her şeyin delil olabilmesinin de sınırı vardır. Hukukun temel ilkelerine aykırı olan ve objektif olarak haklı görünmeyen bulgular delil olarak kabul edilemez⁸⁸⁴. Olayın özelliğine göre aynı delil farklı hususların ispatına hizmet edebilir. Bu nedenle ceza muhakemesinde delillerin kanun koyucu tarafından önceden değerinin belirlenmesi sistemi terk edilerek, delillerin hâkim tarafından değerlendirilmesi sistemi benimsenmiştir⁸⁸⁵.

Ceza yargılamasında taraflara ispat külfeti yüklenmemiştir. Mahkeme re'sen hareket ederek maddi gerçeği ortaya çıkarmayı amaçlar⁸⁸⁶. Kişisel ve toplumsal değerler pahasına maddi gerçeğin ortaya çıkarılması kabul edilmemiştir⁸⁸⁷. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yapılan araştırmaya delil yasakları ile bir sınır çizilmiştir. Ortaya konulan delil yasakları ile kişisel ve toplumsal değerlerin ihlalinin önüne geçilmek istenmiştir. Delil yasağı kavramının ortaya çıkışı noktasında iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre temel hak ve özgürlüklere hizmet etmeyi sağlamak, ikinci görüşe göre ise polisi disiplin altına almak amaçlanmıştır. Almanya'da ilk görüş, Amerika'da ise ikinci görüş öne çıkmıştır. İkinci görüşün benimsenmesi halinde, polisin yaptığı her hukuka aykırılığın yaptırımını olarak elde edilenlerin, delil yasağı kapsamında değerlendirilmesi sonucunu ortaya çıkarır. Bu da mağdurun aleyhine sonuçlar doğurabilir. Esasında delil yasaklarının çıkış noktasını, temel hak ve özgürlüklere hizmet etmek olarak kabul edilmesi, polisin disiplin altına alınması sonucunu da beraberinde getireceği için ilk görüşün temel alınması daha yararlıdır⁸⁸⁸. Amerika Birleşik Devletleri'nde zamanla polisin disiplin altına alınması amacının yanına *hukuksal bütünlüğün sağlanmasının önemi ve anayasal güvenceleri koruma ihtiyacı* eklenmiştir⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ YENİSEY Fair Trial, s. 133.

⁸⁸⁵ KUNTER 1986, s. 542.

⁸⁸⁶ YURTCAN CMK, s. 889; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 170-171.

⁸⁸⁷ ROXIN, Claus: "İspat Hukukunun Esasları", Çeviri: Yener ÜNVER, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, S. 8, 2005/2, s. 273.

⁸⁸⁸ ÖZTÜRK, s. 54-55-56-57.

⁸⁸⁹ SLOBOGIN, Christopher, "Aramadaki Dışlayıcı Kural ile El Koyma Davaları Üzerine Karşılaştırmalı Bakış", Çeviri: Serdar AK / Ezgi ÇUFADAR / Can GÖKALP / Ayça TEKİN, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 678.

Delil vasıtasıyla yargılamaya konu uyuşmazlık mahkeme önünde canlandırılmaktadır⁸⁹⁰. Deliller vasıtasıyla geçmişte ne olduğunun bilgisine sahip olunur⁸⁹¹. Delillerin olayın aydınlatılmasına katkıda bulunması, beş duyu organı ile algılanabilmesi, güvenilir olması ve elde edilebilir nitelikte olması gerekir⁸⁹². KUNTER'e göre deliller rasyonel ve realist olmalı, olayı temsil edebilir nitelikte olmalı, ispatın gerçekleşmesine hizmet etmeli, hukuka aykırı nitelikte olmamalı, hâkim ve taraflarca öğrenilip hakkında tartışılmış olmalıdır⁸⁹³. Deliller asıl çözülmesi gereken hususun ispatına ilişkin olup olmamalarına göre *doğrudan doğruya deliller* ve *dolaylı delil (belirti delili)* olarak ikiye ayrılır. Asıl olayı ispatlayan delilere *doğrudan doğruya deliller* denilirken, ispatı amaçlanan esas olaya bağlı olan yan olayların ispatına yarayan delillere *dolaylı delil (belirti delili)* denir⁸⁹⁴. Deliller genel olarak üç başlık altında toplanarak sınıflandırılmaktadır. Bunlar *beyan, belge ve belirti delilleridir*⁸⁹⁵. Açıklamalar beyan delili, belirli şekillerden yararlanılarak olayın nesnelere aktarılmasına belge delili, olay meydana gelirken, ortaya çıkan ya da suni olarak üretilen her türlü iz ve delile ise belirti delili olarak isimlendirilmektedir⁸⁹⁶. Delil kavramı doktrinde bu şekilde farklı tasniflere tabi tutulsa da CMK'da sadece "*delil*" terimi kullanılmaktadır⁸⁹⁷.

Deliller, sanığın sorgusunun tamamlanmasından sonra ortaya konulmaya başlanır. Sanığın usulüne uygun gerçekleştirilen tebligata rağmen mazeretsiz olarak davete uymaması, delillerin ortaya konulmasına engel değildir (CMK m. 206/1). Ortaya konulması istenen delillerin CMK m. 206/2' de sayılan hallerde reddi mümkündür. Maddeye göre kanuna aykırı elde edilen delillerin reddolunması gerekir. Burada hâkime takdir yetkisi verilmemiştir.

⁸⁹⁰ CENTEL / ZAFER, s. 232.

⁸⁹¹ KUNTER 1986, s. 541.

⁸⁹² CENTEL / ZAFER, s. 235.

⁸⁹³ KUNTER 1986, s. 543-544-545-546.

⁸⁹⁴ CENTEL / ZAFER, s. 236; KUNTER 1986, s. 581.

⁸⁹⁵ AKBULUT, Berrin, "*Delil Değerlendirme Yasakları*", Fasikül Hukuk Dergisi, C. 2, S. 13, Aralık 2010, s. 7; ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 118; DÜLGER, s. 45.

⁸⁹⁶ AKBULUT, Berrin, *Delil Değerlendirme Yasakları*, s. 7.

⁸⁹⁷ AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, "*Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 55.

Ceza yargılamasında sanığın atılı fiil nedeniyle sorumluluğu yoluna gidilebilmesi, eylemin sabit olduğunun ispatına bağlıdır. Eylemin sabit olduğunun ispatı ise hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delilin kullanılması suretiyle gerçekleştirilebilir (CMK m. 217/2). Sanığın masum olduğuna ilişkin şüphelerin bertaraf edilememesi halinde sanığın beraatine karar verilmelidir (CMK m. 223/1-e). İspat, kişiden kişiye değiştiği için nispi bir kavramdır. Kişiler değiştikçe ispat için yeterli görülen delillerin ne olduğu da değişebilir. Kuşkudan arınmış bir ispata ulaşamıyor ise artık şüpheden sanık yararlandırılarak sanık lehine karar verilmesi gerekir⁸⁹⁸.

Toplanan delillerden sonuç çıkarma işlemine delillerin değerlendirilmesi denir. Delillerin değerlendirilmesi hâkim ya da savcılar tarafından yapılır⁸⁹⁹. Deliller, geçmişe tutulan bir projeksiyon gibidir. Bu projeksiyon, ispatlanmak istenen olayın, hâkimin ya da savcının zihninde vücut bulmasına hizmet eder. Hâkim, yargılamaya konu olay hakkında dosyada bulunan deliller vasıtasıyla bir kanaate ulaşır. Dosya kapsamında bulunmayan şeylerden ya da hâkimin inançlarından hareketle oluşan kanaate dayanılarak hüküm tesis edilemez⁹⁰⁰. Ceza muhakemesinde her türlü delil dosya kapsamına girebilir. Fakat dosyaya giren her delil hükme esas alınamaz⁹⁰¹.

Hâkim, yapılan yargılama neticesinde bir karar vermekle mükelleftir. Bu kararı ise duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış olan delillere dayandırabilir. Duruşmaya getirilen ve huzurda tartışılan delillerin hükme ne şekilde tesir edeceğini hâkim vicdani kanaati doğrultusunda serbestçe takdir eder (CMK m 217/1). Vicdani kanaat, kararın delil yerine hâkimin içgüdülerine dayandırılması, keyfi veya gerekçelendirilmemiş kanı anlamına gelmemektedir⁹⁰². Vicdani kanaat hâkimin delil araştırmasındaki sınırını gösterir. Vicdani kanaat delil olmadığı gibi tek başına hüküm sebebi de değildir⁹⁰³. Anayasa’da, hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre hüküm

⁸⁹⁸ YURTCAN CMK, s. 878.

⁸⁹⁹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 386-387.

⁹⁰⁰ EREM 1986, s. 347.

⁹⁰¹ EREM 1986, s. 372.

⁹⁰² ÜNVER, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 103.

⁹⁰³ EREM 1986, s. 348.

verecekleri ayrıca düzenlenmiştir. Anayasa, bu şekilde teşekkül edecek hükmün sınırlarını kanun ve hukuk olarak belirlemiştir (AN. m. 138/1). Anayasa'ya göre hâkim, vicdani kanaatini gerekçe göstererek; hukuka, kanuna aykırı karar veremez. Vicdani kanaat doğrultusunda karar verecek olan hâkimin hukuki bilgisinin iyi seviyede olması yeterli değildir. Hâkimlerin, hayatı ve insanı da tanımaları gerekir. Hâkimi hükme götüren vicdani kanaatin salt hukuki bilgi ile teşekkül edemeyeceğini düşünmekteyiz.

Deliller, hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir⁹⁰⁴. Konu, mülga muhakeme kanunumuzun delilleri takdir salahiyeti başlıklı 254/1 maddesinde “*Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder...*” şeklinde düzenlenmişti. Maddenin ikinci fıkrasında ise hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delilleri hem soruşturma hem de kovuşturma organlarının hükme esas alamayacağı düzenlenmişti. Mülga kanunun lafzına göre hükme esas alınamayan hukuka aykırı delillerin diğer muhakeme işlemlerine esas alınması mümkündür⁹⁰⁵.

Hukuka aykırılık kavramı, yasalar ile çizilen sınırların ötesinde pozitif hukuk metinleri ile evrensel hukuk ilkelerine aykırılığı da bünyesinde barındıran bir kavramdır. Anayasa Mahkemesi *anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümünü* hukuka aykırılık kavramı içinde kabul etmektedir⁹⁰⁶. Delilin hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediği hususunda bir şüphe var ise burada şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmaz ve delil yargılamada kullanılır⁹⁰⁷. Hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılıp kullanılmayacaklarına ilişkin olarak farklı görüşler vardır. Hukuka aykırı delilin hâkime takdir yetkisi bırakılmadan muhakemede kullanılmasının yasak olmasına “*mutlak değerlendirme yasağı*”, hukuka

⁹⁰⁴ CENTEL / ZAFER, s. 760.

⁹⁰⁵ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 404.

⁹⁰⁶ AYM, Karar Sayısı: 2001/2, Karar Günü: 22.06.2001, Resmî Gazete Tarihi: 5 Ocak 2002 (Mükerrer), Resmî Gazete Sayısı: 24631, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=amk1999-2_1.htm&kw=24631#fm, E.T.: 20.12.2018; YCGK, E. 2005/7-144, K. 2005/150, K.T. 29.11.2005 Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2005-7-144.htm>, E.T.: 14.12.2018; Aynı yönde; CENTEL / ZAFER, s. 769.

⁹⁰⁷ DÜLGER, s. 64; CENTEL / ZAFER, s. 771.

aykırı delilin muhakemede kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin olarak uygulayıcıya takdir yetkisi tanınması haline ise “*nispi delil yasağı*” denilmektedir. Mutlak değerlendirme yasağında delil hukuka aykırı elde edilmiş ise, delil değerlendirme yasağı kapsamına bir değerlendirme yapılmadan girmektedir. Nispi delil yasağında ise, hukuka aykırı delile ilişkin olarak toplumun ve bireyin çıkarları arasında bir denge bulma çabası içine girilerek delilin kullanılmasına ya da kullanılmamasına karar verilmektedir⁹⁰⁸.

Kanuni düzenlemenin hukuka aykırı olması halinde olduğu gibi her pozitif düzenlemeye aykırılığın her halde hukuka aykırılık olarak nitelendirilemeyeceğini ileri süren yazarlar da vardır⁹⁰⁹. Hukuka aykırı elde edilen delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin farklı görüşler vardır. İlk görüşe göre, hukuka aykırı elde edilen delil yargılamada kullanılarak değerlendirilme kapsamına alınmalıdır. Delilin hukuka aykırı elde edilmesinin faturası ise delili, hukuka aykırı olarak elde edenlere çıkartılarak, onların sorumlulukları yoluna gidilmelidir. İkinci görüş ise, ancak hukuka uygun olarak elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılmasını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılması bazı üstün değerleri yok eder. Bunun ise kabulü mümkün değildir⁹¹⁰. Bir diğer görüşe göre ise, hukuka aykırılık ile delilin elde edilmesi arasında bir illiyet bağı yok ise delil hukuka aykırı olarak kabul edilmemeli ve muhakeme de kullanılmalıdır⁹¹¹.

Hukuka aykırı delilleri, *delil yasağı* başlığı altında incelemek yerine *delil elde etme* ve *değerlendirme* yasakları olarak iki başlık altında inceleyen yazarlar bulunmaktadır⁹¹². ROXIN ise konuyu ispat yasağı üst başlığı altında delil elde etme ve delil değerlendirme yasağı olarak incelemektedir⁹¹³. Delil değerlendirmeye ilişkin yasağın, delil elde edilmesine ilişkin yasağın çiğnenmesinin kaçınılmaz bir sonucu olduğu için bu şekilde yapılan ayırımının yerinde olmadığı konunun *delil yasağı* başlığı

⁹⁰⁸ CENTEL / ZAFER, s. 772-773.

⁹⁰⁹ ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 213.

⁹¹⁰ YURTCAN CMK, s. 888.

⁹¹¹ CENTEL / ZAFER, s. 773.

⁹¹² ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 669; CENTEL / ZAFER, s. 769; AKBULUT Delil Değerlendirme Yasakları, s. 10.

⁹¹³ ROXIN, s. 272.

altında incelenmesi gerektiğini ileri süren yazarlar mevcuttur⁹¹⁴. DÜLGER, delil elde etme yasağı ile değerlendirme yasağının farklı kavramlar olduğunu ve teorik açıdan bu ayrımın var olduğunu fakat Anayasa ve CMK'daki konunun düzenleniş şekli nedeniyle pratikte bu ayrımın bir öneminin kalmadığı görüşündedir⁹¹⁵. AKBULUT, mevzuatımız gereği ancak hukuka uygun şekilde elde edilen delillerin kullanılabilmesini, hukuka aykırı delillerin kullanılmayacağı görüşündedir. Yine mevzuat hükümleri gereği, hukuka aykırılığın tespiti noktasında aykırılığın, şekli ya da esasa yönelik olması yahut hak ihlali barındırıp barındırmadığı hususlarının da bir önemi bulunmadığı, burada bir derecelendirme yapılamayacağı görüşündedir. AKBULUT, mevzuatın bu haliyle sakıncalar barındırdığını ve hak ihlali barındırmayan hukuka aykırı delillerin değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini ileri sürerek, buna ilişkin mevzuat değişikliği yapılması gerektiğini savunmaktadır⁹¹⁶. YENİSEY ise delillerin hukuka aykırılığı ile hukuka aykırı delillerin hükümde kullanılmasının ayrı başlıklar altında incelenmesi gerektiği görüşündedir⁹¹⁷.

Dürüst yargılanma hakkının bünyesinde barındırdığı temel sanık hakları sağlanmadan, araştırma ve kovuşturma organları için öngörülen yetki sınırları aşarak veya kanunun elde edilmesini yasakladığı bir delil elde edilmiş ise bu delillere “*kanuna aykırı yöntemle elde edilen delil*” denilmektedir⁹¹⁸. Anayasa m. 38/6'da ise kanuna aykırı elde edilen bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, hukukumuzda mutlak ve nispi delil yasağı şeklinde yapılan ayrıma gitmeden *mutlak delil yasağı* benimsenmiştir⁹¹⁹. Bu yasak, disiplin soruşturmaları da dâhil olmak üzere tüm yargılamalar için geçerli bir yasaktır⁹²⁰.

⁹¹⁴ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 399.

⁹¹⁵ DÜLGER, s. 68.

⁹¹⁶ AKBULUT Delil Değerlendirme Yasakları, s. 19-20.

⁹¹⁷ YENİSEY Fair Trial, s. 165.

⁹¹⁸ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU s. 1424.

⁹¹⁹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 399; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE 2017, s. 672; CENTEL / ZAFER, s. 779; AKYÜREK, Güçlü, “*Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, Ankara 2012, s. 75, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1198>, E.T.: 20.12.2018; DEMİRTAŞ, Ali Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 379-380; ÜNVER, s. 133-134-135; DÜLGER, s. 90-91.

⁹²⁰ ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 211.

Böylelikle her durumda hukuka aykırı delillerin kullanımının önüne geçilmiştir⁹²¹. Bir görüşe göre, delilin elde edilmesi aşamalarındaki her hukuka aykırılık delilin hüküm verirken kullanılmaması sonucunu doğurmamalıdır. Fakat sanığın temel haklarının ihlâli ile elde edilen deliller açısından durumun farklı değerlendirilmesi gerekir. Buna göre sanığın temel hakları ihlal edilerek elde edilen delillerin hükümde yer edinmesine istisnasız bir şekilde izin verilmemesi gerekir⁹²². Bazı yazarlara göre; kanununa aykırı elde edilen delillerin kullanılabilmesi bazı istisnai durumlar vardır. Hukuka aykırı olarak verilen arama kararına istinaden kolluk tarafından gerçekleştirilen arama işleminde; kolluk, arama kararındaki hukuka aykırılıktan habersiz ve iyiniyetli olarak aramayı gerçekleştirmiş ise bu şekilde elde edilen deliller kanuna uygun delil olarak kabul edilebilir. Yürürlükteki kanun uyarınca yapılan arama işlemi ile elde edilen deliller, kanunda değişiklik yapılması halinde hukuka aykırı hale gelmez. Normun koruduğu hukuki menfaatin ihlal edilmemesi halinde, elde edilen delilin yargılamada kullanılması mümkündür. Yabancı ülke kanunlarına uygun elde edilen delillerin ise, insan haklarının ihlal edilmemiş olması şartıyla, Türkiye’de gerçekleştirilen muhakemede kullanılması mümkündür. Örneğin usule uygun olarak rızaya dayalı arama ile elde edilen delilin Türkiye’de rızaya dayalı aramanın kabul edilmemiş olmasına rağmen yapılacak olan yargılamada kullanılması mümkündür⁹²³.

Delil elde etme yönteminin hukuka uygun olup olmadığı belirlenirken öze ilişkin olmayan, sanığın temel haklarını ihlâl etmeyen şekli hukuka aykırılıkların dikkate alınmaması gerektiğini savunan yazarlar mevcuttur⁹²⁴. Burada mülga kanundan farklı olarak mutlak bir yasak söz konusu olmayıp hâkime, değerlendirme yapabileceği, takdir yetkisini kullanabileceği bir alan bırakıldığı yönünde de görüşler vardır⁹²⁵. Bazı yazarlar ise hukukumuzdaki düzenlemelerin bu şekilde bir ayrıma gidilmesine elverişli olmadığını, hukuka aykırılığın öze ilişkin olmaması ya da şekli

⁹²¹ ERYILMAZ 2012, s. 659.

⁹²² YENİSEY Fair Trial, s. 210-211; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1412.

⁹²³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1413-1414-1415.

⁹²⁴ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1421-1422, ERYILMAZ 2012, s. 660; GÜLŞEN, Recep, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, CHKD, C. 3, S. 2, 2015, s. 250.

⁹²⁵ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1425.

hukuka aykırılık düzeyinde kalmasının sonucu değiştirmeyeceği görüşündedir⁹²⁶. Yargıtay kararlarına bakıldığında ise hukuka aykırı delillere ilişkin yapılan değerlendirmede, hukuka aykırılığın şekli düzeyde olup olmadığına bakılarak bir karar verildiği görülmektedir⁹²⁷. Anayasa tarafından hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak benimsenen mutlak delil yasağının, Yargıtay tarafından uygulama alanının daraltılmaya çalışılması Anayasa'ya⁹²⁸, CMK m. 217/2'ye aykırıdır⁹²⁹. Mevzuatımıza göre hukuka aykırı delilin ispat aracı olarak kullanılması mümkün değildir⁹³⁰.

Hukuka aykırı delilden yola çıkılarak ulaşılan deliller bir diğer adıyla “türev deliller⁹³¹” açısından konunun ayrıca incelenmesi gerekir. Bir görüşe göre, Anayasa m. 36'de delil yerine bulgu kelimesi tercih edilmiştir (m. 38/6). Bu tercih, hukuka aykırı elde edilmiş delillerin *uzak (dolaylı) etkisini* de delil yasakları kapsamına dâhil etmektedir. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilden yola çıkılarak elde edilen deliller de yargılamada kullanılmamalıdır⁹³². Azınlıkta kalan diğer görüşe göre ise, bu şekilde elde edilmiş delillerin hukuka aykırı olacağına yönelik bir düzenleme yoktur. Bu nedenle delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi halinde hükme esas alınabilmesi mümkün olmalıdır⁹³³. Bazı yazarlara göre hukuka aykırı olarak elde edilen delilden hareketle elde edilen delillere devlet kendi imkân ve araçları ile ulaşabilecek durumda ise bu delillerin yargılamada kullanılması mümkündür⁹³⁴. Yargıtay'ın konuya ilişkin değerlendirmesi ise yeknesak değildir. Olayın içeriğine hatta kurul üyelerine göre bu değişkenlik göstermektedir⁹³⁵. Kanaatimizce hukuka aykırı delilden yola çıkılarak elde edilen delillerin de yargılamada kullanılması hukuka aykırıdır.

⁹²⁶ KARAKEHYA 2016, s. 265; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 666; CENTEL / ZAFER, s. 779; ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 202-203; DÜLGER, s. 59.

⁹²⁷ KARAKEHYA 2016, s. 265.

⁹²⁸ DÜLGER, s. 59.

⁹²⁹ ERYILMAZ 2012, s. 661.

⁹³⁰ DÜLGER, s. 91.

⁹³¹ DÜLGER, s. 106.

⁹³² ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 415-422; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 674; CENTEL / ZAFER, s. 782; ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 219.; GÜLŞEN 2015, s. 238; DEMİRTAŞ, s. 388; ERYILMAZ 2012, s. 656; ÜNVER, s. 138-139, AKBULUT Delil Değerlendirme Yasakları s. 24-25. DÜLGER, s. 120-121.

⁹³³ KARAKEHYA 2016, s. 266.

⁹³⁴ YENİSEY Fair Trial, s. 214; ŞAHİN, s. 203.

⁹³⁵ DÜLGER, s. 116.

Hukukumuzda, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin dosya kapsamına girmesi kabul edilmemektedir. Fakat hukuka aykırı delil bir şekilde dosya kapsamına girmiş ise, bu delilin dosyadan çıkarılması da kabul edilmemiştir (CMK m. 230/1-b)⁹³⁶. CMK'daki açık düzenleme nedeniyle hukuka aykırı delillerin artık dosyadan çıkarılmasının önü kapatılmıştır. Buna karşı maddede değişikliğe gidilerek, hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması şeklinde düzenleme yapılmasının yerinde olacağını ifade eden yazarlar mevcuttur⁹³⁷. CMK m. 289/1-i bendinde mahkemenin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanarak hüküm vermesi, hukuka kesin aykırılık hali olarak kabul edilmiştir. Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı kuralının istisnasız bir şekilde uygulanması, mağdur ya da suçtan zarar görenin bu sefer de devlet eliyle mağdur edilmesi sonucunu doğurur. Uygulayıcıların eksik ya da hatalı işlemlerinin sonuçlarına mağdur ya da suçtan zarar görenlerce katlanılmasını beklemek de adil bir çözüm değildir. Bu nedenle, gündüz yapılması gereken aramanın gece yapılmasında olduğu gibi, hak ihlali ile sonuçlanmayan basit şekil aykırılıklarından ibaret olan hukuka aykırılık hallerinin, delil yasakları kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönünde de görüşler vardır⁹³⁸.

Hukuk mahkemelerinde usûli hükümlere riayet etmeyen taraf, eksikliğinin sonucuna yine kendisi katlanır. Fakat ceza muhakemesinde uygulayıcılar tarafından gerçekleştirilen usûli eksikliklerin neticeleri; önce mağdur ve sanık üzerinde, neticeten ise tüm toplum üzerinde kendisini göstermektedir. Bu nedenle hukuka aykırı delillerin istisnasız olarak yargılama dışında bırakılması, bu durumdan beklenen faydadan çok zarara yol açabilir. Kanaatimizce de hak ihlaline yol açmayan, öze temas etmeyen şekli hukuka aykırılıklar, delilin hükme esas alınmasına engel teşkil etmemelidir. Fakat Anayasa ve CMK'daki hukuka aykırı delillere ilişkin açık düzenlemeler, bu şekildeki istisnaların kabul edilmesine izin vermemektedir. Bu nedenle mevzuatımız gereği hukuka aykırı elde edilen delillerin istisnasız bir şekilde yargılamada kullanılmaması gerekir.

⁹³⁶ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 404; KARAKEHYA, 2016, s. 267; CENTEL /ZAFER 2017, s. 785; AKYÜREK Ankara, s. 79.

⁹³⁷ ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 217.

⁹³⁸ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 406-407.

3.2. Karşılaştırmalı Hukukta Hukuka Aykırı Delil Kavramı

Hukukumuzda delil yasakları olarak anılan hukuka aykırı delilin muhakemede kullanılması yasağı Anglosakson hukuk sisteminde “*dışlama kuralı*” olarak isimlendirilmektedir. Kural hukuka aykırı delillerin dışlanması, kullanılmamasını ifade etmektedir⁹³⁹.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında İsviçre Ceza Muhakemesi Kanununa göre her usûle aykırılık, delilin değerlendirilmesine engel teşkil etmemektedir. Kanunun m. 141/3 fıkrasında, hukuka aykırılığın usûli boyutta kalması halinde, delilin değerlendirilmesinin mümkün olduğu açıkça düzenlenmiştir⁹⁴⁰. Hukuka aykırı delillerin uzak etkisi ise İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu m. 141/4’de düzenlenmiştir. Maddeye göre değerlendirilemeyecek bir delilden hareketle elde edilen delillerin de değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir⁹⁴¹. İtalyan Ceza Muhakemesi’ne göre ise, hükümsüz eyleme dayanılan ve bu eylemin ardından gelen eylemler de hükümsüzdür. Sonraki eylemler “yasak ağacın meyveleri” olarak kabul edilmektedir⁹⁴².

Amerikan ceza muhakemesinde delil yasakları çiğnenerek elde edilen delillerin kullanılması kabul edilmemektedir. Alman ceza muhakemesi hukukunda ise delil elde etme yasağı çiğnenerek elde edilen delil her halde delil değerlendirme kapsamında değerlendirilmemektedir.⁹⁴³ Öğretide ise genel kabul gören bir ispat yasağı benimsenmemiştir⁹⁴⁴. Amerikan ceza muhakemesinde dolaylı olarak kabul edilen deliller, *zehirli ağacın meyvesi zehirli olur* düşüncesiyle değerlendirme dışında tutulmaktadır. Alman hukukunda ise konu tartışmalı olup⁹⁴⁵, hukuka aykırılığın dolaylı yoldan elde edilen delile sirayet etmeyeceğine ilişkin görüş ağırlıktadır⁹⁴⁶. Bu

⁹³⁹ DÜLGER, s. 70-71.

⁹⁴⁰ GLESS, Sabine; “*Delil Yasakları ve Uzak Etki*”, Çeviri: Kerem ÖZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 350-351.

⁹⁴¹ GLESS, s. 353.

⁹⁴² THAMAN, Stephen C., “*Karşılaştırmalı Hukukta Yasak Ağacın Meyveleri*”, Çeviri: Ahmet Emrah GEÇER, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 373.

⁹⁴³ DÜLGER, s. 75.

⁹⁴⁴ ROXIN, s. 272.

⁹⁴⁵ ROXIN, s. 287; DEMİRTAŞ, s. 382 vd.

⁹⁴⁶ ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 234.

konudaki diğer bir görüş ise, hukuka aykırı delil olmasa idi dolaylı olarak elde edilen delile ulaşmak mümkün değil ise, bu delilin artık değerlendirme kapsamına alınmaması gerekir. Buna karşı dosya kapsamı itibari ile bu delil elde edilebilir nitelikteyse delilin değerlendirmeye tabi tutulması mümkün olabilir⁹⁴⁷.

AİHS'nin adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesinde hukuka aykırı elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. AİHM, yargılamada hukuka aykırı delillerin kullanılmasını doğrudan adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmemektedir. Mahkeme, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini ayrıca incelemektedir. Bununla birlikte hukuka aykırı delil; işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlar ile elde edilmiş ise başka bir değerlendirme yapılmadan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir. Bu noktada hukuka aykırı delilin davanın odak noktasında bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur⁹⁴⁸. Mahkeme hukuka aykırı delillerin kullanılmasında nispi yasaklama görüşünü benimsemiş olup, bu görüşü benimsemesindeki temel etken sözleşmeye taraf olan devlet mahkemelerinin yerine geçerek karar vermektan imtina etmesinden kaynaklanmaktadır. Mahkeme hukuka aykırı delillerin sözleşme ile güvence altına alınan hakları ihlal edip etmediğini ayrıca incelemektedir⁹⁴⁹. Hukuka aykırı delil özel kişiler tarafından elde edilmiş ise, bu durumda da doğrudan hak ihlali kararı verilmemektedir. Delil suçlamanın odağında bulunuyor ise ve delilin inanılabilirliğine ilişkin sanık tarafından makul şüphelerin varlığı ortaya konulmuş ve şüpheler bertaraf edilememişse mahkeme hak ihlalinin varlığına karar vermektedir⁹⁵⁰.

Almanya'da hukuka aykırı delillerin değerlendirmeye tabi tutulmamalarına ilişkin farklı teoriler ortaya atılmıştır. Teorilerden ilki *hak alanı teorisidir*. Bu teoriye göre sanığın hak alanına girilmediği sürece maddi gerçeğe ulaşma amacı ön planda tutulmalıdır. Hak alanı teorisi geliştirilerek *koruma amacı teorisine* ulaşılmıştır. Bu teoriye göre delil değerlendirme yasağı sanığın korunmasına ilişkin konulan hükümlerin ihlali ile devreye girmektedir. Bugün Almanya'da kabul gören *değerler*

⁹⁴⁷ ROXIN, s. 288.

⁹⁴⁸ İNCEOĞLU, s. 287-288, YENİSEY Fair Trial, s. 208-209; ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 209.

⁹⁴⁹ AKYÜREK Ankara, s. 76.

⁹⁵⁰ İNCEOĞLU, s. 291.

tartımı teorisine göre ise delil elde edilmesindeki hukuka aykırılıkların değerlendirme yasağına yol açıp açmaması gerektiği, her olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Bu nedenle delillerin elde edilmesindeki hukuka aykırılıkların delillerin değerlendirilmesi aşamasında ne şekilde dikkate alınacağına yönelik genel, bağlayıcı kuralların konulmaması gerekir. Bu teori *normatif hatanın sonuçları teorisi* ile daha da ileriye taşınmıştır. He iki teori özellikle ağır suçlarda delilin elde edilmesinde temel hakları ihlal edilmiş olsa dahi delilin değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu durum ise sanığın özne olmaktan çıkarılması ve adil yargılama ilkelerinin ihlali sonuçlarını doğurabilir⁹⁵¹. Almanya’da hem öğretide hem de yargı kararlarında deliller elde edilirken, ortaya çıkan tüm hukuka aykırılıkların delillerin değerlendirilmesine engel olmayacağı görüşü ağır basmaktadır. Bununla birlikte hangi nitelikteki hukuka aykırılıkları delil değerlendirme yasağına tabi tutulacağı hangilerinin ise bu yasak kapsamı dışında kalacağına ilişkin genel bir kural ortaya konulmamıştır⁹⁵².

3.3. Yargıtay Kararları Işığında Arama İşleminde Hukuka Aykırı Delil

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller, sanığın aleyhine kullanılmayacağı gibi lehine de kullanılamaz⁹⁵³. DÜLGER bu konuda, çoğunlukta olan görüşe katılarak hukuka aykırı delillerin sanığın lehine dahi olsa kullanılmayacağı kanaatindedir. Aksi halde “basit hukuka aykırılık” olarak nitelendirilen durumlarda hukuka aykırı fakat sanık aleyhine olan delillerin kullanılmasının yolunun açılacağı, hatta bazı kararlarda bu şekilde karar verildiğinin altını çizmektedir⁹⁵⁴. CENTEL / ZAFER çoğunluğun görüşüne katılmamakta olup; CMK m 217’de geçen “Yüklenen suçun ispat edilmesi” ibaresinin suçun işlenmiş olması hali için geçerli olduğunu, bu nedenle suçun işlenmemiş olması halinde yani sanığın lehine olan hallerde hukuka aykırı

⁹⁵¹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 408-409-410-411.

⁹⁵² ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 408.

⁹⁵³ ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 243; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 405; AKYÜREK Ankara, s. 78.

⁹⁵⁴ DÜLGER, s. 93.

delillin kullanılabilceği kanaatindedir⁹⁵⁵. ŞEN ise hukuka aykırı delilin, delillerin kamu gücü marifetiyle toplanmış olmasđ ve suçsuzluk karinesi sebeplerine dayanarak hukuka aykırı delillerin sanđđın lehine kullanılabilceği görüřündedir⁹⁵⁶.

Kanaatimizce hukuka aykırı elde edilmiş delilin sanđđın lehine kullanılabilmesi nispi delil yasağı ya da mutlak delil yasağının kabul edilmesine göre değişir. Nispi delil yasağının kabul edilmesi halinde hukuka aykırı delillerin sanđđın lehine kullanılması mümkün iken; mutlak delil yasağının benimsenmesi halinde bu delillerin sanđđın lehine de olsa yargılamada kullanılması mümkün olmamalıdır. Ülkemizde ise hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması Anayasa ve CMK'nın düzenleniş biçimi itibari ile mümkün değildir. Bu nedenle hukuka aykırı delillerin sanđđın lehine kullanılmasının da kabul edilmemesi gerekir. Bu noktada hukuka aykırı delilin sanđđın lehine kullanılması ile CMK m. 290⁹⁵⁷, da düzenlenen "Sanđđın yararına olan kurallara aykırılık" kavramı birbirinden farklı durumları ifade ettiği için CMK m. 290 gerekçe gösterilerek hukuka aykırı delillerin sanđđın lehine kullanılmasının kabulü de mümkün değildir.

Özel kişiler tarafından dosyaya sunulmuş olan hukuka uygun deliller de yargılamada kullanılabilir⁹⁵⁸. YURTCAN, CMK'nın delillere ilişkin düzenlemelerinin özel kişileri bağlayıcı nitelikte olmadđđı, insan hak ve özgürlüklerinin açık bir şekilde ihlal edilmemesi koşuluyla özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılabilceğini savunmaktadır⁹⁵⁹. DÜLGER ise özel kişilerce dosyaya sunulan hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmayacağı görüşünde olmakla birlikte, özel kişilerin tesadüfen elde ettiği deliller açısından bir istisna uygulanarak bu delillerin yargılamada kullanılabilceği görüřündedir⁹⁶⁰. YENİSEY /

⁹⁵⁵ CENTEL / ZAFER, s. 781.

⁹⁵⁶ ŞEN, Ersan, "Hukuka Aykırı Delillerin Dosyadan Çıkartılması", Yorumluyorum-XIV, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2017. s. 312.

⁹⁵⁷ CMK m. 290 "Sanđđın yararına olan hukuk kurallarına aykırılık, sanık aleyhine hükmün bozdurulması için Cumhuriyet savcısına bir hak vermez."

⁹⁵⁸ ÜNVER / HAKERİ C. II, s. 252; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 402; ÖZBEK / DOğAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 674; AKYÜREK Ankara, s. 77; ÜNVER, s. 136; AKBULUT Delil Değerlendirme Yasakları, s. 25; YCGK, E., 2002/6-95, K. 2002/252, K.T. 21.05.2002, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2002-6-95-k-2002-252-t-21-05-2002-yargitay-ceza-genel-kurulu-karari/514450/21+05+2002+ceza+genel+kurulu>, E.T.: 21.11.2018.

⁹⁵⁹ YURTCAN CMK, s. 887.

⁹⁶⁰ DÜLGER, s. 65.

NUHOĞLU'na göre, özel kişilerin yaptığı hukuka aykırılığın ağırlığına bakılarak delilin kullanılıp kullanılmayacağına karar verilmesi gerekir. Buna göre, özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılmasına mutlak bir şekilde karşı çıkılmamaktadır⁹⁶¹. Anayasa herkesi bağlayıcı niteliktedir. Bu nedenle özel kişiler tarafından elde edilen bulgular hukuka uygun olarak elde edilmemiş ise delil olarak kabulü mümkün değildir⁹⁶².

Hukuka uygun olarak elde edilen bir delilin başka bir davada kullanılması bir kural olarak benimsenmiştir⁹⁶³. Yargıtay Genel Kurulu kararına konu olayda uyuşturucu ticareti suçuna ilişkin alınan iletişimin dinlenmesi kararı sonucunda elde edilen delillerin suç işlemek amacıyla örgüt kuran veya yönetenler hakkında kurulacak hükümlere esas alınıp alınamayacağı hususu tartışılmış ve sanıkların suç işlemek amacıyla kurulan örgütün yöneticisi mi yoksa üyesi mi olduğu ancak yargılamanın sonunda belli olacağından, atılı suç niteliğinin değişmesi ihtimali bulunan suçlar açısından elde edilen deliller hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delil olarak kabul edilmiştir⁹⁶⁴.

Yargıtay'ın 26.06.2007 tarihli kararına konu bir olayda, aramada bulunması gereken arama tanıkları olmadan arama işlemi gerçekleştirilmiştir. Yargıtay, yapılan işlemin şeklen hukuka aykırı olduğunu tespit etmiş; sonrasında bu arama neticesinde elde edilen delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağına yönelik bir değerlendirme yapmıştır. Kararda, Genel Kurulun 29.11.2005 gün ve 144-150⁹⁶⁵ sayılı kararına konu olay kısaca ele alınmış ve dosya ile mukayese edilmiştir. 29.11.2005 tarihli kararda, usulüne uygun arama kararı olmadan gerçekleştirilen arama işleminin hukuka aykırı olduğunun tespitinin ardından, bu şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına karar verilmiş olup Genel Kurul incelemeye konu edilen olay ile 29.11.2005 tarihli karara konu olayın birbirinden farklı nitelikler

⁹⁶¹ YENİSEY / NUHOĞLU, 538.

⁹⁶² ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 425.

⁹⁶³ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1414.

⁹⁶⁴ YCGK, E. 2013/10-468, K. 2014/268, K.T. 20.05.2014, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2013-10-468.htm&kw=147/159`#fm>, E.T.: 18.12.2018.

⁹⁶⁵ YCGK, E. 2005/7-144, K. 2005/150, K.T. 29.11.2005, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2005-7-144.htm>, E.T.: 14.12.2018.

taşıdığını, arama işlemin icrasında ortaya çıkan şekle aykırılığın, elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirmeyeceğine karar vermiştir⁹⁶⁶. Anayasa Mahkemesi 2013/6183 nolu başvuru neticesinde arama tanıklarının yoklunda yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu ve hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil statüsünde olduğuna karar vermiştir⁹⁶⁷. Genel Kurul 28.04.2015 tarihli kararında, Anayasa Mahkemesinin 2013/6183 nolu başvuru neticesinde verdiği karar uyarınca arama tanıklarının yokluğunda yapılan aramanın ve bu arama neticesinde elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁹⁶⁸.

Yargıtay, 25.11.2014 tarihli kararında, usule aykırı arama emri doğrultusunda yapılan arama işlemi neticesinde elde edilen delillerin, yargılamada kullanılmayacağı yönündeki görüşünü tekrar ederek, sanığın soruşturma aşamasında yaptığı ve kovuşturmada vazgeçtiği müdafii huzurunda alınmayan, başkaca maddi delillerle desteklenmeyen ikrarına istinaden mahkûmiyet kararı verilemeyeceğine karar vermiştir⁹⁶⁹. Yargıtay eski tarihli bir kararında ise hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağını fakat sanık tarafından yapılan ikrarın mahkûmiyet için yeterli olduğuna karar vermiştir⁹⁷⁰. Yargıtay bu kararında

⁹⁶⁶ YCGK, E. 2007/7-147, K. 2007/159, K.T. 26.06.2007, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2007-7-147-k-2007-159-t-26-06-2007>, E.T.: 14.12.2018.

⁹⁶⁷ Karara konu olayda arama tanığı olmadan adli arama icra edilerek yargılamadaki tek ve belirleyici delil elde edilmiştir. Anayasa Mahkemesi aramada bulunması gereken arama tanıkları olmadan icra edilen aramanın ve arama neticesinde elde edilen delilin hukuka aykırı olduğuna ve bu hukuka aykırılıkların adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu karar vermiştir. AYM, Karar Tarihi : 19.11.2014, Resmi Gazete Tarihi: 7 Mart 2015, Resmi Gazete Sayısı: 29288, https://legalbank.net/belge/aym-bireysel-basvuru-2013-6183-t-19-11-2014-aylanmasi-yasak-av-hayvanlarına-iliskin-unsurlari-bulund/1450978/19_11_2014, E.T.:15.12.2018.

⁹⁶⁸ Genel Kurul kararına konu olayda 6136 sayılı yasaya muhalefet suçuna ilişkin olarak arama tanıkları bulunmadan gerçekleştirilen aramanın hukuka aykırı olduğu ve arama neticesinde elde edilen mermilerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil statüsünde olduğuna karar vermiştir. YCGK, E. 2013/464, K. 2015/132, K.T. 28.04.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2013-464-k-2015-132-t-28-4-2015>, E.T.: 11.04.2019.

⁹⁶⁹ YCGK, E. 2014/8-166, K. 2014/514, K.T. 25.11.2014, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2014-8-166.htm&kw=E.+`2014/8-166`+K.+2014/514+T.+25.11.2014#fm>, E.T.: 22.12.2018.

⁹⁷⁰ Karara muhalif kalan bir üye sanığın ikrarının hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen delillerden kaynaklandığını sanığın serbest iradesi ile ikrarda bulunmadığını, bir kısım üyeler ise olayda ikrarın başkaca maddi deliller ile desteklenmediğini bu nedenlerle olaydaki ikrarın mahkûmiyet için yeterli olmadığını belirterek karara karşı oy kullanmışlardır. YCGK, E. 2005/7-144, K. 2005/150, K.T. 29.11.2005, <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2005-7-144.htm>, E.T.: 22.12.2018.

yasak delillerin uzak etkisini kabul etmemiştir⁹⁷¹. İkrar yoluna giden sanık; ikrarına sebep olan aramanın hukuka aykırı olduğu ve bu arama neticesinde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına bilgisine vakıf olmayabilir. Bu nedenle içine düştüğü durumda ikrar etmenin, kendisinin menfaatine olacağı kanaati ile ikrar yolunu seçebilir. Kanaatimizce, bu gibi durumlarda hukuka aykırı delillerin uzak etkisi nedeniyle yapılan ikrar, sanığın mahkumiyetine yeterli görülmemelidir. Dosya kapsamında mahkumiyete yeter başkaca maddi delilin bulunmaması halinde sanığın beraatine karar verilmesi gerekir⁹⁷².

Yargıtay, önleme araması kararına istinaden gerçekleştirilen aramalarda suç şüphesi ile karşılaştırılması ve suçüstü halinin bulunmaması durumunda, adli arama kararı alınarak aramaya devam edilmesi gerektiği aksi halde elde edilen delillerin hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil olarak kabul edilip hükme esas alınamayacağı yönünde karar vermektedir⁹⁷³. Arama esnasında bir suçun işlendiğine ilişkin şüphe uyandıracak bir delil ile karşılaşılmış ise delilin muhafaza altına alınması gerekir (CMK m. 138/1). Arama işlemi hukuka aykırı ise arama işlemi esnasında elde edilen tesadüfi deliller de hukuku aykırı yöntemle elde edilmiş delil kabul edilmektedir⁹⁷⁴.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, önleme araması açısından bazı ilkeler kabul etmiştir. Buna göre;

-Makul bir sebep olmadan belirli aralıklarla yenilenmek suretiyle birbirini takip eden ve süreklilik gösteren ve kişilere genel arama izlenimi veren arama kararları hukuka aykırıdır,

-Önleme araması kararına istinaden gerçekleştirilen bir aramada suç şüphesi ile karşılaşılmış ise aramaya devam edilmek istenmesi halinde, CMK hükümlerine göre hareket edilerek adli arama kararı alınmalı,

⁹⁷¹ Aynı yönde; AKYÜREK Ankara, s. 73.

⁹⁷² Aynı yönde; GÜLŞEN 2015, s. 238.

⁹⁷³ YCGK, E. 2016/800, K. 2017/120, K.T. 28.02.2017, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2016-800-k-2017-120-t-28-02-2017/3089108/%C3%B6nleme+aramas%C4%B1>, E.T.: 18.12.2018.

⁹⁷⁴ YCGK, E. 2016/21-1067, K. 2017/131, K.T. 07.03.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2016-21-1067.htm&kw=`147/159`#fm>, E.T.: 18.12.2018.

-Önleme araması kararının gereği mümkün olan en kısa zamanda yerine getirilmelidir. Gerçekleştirilen önleme aramasının bu kriterlere aykırı olması aramanın hukuka aykırı olması sonucunu doğurur ve bu şekilde elde edilen delillerde hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil olarak kabul edildikleri için yargılamada kullanılamazlar⁹⁷⁵.

Önleme araması en kısa sürede tamamlanmalıdır. Mevcut karara istinaden birden fazla arama yapılması halinde sonraki aramalarda elde edilen deliller artık hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil olarak kabul edilmekte ve bu nedenle hükme esas alınamamaktadır⁹⁷⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olayda; arama kararı/emri bulunmayan polisin, durdurduğu kişiye çantasında ne olduğunu sorması üzerine sanığın çantada bulunan kaçak sigaraları rızası ile polise teslim etmesi olayında elde edilen delillerin hukuka uygun deliller olduğuna karar verilmiştir⁹⁷⁷. Olay polisin sanığın çantasında taşıdığı, esasında gizli ve saklı şeyin ne olduğunu merak etmesi üzerine başlamıştır. Durdurulan sanığa çantasında ne olduğu sorulmuş sanık da yargılanmasına sebep olan sigaraları polise teslim etmiştir. Yargıtay ise sanığın rızası ile sigaraları teslim ettiğinden bahisle olayda arama işleminin bulunmadığı bu nedenle olaydaki delillerin hukuka uygun olarak ele geçirildiği görüşündedir. Olayda sanığın serbest irade ile hareket ettiğinin kabulü hatalıdır. Çünkü hayatın olağan akışına göre insanlar suç teşkil eden davranışlarını polis ile paylaşmayacağı gibi bu durumu

⁹⁷⁵ YCGK, E. 2013/9-610, K. 2014/512, K.T. 25.11.2014, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2013-9-610-k-2014-512-t-25-11-2014-gocmen-kacakciligi-sucu/1437147/%C3%96NLEME+ARAMASI>, E.T.: 19.12.2018.

⁹⁷⁶ YCGK, E. 2013/9-841 K. 2014/513 K.T. 25.11.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/cgk-e-2013-9-841-k-2014-513-t-25-11-2014>, E.T.: 19.12.2018.

⁹⁷⁷ Karara konu olayda, sigara satışı yapması nedeniyle tanıdıkları sanığı evvelce sigara sattığı yere doğru sırtında dolgun bir çantayla giderken görünce durumdan şüphelenerek PVSK m 4/A maddesi uyarınca durdurmuştur. Sanığın hareketlerinden şüphelenen polis sanığa sırt çantasında ne olduğunu sormuş sanık da cevaben bandrolsüz sigara bulunduğunu söyleyerek sigaraları polise teslim etmiştir. Genel kurul sanığın sigaraları rızasıyla teslim etmesinin "gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma" olarak kabul edilemeyeceğini bu nedenle yapılan işlemin arama olmadığını bu nedenle sigaraların hukuka aykırı delil olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. YCGK, E. 2016/63, K. 2017/9, K.T. 17.01.2017, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2016-63-k-2017-9-t-17-01-2017/3089583/%C3%B6nleme+aramas%C4%B1>, E.T.: 18.12.2018; Aynı yönde; YCGK E. 2016/1410, K. 2017/57, K.T. 07.02.2017, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2016-1410-k-2017-57-t-07-02-2017/3089330/%C3%B6nleme+aramas%C4%B1>, E.T.: 21.02.2019; YCGK E. 2016/130, K. 2017/84, K.T. 21.02.2017, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2016-130-k-2017-84-t-21-02-2017/3089264/%C3%B6nleme+aramas%C4%B1>, E.T.: 21.02.2019.

özellikle polisten saklama ihtiyacı hissederler. Polis sanığın hayatının özel alanına polislerle karşı duyduğu tedirginlikten yararlanarak yine sanık eliyle müdahale etmiş ve olayın başlangıcındaki amaç olan çantasının içerisinde bulunan şey ortaya çıkarılmıştır. Bu durum yapılan işlemi arama olmaktan çıkarmamaktadır. Yine hukukumuzda sanığın rızası ile özel hayat alanına müdahale edilerek araştırma yapılması yani rızaya dayalı arama yapılması kabul edilmemektedir⁹⁷⁸. Bu nedenle usule aykırı yapılan arama neticesinde elde edilen bu deliller hukuka aykırı delil olarak kabul edilmesi gerekir. Olayda olduğu gibi sanığın beyanları özgür iradesine dayanmıyor ise sanığın beyanı başka deliller ile desteklense dahi yargılamada kullanılmamalıdır⁹⁷⁹. Amerikan Yüksek Mahkemesi manevi baskı sonucu verilen rızanın geçerli bir rıza olmadığına karar vermiştir⁹⁸⁰. Olayda sanığın şeffaf bir çanta kullanması nedeniyle çantanın içerisindeki sigaralar dışarıdan bakıldığında görülür nitelikte olsaydı yapılan işlem arama işlemi olmaktan çıkardı⁹⁸¹. ŞEN'e göre işyerinin camından bakıldığında ya da iş yerine girildiğinde araştırma yapılmadan görülen şeylere ilişkin yapılan işlemler de arama olarak kabul edilerek arama için öngörülen usûl takip edilmelidir⁹⁸². Genel kurul 28.03.2017 tarihli başka bir kararına konu olayda ise polisin elinde valiz ile bekleyen sanığa valizinin içinde ne olduğunu sorması, sanığın da valizde kaçak sigara bulunduğunu söylemesi üzerine valiz açılarak sigaralara elkonulmuştur. Genel kurul, adli arama kararı bulunmadan yapılan bu işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁹⁸³.

Uyuşturucu satışına yönelik olan somut olgularla desteklenmeyen ihbarlar adli arama yapılması için aranan makul şüphenin oluşması için yeterli değildir. Bu gibi hallerde önleme araması kararı doğrultusunda makul sebebin de var olması halinde yapılan üst araması neticesinde uyuşturucu madde ele geçirilmesi halinde, taşınması ve bulundurulması yasak olan uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi hukuka uygun

⁹⁷⁸ Danıştay 10. D., E. 2005/6392, K. 2007/948, K.T. 13.03.2007, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2005-6392-k-2007-948-t-13-3-2007>, E.T.: 03.09.2018.

⁹⁷⁹ YENİSEY Fair Trial, s. 190.

⁹⁸⁰ YENİSEY Fair Trial, s. 175.

⁹⁸¹ YCGK, E. 2016/466, K. 2018/166, K.T. 17.04.2018; <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2016-466-k-2018-166-t-17-04-2018/3194277/%C3%B6nleme+aramas%C4%B1>, E.T.: 08.11.2018.

⁹⁸² ŞEN, Ersan, "Arama Tedbirinin Açıkta Duran Delillere Tatbiki", Yorumluyorum-XVII, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 306-307.

⁹⁸³ YCGK, E. 2016/176, K. 2017/187, K.T. 28.03.2017, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2016-176-k-2017-187-t-28-3-2017>, E.T.: 19.12.2018.

olup, işlemin adli arama kararının yokluğunda yapılması işlemi hukuka aykırı hale getirmez⁹⁸⁴.

4. HUKUKA AYKIRI OLARAK YAPILAN ARAMANIN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNU GEREKTİRDİĞİ HALLER

Devletimiz, kişilere yönelik adli ve idari hataları en az indirmek için uluslararası anlaşmalar imzalamakta, Anayasa ve kanunlarla çeşitli düzenlemeler yapmaktadır. Buna rağmen olayların akışı her zaman mevzuatta yazıldığı gibi ilerlemeyebilir. Bu sapmalar nedeniyle kişilerin maddi ya da manevi zararlarının ortaya çıkması muhtemeldir. İşlemler yapılırken nasıl hareket edilmesi gerektiğini belirleyen devlet, bu yolun takip edilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararların nasıl tazmin edileceğini de belirlemiştir. Devlet tarafından yapılan hatalara ilişkin tazminat ödenmesinin kabulü, devletin de hatalarının bedelini ödediğinin bir göstergesidir. Haksızlığı kabul ederek tazmin etmek yoluna gidilmesi, Anayasa ile kabul edilen hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir⁹⁸⁵.

Konuya ilişkin olarak Anayasa'nın çeşitli maddelerinde düzenlemeler mevcuttur. Anayasa m. 40/3'de "*Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" maddesi ile resmi görevlilerce yapılan haksız işlemlerin devlet eliyle tazmin edileceği hükme bağlanmıştır. Yine Anayasa m. 19/1'de herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu düzenlendikten sonra maddenin devamında; kişinin hangi hallerde hürriyetinden yoksun bırakılabileceği, tutuklama ve yakalamanın şartlarının neler olduğu, yakalanan ve tutuklanan kişilere ilişkin işlemlerin nasıl yürütülmesi gerektiği düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında ise belirtilen esaslar dışında işlem yapılması nedeniyle ortaya çıkan zararların devlet tarafından tazmin edileceği hükme bağlanmıştır. Buna ek

⁹⁸⁴ YCGK, E. 2016/760, K. 2017/138, K.T. 14.03.2017, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2016-760-k-2017-138-t-14-03-2017/3089115/%C3%B6nleme+aramas%C4%B1>, E.T.: 08.11.2018; Aynı yönde; YCGK, E. 2016/763, K. 2017/80, K.T. 21.02.2017, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2016-130-k-2017-84-t-21-02-2017/3089264/%C3%B6nleme+aramas%C4%B1>, E.T.: 21.02.2019.

⁹⁸⁵ EREM 1986, s. 466.

olarak, Anayasa m. 125’de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, idarenin kendi eylem ve işlemleri nedeniyle ortaya çıkan zararları ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir (AN. m. 125/1-7). Anayasa’ya göre idarece ödenen tazminatlara ilişkin olarak kusurlu hareket eden memur ve diğer kamu görevlilerine rücu edilmesi zorunludur (AN. m. 129/5). Aynı husus, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 13/1’de düzenlenmiştir. Maddeye göre “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. ... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*”

Soruşturma ve kovuşturma işlemleri nedeniyle meydana gelen zararlara ilişkin olarak, CMK yürürlüğe girmeden önce 466 sayılı Kanun⁹⁸⁶ çerçevesinde tazminat talebinde bulunulabiliyordu. 466 sayılı Kanunda tutuklama ve yakalama dışındaki işlemlere yönelik olan tazminat taleplerine ilişkin bir düzenleme yoktu. Mülga CMUK’ta da hukuka aykırı olarak uygulanan diğer koruma tedbirlerine ilişkin tazminat taleplerinin, hangi usulle isteneceğine dair bir düzenleme yoktu. Bundan dolayı, 466 sayılı Kanun kapsamına girmeyen tazminat taleplerinin, Borçlar Kanunu’nda düzenlenen haksız fiil esaslarına göre talep edilebileceği kabul edilmişti. Konu, CMK ile tekrar ele alınmış ve tazminat talep edilebilecek durumlar genişletilmiştir⁹⁸⁷.

Hâkim ve savcılar tarafından soruşturma ve kovuşturma aşamalarında yapılan faaliyetler, yargılama fonksiyonu içerisinde yer almaktadır. Yargılama fonksiyonu içerisinde kalan faaliyetler Anayasa m. 125’de belirtilen “idari eylem ve işlemler” içerisinde yer almamakta olup, bu işlemlere ilişkin tazminat talepleri idari yargının görev alanı içerisinde değildir. Şartlar oluşmuş ise CMK m. 141 ve devamı uyarınca zararın tazmini yoluna gidilmelidir. Kolluğun bir işlemi nedeniyle tazminat talep edilmesi halinde kolluğun işleminin yargısal fonksiyon mu yoksa idari fonksiyon mu içerisinde bulunduğu tespitinin yapılarak izlenecek yolun belirlenmesi gerekir⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ 466 sayılı “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun” 31.03.2005 Tarih ve 225772 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan 5320 sayılı Kanunun 18. Maddesi ile Yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹⁸⁷ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 783.

⁹⁸⁸ Danıştay 10. D., E. 2015/98, K. 2015/541, K.T. 17.02.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/10-d-e-2015-98-k-2015-541-t-17-2-2015>, E.T.: 20.01.2019.

Bu doğrultuda tazminat talebinde izlenecek yol aramanın önleme araması ya da adli arama olmasına göre değişiklik göstermektedir⁹⁸⁹. Çalışmanın, arama kavramının hukuki niteliği başlıklı kısmında; önleme aramasının önleme tedbirleri arasında yer alan bir idari işlem, adli aramanın ise bir koruma tedbiri olduğuna değinilmişti. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat taleplerine ilişkin olarak izlenecek usûl, CMK bölüm yedi m. 141 ve devamında düzenlenmiştir. Önleme araması soruşturma veya kovuşturmanın bir parçası olmadığı gibi her ne kadar hâkim kararı ile icra edilse de yargılama fonksiyon içerisinde yer almamaktadır. Bir koruma tedbiri olmayan önleme araması kaynaklı tazminat talepleri için CMK'daki düzenleme doğrultusunda hareket edilemez⁹⁹⁰. Önleme araması kaynaklı tazminat talepleri, idari işlemler için öngörülen usûl takip edilerek talep edilmelidir. CMK'daki düzenlemede aramanın niteliği konusunda bir ayrıma gidilmemiş olması nedeniyle şartlar oluşmuş ise idari yargıda tazminat davası açma hakkının yanı sıra CMK'da belirtilen usul ile de tazminat istenebileceği yönünde de görüş vardır⁹⁹¹. BİLEN'e göre şartları oluşmadan önleme araması ya da adli arama yapılması halinde idare aleyhine tam yargı davası açmak mümkündür⁹⁹². ERYILMAZ hizmet kusurunun varlığı halinde ayırım gözetmeden hem adli hem de önleyici faaliyetlerde idarenin sorumluluğu yoluna gidilebileceğini belirtmektedir⁹⁹³. Adli arama yargısal fonksiyon içerisinde yer almakta olup, adli aramaya ilişkin tazminat talepleri önce CMK m. 141 ve devamı maddelerdeki hükümler doğrultusunda talep edilmelidir. CMK m. 141'de aranan şartların gerçekleşmemesi halinde tam yargı davası yerine genel hükümlere göre tazminat davası açılması gerekir. Adli arama nedeniyle ortaya çıkacak zararların idari yargının görev alanı içerisinde olmadığı kanaatindeyiz.

CMK m. 141/1-i'de hangi hallerde arama nedeniyle tazminat talep edilebileceği düzenlenmiştir. Arama nedeniyle ortaya çıkan her ihlal bu madde kapsamına alınmamıştır. Maddede, arama kararının icrasındaki ölçsüz davranışlar tazminat sebebi olarak kabul edilmiştir. Arama kararının hukuka aykırı olması

⁹⁸⁹ BİLEN, s. 139.

⁹⁹⁰ SÜRÜCÜ, Sinan / ALGAN, Doğukan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları”, İzmir Barosu Dergisi, S. 2, İzmir Mayıs 2014 s. 52.

⁹⁹¹ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 785.

⁹⁹² BİLEN, s. 157.

⁹⁹³ ERYILMAZ 2003, s. 287.

nedeniyle ortaya çıkan zararların m. 141/1-i uyarınca tazmini mümkün değildir⁹⁹⁴. Ölçsüzlük kavramı net bir kavram olmamakla birlikte aramanın icrasındaki hoyratlık, aşırılık olarak tanımlanabilir⁹⁹⁵. İşlemin ölçülü olup olmadığına, aranılan şeyin niteliğine göre karar verilir⁹⁹⁶. Seyir halinde giden ve hakkında arama kararı uygulanacak olan aracın usulüne uygun uyarı yapılmadan silah ile durdurulması, aramanın ölçsüz yapılmasına örnek olarak gösterilebilir. Devlet aleyhine açılacak olan bu tazminat davası ile maddi ve manevi zararlar talep edilebilir (CMK m. 141/1-2). Maddi tazminat ile zarar gören kişinin mal varlığındaki eksilmenin giderilmesi amaçlanır⁹⁹⁷. Manevi tazminat ile ise kişilik haklarında meydana gelen manevi zararın giderilmesi amaçlanır⁹⁹⁸. Soruşturma ve kovuşturma esnasında gerçekleşen ve CMK m. 141/1’de sayılmayan hallerle ilişkin olarak da devletten tazminat istenebilir. Buna göre devlet ödediği tazminata ilişkin olarak “... görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan ...” hâkim ve savcılara 1 yıl içinde rücu edebilir (CMK m. 141/3-4). Buna göre görevinin gereklerine uygun hareket eden hâkim ve savcılara devletin rücu etmesi kabul edilmemiştir. Görüldüğü gibi madde kapsamı dışında kalan haller nedeniyle de devletten tazminat talep edilmesi mümkün olup⁹⁹⁹, bu hallerde genel hükümler uyarınca devletten tazminat talep edilebilir¹⁰⁰⁰.

Tazminat davası için 3 ay ve 1 yıllık süreler öngörülmüştür. 3 aylık süre karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden başlamakta, 1 yıllık süre ise karar veya hükümlerin kesinleşme tarihinden başlamaktadır (CMK m. 142/1). Aramanın ölçsüz yapılması nedeniyle tazminat talep edilmesi halinde asıl davadaki hükmün kesinleşmesinin beklenmesine gerek yoktur. Çünkü bu durumdan kaynaklanan talepler asıl davanın sonucunu etkilemediği gibi asıl davadan çıkacak olan sonuç da tazminat talebini etkilememektedir¹⁰⁰¹. Dava, zarara uğrayan kişinin oturduğu yer ağır ceza mahkemesince görülür. Zarara konu işlem ile ilişkili olan ağır

⁹⁹⁴ ÜNVER / HAKERİ 2016, s. 793.

⁹⁹⁵ GÜNAY, Erhan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 104.

⁹⁹⁶ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU 2010, s. 1164.

⁹⁹⁷ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara 2016, s. 784.

⁹⁹⁸ EREN, s. 802.

⁹⁹⁹ SÜRÜCÜ / ALGAN, s. 53.

¹⁰⁰⁰ AYDIN 2012, s. 154.

¹⁰⁰¹ GÜNAY, s. 22.

ceza mahkemesi davaya bakamaz. Bu halde, o yerde başka ağır ceza mahkemesi var ise yargılama, bu ağır ceza mahkemesince yapılır. O yerde başka ağır ceza mahkemesi yok ise zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesine en yakın yer ağır ceza mahkemesinde dava görülür (CMK m. 142/2).

Yargıtay 20.01.2014 tarihli kararında arama kararının hukuka aykırı olmasını tazminat ödenmesi için yeterli görmüştür¹⁰⁰². Yine benzer nitelikte başka bir kararda hukuka aykırı olması nedeniyle itiraz üzerine kaldırılan arama kararına istinaden tazminat ödenmesi gerektiği yönünde oy çokluğu ile karar verilmiştir¹⁰⁰³. Yargıtay benzer olaylarda verdiği aynı nitelikli kararlarında, arama kararı verilirken ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilmesini de CMK m. 141/1-i kapsamında değerlendirerek, tazminat taleplerini kabul etmektedir. Bu durum da CMK'daki düzenlemeye aykırıdır. Konuya ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi 15.11.2018 tarihli bir kararında, yapılan arama ölçsüz olmadığı için zararın CMK m. 141 kapsamında tazmin edilemeyeceğini fakat yargılamanın sonucuna göre tazminat davası açılabilirliğini belirtmiştir¹⁰⁰⁴.

Önleme araması icra edilirken hizmet kusuru ortaya çıkar ise idarenin sorumluluğu yoluna gidilebilir. Zararın kaynağı kişisel kusur ise bu durumda idarenin sorumluluğu yoluna gidilmeyip¹⁰⁰⁵ kişisel kusur ile hareket eden kamu görevlisinin Borçlar Kanunu m. 49 vd. düzenlenen haksız fiil esaslarına göre sorumluluğu yoluna gidilir¹⁰⁰⁶. Hizmet kusuru, kamu hizmetine özgü bir kusur türü olmayıp, idarenin

¹⁰⁰² Karara muhalif kalan üye ise CMK'daki düzenlemenin ölçsüz yapılan aramalara ilişkin olduğunu davacının talebini aramanın ölçsüz gerçekleştirildiğini iddia etmediğini bu nedenle talebin reddine karar verilmesi gerektiğini belirterek çoğunluğa katılmamıştır. Yargıtay 12. CD., E. 2013/24450 K. 2014/938, K.T. 20.1.2014, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2013-24450-k-2014-938-t-20-1-2014>, E.T.: 08.11.2018; Aynı yönde; Yargıtay 12. CD., E. 2013/9105, K. 2013/30731, K.T. 24.12.2013, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=12cd-2013-9105.htm&kw=12.Ceza+Dairesi+Esas:++`2013/9105`#fm>, E.T.: 08.11.2018; Yargıtay Kararı - 12. CD., E. 2015/334, K. 2015/19161, K.T. 10.12.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2015-334-k-2015-19161-t-10-12-2015>, E.T.: 21.02.2019.

¹⁰⁰³ Karara muhalif kalan üyeler CMK m. 141/1-i bendi kapsamındaki tazminat taleplerinin arama kararının ölçsüz icrası halinde kabul edilmesi gerektiğini hukuka aykırı aramaların madde kapsamında düzenlenmediğini belirterek çoğunluğa katılmamıştır. Yargıtay 12. CD., E. 2015/12815, K. 2015/19162, K.T. 10.12.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2015-12815-k-2015-19162-t-10-12-2015>, E.T.: 17.01.2019.

¹⁰⁰⁴ Karara konu olayda akaryakıt istasyonunda yapılan arama nedeniyle faaliyet gösterilemeyen günlere ilişkin olarak uğranılan zararın CMK m.141 kapsamında tazmini talep edilmiştir. AYM, 2. Bölüm, Başvuru no: 2015/20 K.T. 15.11.2018, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/e-1-k-2015-20-t-15-11-2018>, E.T.: 20.11.2019.

¹⁰⁰⁵ ERYILMAZ 2003, s. 287.

¹⁰⁰⁶ GÜNDAY, s. 374.

herhangi bir idari görev ya da faaliyetinde karşımıza çıkabilir. Hizmet kusuru idarenin sunmuş olduğu bir hizmetteki bozukluk ya da aksaklıkları ifade etmektedir. Kolluk faaliyetinin *kuruluş, işleyiş ve düzenlenişindeki* bozukluk ya da aksaklıklar da hizmet kusuru kavramı içerisinde. Hizmet kusurunun varlığı için kamu görevlisinin kusurlu olması şart değildir. Hizmet kusuru kamu görevlisinden bağımsız olarak hizmetin *kuruluş, işleyiş ve düzenlenişindeki* bozukluk ya da aksaklıktan kaynaklanmaktadır. İdare tüzel kişilerden oluşmaktadır. Bu nedenle hizmet kusurunun kaynağı yine bir insandır. Kamu görevlilerinin hizmete ilişkin kusurları da hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰⁷. Kişisel kusur istisnai nitelikte olup, kusurlu davranış hizmetten ayrılmaz nitelikte ise hizmet kusurundan bahsedilirken; kusur, hizmetten ayrılabilen nitelikte ise kişisel kusurdan bahsedilir¹⁰⁰⁸. Hizmetin *kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesinin* yanı sıra¹⁰⁰⁹ hukuka aykırı işlem yapılması da hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir¹⁰¹⁰. Kişisel kusur ise kamu görevlisinin hizmet ile ilgili olmayan, resmi sıfatı dışındaki kusurlu davranış ve tutumlarıdır. Kişisel kusur halinde artık idarenin değil, kamu görevlisinin haksız fiil esasları uyarınca sorumluluğu yoluna gidilmelidir¹⁰¹¹. Kişisel kusur olarak kabul edilen haller ise *kamu görevlisinin suç niteliğindeki davranışları, yargı kararlarına uymama, kamu görevlisinin kötü niyetli davranması, ağır kusur halleri* olup bazen de *hizmet kusuru ile kişisel kusur iç içe* olabilir. Kamu personelinin hizmet ifa ederken, kişisel bir kusurlu davranış sergilemesine *hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe olması* denilmektedir. Bu gibi hallerde de idarenin sorumluluğu devam etmektedir. Çünkü personeli seçen, denetleyen ve personele eğitim veren idarenin, bu noktadaki eksikliğini, personelin kişisel kusur ile hareket etmesinde etkisi vardır¹⁰¹².

Tazminat talebine konu arama işlemi, haksız arama suçunu oluşturmuş ise bu durumda da Anayasa m. 129/5¹⁰¹³ uyarınca idare aleyhine tazminat davası açılması

¹⁰⁰⁷ GÜNDAY, s. 369-370.

¹⁰⁰⁸ GÖZLER / KAPLAN 2017, s. 753-754.

¹⁰⁰⁹ GÜNDAY, s. 370-371.

¹⁰¹⁰ GÜNDAY, s. 373.

¹⁰¹¹ GÜNDAY, s. 374.

¹⁰¹² GÜNDAY, s. 374-375-376.

¹⁰¹³ Anayasa m. 129/5 “... Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”

gerekir¹⁰¹⁴. Konu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 13/1'de ayrıca düzenlenmiştir. Maddeye göre, kamu hukukundan kaynaklanan zarara ilişkin olarak açılacak olan davanın personel aleyhine değil; ilgili kurum aleyhine, idari yargıda tam yargı davası olarak açılması gerekir¹⁰¹⁵. Tam yargı davası, idari eylem nedeniyle açılacaksa; dava öncesinde ilgili, idareye başvurarak talebinin yerine getirilmesi istemelidir. İdarenin cevabına ya da sessiz kalmasına göre belirlenen süreler içerisinde tam yargı davası açılabilir. İdari işlem aleyhine açılacak olan tam yargı davalarında böyle bir başvuru zorunluluğu getirilmemiştir (İYUK m. 13/1). İdari eylem, bir idari işlem ya da sözleşmenin uygulanmasından doğmayan, idarenin her türlü faaliyeti ya da hareketsiz kalmasını ifade eder. İdari eylemden kaynaklanan zararın geniş yorumlanması gerekmekte olup, idareye ait mal, tesis ya da hayvandan kaynaklanan zararlar idari eylemden kaynaklanan zarar olarak kabul edilmektedir¹⁰¹⁶. Kanaatimizce, tazminat talebine konu önleme aramasına ilişkin verilmiş bir arama kararı ya da emri yok ise ve olayda arama kararı olmadan arama yapılabilecek durumlardan birisi mevcut değil ise önleme aramasının idari eylem olarak kabul edilmesi gerekir. Bu şekilde gerçekleştirilen önleme aramasına ilişkin zararların tazmininde İYUK m. 13 gereği dava öncesinde ilgili idareye başvuru zorunluluğu bulunmaktadır. İdari eyleme dönüşmeyen bir önleme araması nedeniyle oluşan zararın tazmini talep edilecek ise idareye başvurmadan, doğrudan tam yargı davası açılması mümkündür.

Önleme aramasına maruz kalan avukatların tazminat talep edip edemeyeceklerine ilişkin konunun ayrıca irdelenmesi gerekir. Konuya ilişkin olarak öncelikle VURALDOĞAN davasına değinmek gerekir. Davaya konu olayda; Avukat Kemal VURALDOĞAN 1 Mayıs 2004 tarihinde adliyeden çıktıktan sonra Ankara Valiliği tarafından 1 Mayıs gösterilerine ilişkin verilen önleme araması emri doğrultusunda önleme aramasına tabi tutulmuştur. VURALDOĞAN, Ankara 3. İdare Mahkemesinde manevi tazminat talepli dava açmış, davalı İçişleri Bakanlığı Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e bilirkişi olarak başvurmuştur. YENİSEY, Av. K. m. 58'in olaya

¹⁰¹⁴ GÜNDAY, s. 377; GÖZLER / KAPLAN 2017, s. 758.

¹⁰¹⁵ GÖZLER / KAPLAN 2017, s. 758.

¹⁰¹⁶ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhankitabevi, 4. Bası, Ankara 2010, s. 715.

uygulanabilmesi için olayda bir suç isnadının varlığının gerektiğini bu nedenle avukatın hâkim kararı olmadan önleme aramasına tabi tutulabileceğini bildirmiş, İçişleri Bakanlığı da savunmasını bu görüş üzerine inşa etmiştir. Davanın sonunda İdare Mahkemesi VURALDOĞAN'a tazminat ödenmesine karar vermiştir. Kararın gerekçe kısmında avukatların demokratik hukuk devletinin işlemesine katkı sağladığı ve insanlar önünde aranmasının meslek onurunu zedelediğinin altı çizilmiştir¹⁰¹⁷. İç İşleri Bakanlığı İdare Mahkemesinin kararına itiraz etmiştir. İtiraz üzerine dosyaya bakan Bölge İdare Mahkemesi, önleme aramasının herkese uygulandığının altını çizdikten sonra, 1136 sayılı Kanun m. 58'in avukatın bir suç isnadı ile karşı karşıya kalması halinde uygulanabileceğinin, davacının olay esnasında adli bir görev ifa etmediği ve olayda avukatlık ya da başka görevi nedeniyle bir suç isnadıyla karşı karşıya olmadığını, bu nedenle olaya 1136 sayılı Kanunun 58. maddesinin uygulanmayacağını belirterek İdare Mahkemesi kararını bozmuştur¹⁰¹⁸.

Yeni tarihli kararlara bakıldığında Danıştay'ın 14.05.2015 tarihli kararına konu olayda, aracı ile seyahat eden avukatın sulh ceza hâkimliği tarafından verilen önleme araması kararı doğrultusunda, aracı ve üstü, davacının avukat olduğunu belirtmesine rağmen aranmıştır. İdare Mahkemesi açılan tazminat davası neticesinde davacıya tazminat ödenmesine karar vermiş, Danıştay'ın önüne gelen karar Danıştay'ca 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca oy çokluğu ile onanmıştır. Karara muhalif olan üye aramayı gerçekleştiren jandarmanın haksız arama suçundan beraat etmeleri nedeniyle davanın reddinin gerektiğini belirterek, çoğunluğa katılmamıştır¹⁰¹⁹. Danıştay'ın bu kararından çıkan bazı sonuçlar vardır. Buna göre; önleme aramasına ilişkin tazminat davalarında idare mahkemeleri görevlidir, Av. Kanunu m. 58 uyarınca avukatların önleme aramasına tabi tutulması mümkün olmadığı gibi aramayı icra eden görevlinin haksız arama suçundan beraat etmesi de doğrudan tazminat talebinin reddini gerektirir bir durum değildir. Çalışmanın önceki bölümlerinde önleme aramasına maruz kalabilecek kişiler başlığında konu incelenmiş

¹⁰¹⁷ VURALDOĞAN, s. 77-78.

¹⁰¹⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, E. 2004/3869, K. 2005/554, K.T. 16.02.2005.

¹⁰¹⁹ Danıştay Kararı, 10. D., E. 2011/6931, K. 2015/2307, K.T. 14.05.2015, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/10-d-e-2011-6931-k-2015-2307-t-14-5-2015>, E.T.: 21.01.2019.

olup, öğretide ise konu tartışmalıdır¹⁰²⁰. Danıştay'ın bu kararına göre ise Av. K. m. 58 gereği avukatların herhangi bir kişi gibi önleme aramasına tabi tutulması avukata tazminat ödenmesi gerektiren bir durumdur.

5. ARAMA EMRİ YA DA KARARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI

CMK'da arama tedbirinin denetlenmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuka aykırı bir arama kararına karşı genel hükümler doğrultusunda başvuru yapılarak, kararın denetlenmesini sağlamak mümkündür. Arama tedbirinin denetlenebilmesi için hükmün verilmesi şart değildir¹⁰²¹.

Arama kararını veren merciye göre hangi yargısal denetim yoluna başvurulacağı belirlenir¹⁰²². Arama, soruşturma aşamasında hâkim kararı üzerine gerçekleştirilmiş ise CMK m. 267 uyarınca olağan kanun yollarından olan itiraz kanun yoluna başvurmak mümkündür. İtiraz süresi yedi gün olup süre işlemin öğrenilmesinden itibaren başlar. İtiraz yazılı ya da tutanağa geçirilmek üzere zabıt kâtibine sözlü olarak yapılabilir (CMK m. 268/1). Soruşturma aşamasında savcı ya da kolluk amirinin kararı ile arama gerçekleşmiş ise yapılan işleme karşı hangi yola başvurulabileceği açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle CMK m. 127/3-4 olaya kıyasen uygulanması gerekir. Buna göre hâkim kararı olmadan yapılan arama işleminin yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekir. Aramaya maruz kalan kişiler her zaman bu yola başvurabilir. Böylelikle arama işlemi hakkında verilen hâkim kararına karşı itiraz yoluna başvurulabilir¹⁰²³. Bir görüşe göre hâkim onayına sunulmayan arama işleminin, Anayasa m. 125 uyarınca idari yargıda açılacak olan iptal ve tam yargı davaları ile denetlenmesi mümkündür¹⁰²⁴. Anayasa'nın açık hükmü gereği burada arama emrinin hâkim onayına sunulması bir zorunluluktur. Burada başvurulması gereken kanun yolu itiraz olup, işleme itiraz edilmeden iptal davası

¹⁰²⁰ Detaylı bilgi için Arama Yapılabilecek Kişiler başlığına bakınız.

¹⁰²¹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 354.

¹⁰²² ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 354.

¹⁰²³ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 354-355.

¹⁰²⁴ YALÇIN, s. 127.

açılması halinde idare mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁰²⁵.

Arama kararı kovuşturma aşamasında verilmiş ise arama tedbirinin hükümlerle birlikte istinaf ve temyiz kanun yolu vasıtasıyla denetlenmesi mümkün olup tedbirin yazılı emir yolu (CMK m. 309) ile de denetlenmesi mümkündür¹⁰²⁶. İstinaf ve temyiz olağan kanun yollarından olup yazılı emir olağanüstü kanun yolları arasında yer almaktadır (CMK m. 272-286-309).

İstinaf kanun yoluna, hükmün tebliği ya da tefhimi üzerine yedi gün içerisinde yazılı ya da sözlü olarak başvurulabilir (CMK m. 273/1-2). Hükümden önce verilmekle hükme esas alınan ya da kendisi için başka kanun yolu öngörülme-yen mahkeme kararları hakkında hükümlerle birlikte temyiz kanun yoluna başvurulması mümkündür (CMK m. 287). Bu şekilde hakkında temyiz kanun yoluna başvuru-lan hükümlerle birlikte arama işleminin de denetimi mümkündür. Temyiz kanun yoluna, hükmün tebliği ya da tefhimi üzerine on beş gün içerisinde yazılı ya da sözlü olarak başvurulabilir (CMK m. 291/1-2).

Yazılı emir ya da bir diğer adıyla kanun yararına bozmada ise; istinaf ya da temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen karar ya da hükümlerde hukuka aykırılık olduğunun Adalet Bakanlığınca öğrenilmesi üzerine, bahsi geçen karar ya da hükmün hukuka aykırılığı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirilir. Bahsi geçen karar ya da hükme ilişkin yapılan talep ile talebe kaynaklık eden yasal nedenler belirtilerek, Yargıtay tarafından bozma kararı verilmesi istenir (CMK m. 309/1). Aleyhine kanun yoluna başvurulmak istenen arama işleminin yer aldığı karar ya da hüküm istinaf ya da temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş ise bu karar ya da hüküm aleyhine yazılı emir kanun yoluna başvurulabilir. Bununla birlikte şartları oluşmuş ise diğer olağanüstü kanun yolları olan Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz (CMK m. 308) ve Yargılamanın Yenilenmesi (CMK m. 311-323) yollarına başvurmak suretiyle arama işleminin yer aldığı kararın denetlenmesi yoluna gidilebilir.

¹⁰²⁵ Karşı görüş; BİLEN, s. 146.

¹⁰²⁶ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE 2017, s. 354.

Arama tedbiri önleme araması niteliğinde ise izlenecek yol, işlemin hâkim kararı doğrultusunda yapılıp yapılmamasına göre değişmektedir. Arama, hâkim kararı doğrultusunda yapılmış ise CMK m. 267 uyarınca itiraz kanun yoluna başvurmak mümkündür. Bunun yanında AÖAY m. 20/4’de mülki amirin hâkim kararına karşı kanun yoluna başvurabileceği düzenlenmiştir. CMK m. 267 gereği buradaki kanun yolunu itiraz olarak anlamak gerekir. Yönetmeliğe göre itiraz hakkı sadece mülki amire tanınmıştır. Bu durum temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla getirilen itiraz kurumunun özüne aykırıdır¹⁰²⁷. PVSK ya da başka düzenlemelerde önleme aramasına karar verilmesi halinde kararın denetlenmesine ilişkin ayrı bir kanun yolu gösterilmemiştir. Hâkim tarafından önleme aramasına karar verilmesi halinde başvurulabilecek kanun yolunun AÖAY m. 20/4’de olduğu gibi açıkça gösterilmesinde fayda vardır.

Önleme araması, mülki amirin yazılı emri ile yapılmış ise yapılan işlemin nasıl denetleneceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu emrin Anayasa m. 20/2 doğrultusunda yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekir. Mülki amir tarafından verilen arama emri CMK m. 127/3-4 olaya kıyasen uygulanması neticesinde de hâkim onayına sunulabilir. YALÇIN, amirin yazılı emri doğrultusunda yapılan arama işleminin hâkim onayına sunulmaması halinde idari yargıda dava açılması gerektiği görüşündedir¹⁰²⁸. BİLEN ise hâkim kararı ile gerçekleştirilen önleme aramasına karşı CMK ile düzenlenen kanun yollarına başvurulamayacağı ve buna ek olarak işlemin adli yargıya mensup hâkim tarafından yapılmış olması nedeniyle idari yargıdadaki dava açılmayacağı görüşündedir¹⁰²⁹.

Arama işlemi ile Anayasa ve AİHS ile korunan temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmektedir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un Bireysel Başvuru başlıklı dördüncü bölümünde Anayasa Mahkemesi’ne Anayasa, AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamında güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ihlâli halinde başvuru yapılabileceği düzenlenmiştir (m. 45/1). Bu başvuru öncesinde arama işlemine karşı idari ve yargısal

¹⁰²⁷ ÖZBEK MUYEP, s. 85.

¹⁰²⁸ YALÇIN, s. 127.

¹⁰²⁹ BİLEN, s. 146.

başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir (m. 45/2). Anayasa’da bu husus olağan kanun yollarının tüketilmesi şeklinde düzenlenmiştir (m. 148/3). Bireysel başvuru yoluna Geçici 1. madde 8. fıkrası uyarınca 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlara karşı yapılacak olan bireysel başvuruların incelenebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle arama işlemini barındıran nihai işlem ya da karar 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşmiş ise bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkün değildir. Arama işlemi nedeniyle hak ihlali iddiasında bulunan kişi olağanüstü kanun yolu olan yazılı emir yoluna başvurmak yerine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma yoluna gidebilmesi de mümkündür.

Hem önleme araması hem de adli arama işleminin yer aldığı karar ya da nihai işlemlere karşı Anayasa ile kabul edilen bireysel başvuru yoluna başvurulabilir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapan kişi buradan çıkacak karar aleyhine AİHM’ne başvuru yapabilir. Anayasa Mahkemesine başvurmadan doğrudan AİHM başvurulması halinde iç hukuk yollarını tüketilmemesi nedeniyle başvurunun reddi yoluna gidilmesi mümkündür¹⁰³⁰.

¹⁰³⁰ TURABİ, Selami, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 29-30.

SONUÇ

İnsanın içinden gelen sesi takip ederek kendisini bulabilmesi, olunması istenen kişi yerine kendi olabilmesi ne kadar zor ve kıymetli bir şeydir. Bunun başarılabilmesi için kişinin kendisini dinleyebileceği sadece izin verdiği kişilerin dâhil olabileceği bir alana ihtiyacı vardır. Bu alana sahip olmayan insanların çevresindekiler tarafından belirlenen kalıplara sığmak için kendilerinden vazgeçmeleri muhtemeldir. Bu halde olan bir kişi ise kendisi mutsuz olacağı gibi bu mutsuzluğu bulaşıcı bir hastalık gibi çevresindekilere de sirayet eder. Böylelikle toplum, kendisine biçilen rolleri oynayan insanlar bütünü halini alır. İşte bu nedenlerle özel hayat alanı çok önemli bir kavram olup kişilerin ve devletin bu alana müdahalesi kural olarak yasaktır. Arama işlemi bu denli hayati önem arz eden özel hayat alana müdahale imkânı veren bir işlemdir. Arama işlemi taşıdığı önem nedeniyle gerek tarafı olduğumuz çeşitli uluslararası sözleşmelerde gerekse iç hukukumuzdaki çok sayıdaki farklı kanun ve yönetmeliklerle düzenlenmiştir.

Arama işleminin Anayasa ile çizilen sınırlar içerisinde kalarak icra edilmesi gerekir. Bu durum temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında büyük bir önem taşımakla birlikte, mukayeseli hukuktaki değişimler ve toplumsal ihtiyaçlar uyarınca arama işlemine ilişkin düzenlemelerin güncellenmesinin önündeki engeli de oluşturmaktadır. Çünkü Anayasa'nın bir maddesinin değiştirilebilmesi için üye tam sayısının en az beşte üç çoğunluğunun oyuna ihtiyaç vardır. Değişiklik, üye tam sayısının üçte ikisi ve üzeri bir oy ile kabul edilmemiş ise değişikliğin halk oylamasına sunulması zorunludur (AN. m. 175).

Arama işlemi, Anayasa m. 20 ve 21'de düzenlenmekle çok sayıda kanun ve yönetmelik kapsamında ayrıca ve detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Yine tarafı olduğumuz başta AİHS olmak üzere çeşitli uluslararası andlaşmalarda da arama işlemine dair düzenlemeler mevcuttur.

Arama işlemi, kural olarak hâkim kararı ile gecikmesinde sakınca olan durumlarda ise kanun ile yetkilendirilen merciin yazılı emri ile gerçekleştirilir. Arama işlemi icra edilirken mahiyetine uygun düşen hukukun temel ilkelerine uygun hareket edilmesi gerekir. Arama emri doğrultusunda gerçekleştirilen aramanın yirmidört saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekmektedir (AN. m. 20).

Amerikan hukukunda arama işlemine ilişkin hukuki uyumsuzluklar, olayın özelliklerine göre bulunan yollar ile çözülmüş ve böylelikle arama işleminin hangi hallerde yapılacağı ya da yapılamayacağına ilişkin hukuki yol haritası zamanla ortaya konulmuştur. Ülkemizde arama işleminin sınırı Anayasa ile çizilmiştir. Anayasa ile çizilen bu kesin sınırlar uygulayıcıların ellerini bağlamakta bu da kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik tehditlerden kişileri korumaktadır. Bununla birlikte, ülkemiz, çeşitli terör örgütlerinin hedefinde olan bir ülkedir. Bu tehditlerin bertaraf edilmesi için önleme tedbirlerine ağırlık verilmesi gerekir. Önleme tedbirlerinin bir parçası olan önleme araması, toplumu muhtemel tehditlerden koruma noktasında büyük önem taşımaktadır. Önleme aramasının icrası Anayasa ile belirlenen sınırlara sadık kalınarak düzenlenen kanun ve yönetmelikler uyarınca gerçekleştirilir. Aksi halde mevzuatın dışına çıkılarak gerçekleştirilen önleme aramaları, kişiye özel uygulamaların ortaya çıkmasıyla uygulamada bir kargaşanın doğmasına sebep olur.

Mukayeseli hukuktaki arama ile hukukumuzdaki arama işlemine bakıldığında, mukayeseli hukukta kabul gören rızaya dayalı aramanın hukukumuzda kabul edilmediği görülmektedir. Şüphesiz rızaya dayalı aramalar toplum güvenliğinin temini noktasında hızlı hareket edilmesine imkân sağlayan bir uygulamadır. Fakat günümüz Türkiye'sinde bu uygulamanın kabulü halinde uygulama ile elde edilmek istenen yarardan çok zararların ortaya çıkacağı kanaatindeyiz. Çünkü arama için rızası talep edilen kişinin bu talebe olumsuz cevap vermesi halinde kendisine yönelik olumsuz bir durumla karşılaşmayacağına ilişkin inancının tam olması gerekir. Ülkemizde halen okuma yazma bilmeyen milyonlarca insan bulunmaktadır. Kaldı ki temel hak ve özgürlüklerin özümsemesi ve kişinin hak ve özgürlüklere müdahale etmek isteyen muhataba hangi noktada dur diyebileceğinin tespiti için okuryazar olmaktan öte bir bilince ihtiyaç vardır. Bu gibi sosyal ve kültürel nedenlerden dolayı esasında arama işlemi ile elde edilmek istenen amaca ulaşma noktasında faydalı olabilecek olan rızaya dayalı aramanın, bugünkü sosyal ve kültürel şartlar altında kabulü, fayda sağlamak yerine zarar verebilir. Gerekli sosyal ve kültürel alt yapının oluşmasıyla, rızaya dayalı aramanın hukukumuzda kabul edilmesi halinde arama işlemi amacının gerçekleştirilmesine daha faydalı olacaktır. Böylelikle temel hak ve özgürlükler alanına haksız bir müdahalede bulunulabileceği endişesi taşınmadan toplumun güvenliğinin sağlanacağı kanaatindeyiz.

Anayasa'ya göre gecikmesinde sakınca olan hallerde yetkili merciin yazılı emri ile arama yapılması mümkündür. Gecikmesinde sakınca olan bir hal var ise burada yazılı emrin beklenmesi duruma müdahale edilmesi noktasında telafisi mümkün olmayan bir gecikmenin yaşanmasına sebep olabilir. Bu gecikmenin önüne geçebilmek için aramanın içeriğine ilişkin olarak, PVSK ve AÖAY ile yapılan düzenlemelere uygun olmak şartıyla, elektronik posta ve kısa mesaj yoluyla da arama emrinin verilebilmesi mümkün olmalıdır. Kanaatimizce elektronik posta ve kısa mesaj aracılığıyla arama emri verilmesi Anayasa'nın yazılılık şartına aykırı değildir.

Arama işlemi vazgeçilemez bir ihtiyacın sonunda ortaya çıkmıştır ve gerek önleme araması gerekse adli aramanın tam olarak yerini alabilecek bir işlem yoktur. Bu nedenle, uygulamaktan vazgeçilmesi mümkün olmayan bu işlemlerin hukuk kuralları çerçevesin icrasının gerçekleştirilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

-KİTAPLAR, MAKALELER VE BASILI BİLDİRİLER

- AKBULUT, Berrin, “*Delil Değerlendirme Yasakları*”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 2, S. 13, Aralık 2010, s. 6-25. (Delil Değerlendirme Yasakları)
- AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018. (2018)
- AKDEMİR, Mehmet, Türk Hukukunda Önleyici Arama, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, E.T.: 09.04.2019.
- AKGÜNER, Tayfun / KAHRAMAN, Berk, İdare Hukuku, Der Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, “*Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 51 – 82.
- AKSOY, Şemsettin, Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2017.
- AKYÜREK, Güçlü, “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 120. Maddesindeki Haksız Arama Suçu*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, Temmuz 2012, s. 29-39. (2012)
- AKYÜREK, Güçlü, “*Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, Ankara 2012, s. 61-82, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1198>, E.T.: 20.12.2018. (Ankara)
- ALPKAYA, Gökçen, “*Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlükleri (1839-1908)*”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 12/1, 1990, s. 167-182, http://www.todaie.edu.tr/yayinlar/dergi_goster.php?kodu=1045&dergi=3#, E.T.: 06.07.2018.
- ARSLAN, Kahan Onur, “*İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 120, 2015, s. 155-172, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1511>, E.T.: 09.02.2018. (2015)
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2015. (Özel Hükümler)

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2016. (2016)
- ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2018.
- ATAY, Ethem Ender, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, 5. Baskı, Ankara 2016.
- AYDIN, Ahmet Hamdi, “İngiltere’de Polisin Arama ve Zaptetme Yetkisi”, Polis Dergisi, S. 8, 1996, s. 8-15.
- AYDIN, Murat, “Türk Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Arama Kararı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 66, Şubat 2012, s. 14-21. (Amerikan hukuku)
- AYDIN, Murat, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ocak 2012. (2012)
- BIÇAK, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Polis Akademisi Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2013.
- BİLEN, Mesut, Adli ve Önleme Araması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2006.
- BOUZAT, Pierre, “Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanması Doğruluk Kuralları”, Çeviri: Hasan İ. BIYIKLI, Yargıtay Dergisi, Ajans-Türk Matbaacılık Sanaii, C. 3, S. 1, Ankara Ocak 1977, s. 85-113, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ocak1977.pdf>, E.T.: 21.06.2018.
- BOZER, R. Turgay, Önleme Araması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2001.
- BOZLAK, Ayhan, “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 26, S. 109, Kasım 2013, s. 55-92, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-109-1322>, E.T.: 18.06.2018. (Özel Hayatın Korunması)
- BOZLAK, Ayhan, Anayasa Ek 4. Madde Kapsamında ABD Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği Hakkının Korunması, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2015. (2015)
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, 14. Bası, İstanbul 2017.
- CİHAN, Erol, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 28, S. 3-4, 1962 s. 701-712, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005119/1023004658>, E.T.: 27.06.2018.
- CİN, M. Onursal, “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2 (Milenyum Armağanı), Ocak 2000, s. 665-686, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262162>, E.T.: 25.01.2019.

- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2017.
- ÇAMLİBEL, Cemil, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku”, Polis Dergisi S. 36, Temmuz / Ağustos / Eylül 2003, s. 325-335.
- ÇELİK, Adem, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- ÇOBAN, Ali Rıza, “Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza ÇOBAN / Bilal CANATAN / Adnan KÜÇÜK, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 11-19.
- ÇULHA, Rıfat / DEMİRAĞ, Fahrettin / Nuhoğlu, Ayşe / OKTAR, Salih / TEZCAN, Durmuş, Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2017.
- DANIŞMAN, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1991.
- DAYTON, A. Kimberley, “Oto Durdurma ve Amerikan Anayasası, 4 No’lu Ek Madde”, Çeviri: Akademi Tercüme, Ceza Hukuku Reformu Sempozyum 20-23 Ekim 1999 Taksim Park Plaza Otel, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul 2001, s. 31-38.
- DEMİRTAŞ, Ali Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2018.
- DERDİMAN, R. Cengiz, Polis Yönetimi ve Hukuku, Nobel Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ankara 2007. (Polis Yönetimi ve Hukuku)
- DERDİMAN, Ramazan Cengiz, Türk Hukukunda Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Hukuki İstisnası Olarak Adli Arama ve İnsan Hakları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1990, <http://acikerisim.istanbul.edu.tr/bitstream/handle/123456789/13513/18899.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, E.T.: 18.07.2018. (1990)
- DİCEY, Albert V., “Hukuk Devleti ve Genel Uygulamalar”, Çeviri: Ali Rıza ÇOBAN, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza ÇOBAN / Bilal CANATAN / Adnan KÜÇÜK, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 25-38.
- DİNLER, Veysel, “Kolluğun Olay Yeri İnceleme Yetkisi”, Suç Analizi 1, Editörler: Mustafa KAYGISIZ / Hanifi SEVER, Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s. 115-129 https://www.academia.edu/642154/Kollu%C4%9Fun_Olay_Yeri_%C4%B0nceleme_Yetkisi, E.T.: 08.04.2019.

- DOĞAN, İlyas, “*Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2005, s. 51-59. (2005)
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 9. Bası, C. II, İstanbul Nisan 1986.
- DÜLGER, Murat Volkan, *Dışlama Kuralı Ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi: (Zehirli Ağaçların Meyvesi Öğretisi)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- ERDEM, Büşra, *Haksız Arama Suçu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 103. (2019)
- ERDEM, Mustafa Ruhan, *Ceza Hukukunda Organize suçlulukla Mücadele Gizli Soruşturma Rehberi*, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara 2001. (2001)
- ERDEMİR, Nevzat, “*Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı*”, TBBD, S. 1, 1988, s. 81-90, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-1085>, E.T.: 02.02.2018.
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 13. Baskı, Ankara 2017. (2017)
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 6. Basım, Ankara 2004. (2004)
- EREM, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1964. (1964)
- EREM, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Sevinç Matbaası, 4. Bası, Ankara 1973. (1973)
- EREM, Faruk, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yayınları, 6. Bası, Ankara 1986. (1986)
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yetkin Yayınları*, 20. Baskı, Ankara 2016.
- ERTUĞRUL, Hüseyin, “*Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 6, S. 55, Mart 2011, s. 47-50.
- ERYILMAZ, M. Bedri, “*Bir İnsan Hakkı Olarak Korku Duymama Hakkı ve AB Uyum Yasaları: (CMK’da Tanımlanan Kolluk Faaliyetleri)*”, *Polis ve Hukuku Ceza Adalet Sisteminin İlk Aktörleri Niğde Polis Meslek Yüksek Okulu 23 Aralık 2005*, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2006, s. 9-14.
- ERYILMAZ, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003. (2003)
- ERYILMAZ, Mesut Bedri, *Ceza Muhakemesi Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2012. (2012)

- ESEN, Bülent Nuri, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1970.
- Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 1, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, E.T.: 18.05.2018.
- FEYZİOĞLU, Metin; “*Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 135-163.
- GALERİ, Aytekin, Önleyici Polislik, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2009.
- GLESS, Sabine; “*Delil Yasakları ve Uzak Etki*”, Çeviri: Kerem ÖZ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 345-359.
- GOTTLIED, David, “*Amerikan Hukukunda Arama*”, Çeviri: Feridun YENİSEY, Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, “*Önleyici Kolluk Tedbirleri Karşısında Milletvekili, Hâkim, Savcı, Avukat gibi Özel Görev ve Sıfatı Haiz Kişilerin Durumu*”, Polise Görev Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II, Ankara 2008, s. 111-120.
- GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 11 Seminer Yayın Dizisi No: 2, İmaj Yayıncılık, Mart-Haziran 1995.
- GÖREN, Zafer, “*Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, S. 12, Güz 2007/2, s. 21-37, <http://ticaret.edu.tr/uploads/Kutuphane/dergi/s12/M00186.pdf>, E.T.: 07.02.2018. (İnsan Onuru)
- GÖREN, Zafer, “*Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992, s. 165-184, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/anayasa-yargisi-dergisi/>, E.T.: 09.04.2019. (Kişiliğin Korunması)
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 19. Baskı, Bursa 2017.
- GÖZLER, Kemal, “*3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği*”, Anayasa Yargısı 19 Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü

- Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 49, Falez Otel Antalya 22-26 Nisan 2002, s. 326-354. (3 Ekim)
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 19. Baskı, Bursa 2017. (2017)
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayım Dağıtım, C. I, Bursa 2009. (2009)
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, 11. Baskı, Ankara 2016.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhankitabevi, 4. Bası, Ankara 2010.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara 2013. (2013)
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitapevi, 33. Bası, Ankara 2015. (2015)
- GROOP, Walter, “*Masumiyet Karinesinin Ceza Muhakemesini Sınırlayıcı Etkisi*”, Çeviri: Osman İSFEN, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3 Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 319-333.
- GÜLŞEN, Recep, “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama*”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Mart 2005, S. 3, s. 90- 96. (2005)
- GÜLŞEN, Recep, “*Haksız Arama Suçu*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 16, Mayıs 2007, s. 139-158. (Haksız Arama Suçu)
- GÜLŞEN, Recep, “*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi*”, CHKD, C. 3, S. 2, 2015, s. 227-251. (2015)
- GÜMÜŞAY, Mert, Anayasa Değişiklikleri Işığında Arama Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004.
- GÜNAY, Erhan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2018.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2015.
- GÜNDOĞAN, Kadir / KOÇ, Cihan / ÖZBUDAK, Coşkun, Kolluğun Önleyici ve Adli Görevleri, Sözkese Matbaası, 7. Baskı, Ankara 2011.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık; 3. Baskı, Ankara 2013.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, “*Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi*”, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, S. 4, Ankara Kasım 1995, s. 18 (14- 20), <http://www.ihmpolitics.org/ihmd/34/04.pdf>, E.T.: 05.10.2018.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 312.
- HAYEK, Friedrich A. von, “*Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti*”, Çeviri: Sevda Gültekin GÖKTOLGA / Ali Rıza ÇOBAN, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza ÇOBAN / Bilal CANATAN / Adnan KÜÇÜK, Adres Yayınları, Ankara 2008, s. 39-116.
- İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul 2013.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Afa Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 1998. (1998)
- KABOĞLU, İbrahim Özden, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, 9. Bası, Eylül 2014. (2014)
- KAFADAR, Muhammet Fatih, Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: “İnsan Onuru”, s. 1-9, http://www.umut.org.tr/UserFiles/Files/Document/document_11%20Ekim-IV-2.pdf, E.T.: 09.02.2018.
- KAHRAMAN, Mehmet, “*Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama*”, Yargıtay Dergisi, C. 33, S. 3, Temmuz 2007, s. 327-390.
- KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2015.
- KANTAR, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Cumhuriyet Matbaası, Birinci Kitap, 2. Bası, İstanbul 1944.
- KARAKEHYA, Hakan, “*Ceza Muhakemesinin Amacı*” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 2, 2007, s. 121-141, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/95727>, E.T.: 08.04.2019. (Ceza Muhakemesinin Amacı)
- KARAKEHYA, Hakan, “*Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, S. 27, Temmuz 2016, s. 59-82, <http://www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-27/>, E.T.: 26.06.2018. (Maddi Gerçek)

- KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2016. (2016)
- KAYGUSUZ, Ziyaettin, “*Hukukumuzda Polisin; “Üst, Eşya ve Araç Aramaları”*”, Polis Dergisi, S. 50, Ekim / Kasım / Aralık 2006 s. 42-61.
- KAYMAZ, Seydi, Uygulama ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- KESKİN KİZİROĞLU, Serap, “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S.1, 2009, s. 139-168. (2009)
- KESKİN KİZİROĞLU, Serap, “*Arama ve Tarama*”, Güncel Hukuk Dergisi, C. 8-140, Ağustos 2015, s. 60-62.
- KESKİN KİZİROĞLU, Serap, “*Türk Hukukunda Arama ve Elkoyma*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s. 143–162, <http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/fakulte-dergisi-2008-1-hukuk-fakultesi.pdf>, E.T.: 27.08.2018.
- KİLKELLY, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, Almanya, Avrupa Konseyi, 2001, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayat.pdf, E.T.: 24.05.2018.
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “*Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2012, s. 43-69, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/397914>, E.T.: 10.04.2019.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, C. 1 Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2013. (2013)
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 18. Baskı, İstanbul 2010. (2010)
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun, Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul 2000. (2000)
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku II. Kitap, Beta Basım Yayım, 12. Bası, İstanbul 2003. (2003)
- KUNTER, Nurullah, “*“Tehlike Tedbiri” Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyatı Haciz*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4,

- Ocak 1968, s. 17–41, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96132>, E.T.: 24.07.2018. (Tehlike Tedbiri)
- KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Kazancı Matbaacılık Sanayii, Sekizinci Bası, Büyükçekmece / İstanbul 1986. (1986)
- MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 82-149), Sözkese Matbaacılık Tic. Ltd. Şti, C. 2, Ankara 2013.
- MALKOÇ, İsmail/YÜKSEKTEPE, Mert, Ceza Muhakemesi Kanunu (Madde 1-202), Malkoç Kitapevi, C. 1, Ankara 2008.
- MERAN, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2008.
- METİN, Yüksel, “*Temek Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük ilkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, No:1, 2017, s. 1-74, <http://dergipark.gov.tr/sduhfd/issue/33190/369413>, E.T.: 24.05.2018.
- OKANDAN, Recai Galip, “*Kadim Yunanda Hususi Hukuk, Ceza Hukuku, Adli Teşkilat ve Muhakeme Usulü*”, İÜHFİM, C. 17, S. 3-4, 1951, s. 786-815, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023005133/1023004672>, E.T.: 05.07.2018.
- OPTİCAN, Scoot, “*Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar*”, Çeviri: Feridun YENİSEY, Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- ÖNDER, Ayhan, “*Ceza Muhakemeleri Usulünde Arama*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S. 3, 1963, s. 424-457, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004924/1023004469>, E.T.: 22.12.2017.
- ÖNOK, Murat, “*Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar*”, Ceza Muhakemesinde Güncel Konular, Editör: Nur CENTEL, On İki Levha yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 259-314.
- ÖRSTEN ESİRGİN, Seda, “*Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 2305-2329, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22288.pdf>, E.T.: 05.07.2018.
- ÖZBEK, Veli Özer / BACAŞIZ, Pınar, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 145-206.

- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2017. (2017)
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara 2017. (Ceza Hukuku Özel Hükümler)
- ÖZBEK, Veli Özer, “*Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C. 4, S. 2, s. 57-88, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz4-2/PDF/ozbek3.pdf>, E.T.: 24.07.2018. (Ön Alan Soruşturmaları)
- ÖZBEK, Veli Özer, “*Önleme Araması*”, Polise Görev Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliği II, Ankara 2008, s. 67-92. (MUYEP)
- ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Seçkin yayınevi, Ankara 1999. (Mağduriyetin Giderilmesi)
- ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999. (1999)
- ÖZBEK, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005. (İzmir Şerhi)
- ÖZBEK, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2017. (İnfaz Hukuku)
- ÖZBUDAK, Coşkun, “*Önleyici Arama (Anayasa Değişiklikleri ve Uyum Yasaları Açısından)*”, Jandarma Dergisi, S. 99, Eylül 2002, s. 29-33.
- ÖZBUDUN, Ergun, “*Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği*”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, C. 1, Ankara 1977, s. 265-294. (1977)
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2010. (2010)
- ÖZCAN, İrfan / DURSUN, Serdar Kurban, “*Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Arama*”, Polis Dergisi, S. 47, Ocak / Şubat / Mart 2006, s. 114-124.
- ÖZDEMİR, Erol, “*Belçika Gezisinin Ardından*”, Polis Dergisi, S. 42, Ekim / Kasım / Aralık 2004, s. 295-309, <http://www.polisdergisi.pol.tr/Sayfalar/42--Say%C4%B1-indirme-sayfas%C4%B1.aspx>, E.T.: 17.07.2018.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara 2017.

- ÖZTÜRK, Bahri / EKER KAZANCI, Behiye / GÜLEÇ, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özlem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, Nazari ve uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991.
- READ, Frank Tom, Ceza Muhakemesinde Anlattırıcı Soru ve Çapraz Soru Teknikleri (Direct and Cross Examination), Çeviri: Feridun YENİSEY / Neylan ZİYALAR, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 279, Ankara 2014.
- ROXIN, Claus, “*İspat Hukukunun Esasları*”, Çeviri: Yener ÜNVER, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, S. 8, 2005/2, s. 265-289.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “*Özel hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 3, 2013, s. 227-266, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_3_8.pdf, E.T.:19.06.2018.
- SANCAKDAR, Oğuz / US, Eser / KASAPOĞLU TURHAN, Mine / ÖNÜT, Lale Burcu / SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2018.
- SAYGILAR, F. Yasemin, "Arama", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 629-642.
- SAYGIN, Engin, “*Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2017, s. 57-88, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2017-2/2.pdf>, E.T.: 24.05.2018
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, “*Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” İlkesi*”, Çeviri: Feridun YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trail, SCHROEDER, Friedrich- Christian / YENİSEY, Feridun / PEUKERT, Wolfgang, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999, s. 1-131.
- SELÇUK, Sami, “*Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adalet*”, Yargıtay Dergisi, Ajans-Türk Matbaacılık Sanaii, C. 3, S. 2, Ankara Nisan 1977, s. 49-70, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/nisan1977.pdf>, E.T.: 20.06.2018. (1977)

- SELÇUK, Sami, Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi, İmge Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 2004. (2004)
- SILVA, Juan Carlos Da/ STANGE, Albrecht/ YILDIZ, Ali Kemal, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi Arama ve El Koyma Tedbirleri Modülü, <http://aves.erciyes.edu.tr/YayinGoster.aspx?ID=8481&NO=27>, E.T.: 27.12.2017.
- SLOBOGIN, Christopher, “*Aramadaki Dışlayıcı Kural ile El Koyma Davaları Üzerine Karşılaştırmalı Bakış*”, Çeviri: Serdar AK / Ezgi ÇUFADAR / Can GÖKALP / Ayça TEKİN, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 678-708.
- SOKULLU AKINCI, Füsun, “*Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, 1988, s. 261-269, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/13712>, E.T.: 26.10.2018.
- SOKULLU AKINCI, Füsun, “*Özgürlük ve Güvenlik*”, Prof. Dr. İlhan Özey'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 105-110. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/97625>, E.T.: 16.10.2018.
- SOKULLU AKINCI, Füsun, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, Gümüş Basımevi, İstanbul 1990. (1990)
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 271.
- STOECKER, Ralf, “*İnsan Onuru ve Rencide Paradoksu*”, Kilikya Felsefe Dergisi, Çeviren: Büşra Çakıl, S. 1, 2016, s. 90-108, <http://philosophy.mersin.edu.tr/2148-7898/16-1/16-1-090.pdf>, E.T.: 06.02.2018.
- SÜRÜCÜ, Sinan / ALGAN, Doğukan, “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*”, İzmir Barosu Dergisi, S. 2, İzmir Mayıs 2014 s. 45-102.
- ŞAFAK, Ali / BIÇAK, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Liberte Yayınları, 3. Baskı, Ankara 1999. (1999)
- ŞAFAK, Ali / BIÇAK, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Roma Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2005. (2005)
- ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı C. 1, Ankara 2018.
- ŞEN, Ersan, “*Anglo Sakson Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı*”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No: 18, İstanbul 1990, s. 83-88, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/259927>, E.T.: 19.06.2018. (1990)

- ŞEN, Ersan, “*Arama Tedbirinin Açıkta Duran Delillere Tatbiki*”, Yorumluyorum-XVII, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 305-307.
- ŞEN, Ersan, “*Avukatın Üzerinin Aranması*”, Yorumluyorum-XVII, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 309-315.
- ŞEN, Ersan, “*Park Halindeki Araçlarda Önleme Araması*”, Yorumluyorum-VI, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 287-290.
- ŞEN, Ersan, “*Yazılı Emir Olmaksızın Yapılan Üst Araması*”, Yorumluyorum-XVI, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 127-131.
- ŞEN, Ersan, “*Hukuka Aykırı Delillerin Dosyadan Çıkartılması*”, Yorumluyorum-XIV, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 311-316.
- ŞENTUNA, M. Tarık / POLAT, Güntekin, “*Ceza Yargılaması Hukukunda Arama*”, Adalet Dergisi, Yıl: 94, S. 14, Ocak 2003, s. 223-228.
- ŞIK, Hüseyin, “*Suçsuzluk Karinesi*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2013, s. 103-145, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ndergi/article/view/5000145728/5000133056>, E.T.: 03.07.2018.
- TAHİROĞLU, Bülent, Roma Hukukunda Fortum, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul 1975.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, 17. Bası, İstanbul 2018.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Ankara 2017.
- THAMAN, Stephen C., “*Karşılaştırmalı Hukukta Yasak Ağacın Meyveleri*”, Çeviri: Ahmet Emrah GEÇER, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Editör: Yener ÜNVER, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 361-407.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2017.
- TOSUN, Öztekin, “*Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, 1974, s. 85-108, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96475>, E.T.: 09.04.2019.
- TURABİ, Selami, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2017.
- TURAN, Belgin, “*Polisin Arama Yetkisi*”, Türk İdare Dergisi, İçişleri Bakanlığı Yayınları, S. 417, Ankara 1997, s. 179- 217. (1997)

- TURAN, Hüseyin, “*Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi*”, TBB Dergisi, S. 84, 2009, s. 213-230.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. I, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2016. (2016)
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2016. (C. II)
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 104, 1. Baskı, Mayıs 2006. http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/sorularla_cmk.pdf, E.T.: 27.12.2017. (2006)
- ÜNVER, Yener, “*Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız*”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 1, S. 2, Aralık 2006, s. 103-205.
- ÜZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1. Bası, 2004 İstanbul.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, “*Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları*”, TBB Dergisi, Sayı 58, 2005, s. 41-72, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-58-134>, E.T.: 03.07.2018.
- VURALDOĞAN, Kemal, “*Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası*”, Bursa Barosu Dergisi, C. 30, S. 81, Eylül 2006, s. 75-78, <https://jurix.com.tr/article/17679>, E.T.: 23.01.2019.
- WOHLERS, Wolfgang, “*Alman Ceza Hukukuna Göre Aramadaki Temel ve Güncel Sorunlar*”, Çeviri: Kerem ÖZ, Hukuk Köprüsü, C. 5, S. 9, Aralık 2015, s. 205-217.
- YALÇIN, Hüseyin, Önleme Araması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2010.
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı C. III (Madde 86-146), Ankara 2010.
- YENERER, Özlem, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1996.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe / GÜZEL, İdris, Kolluk Yetkileri Güvenlik ve Hukuk, Nergis Yayınlar, İstanbul 2004.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Dördüncü Baskı, Ankara 2016.

- YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung, Beta Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2015.
- YENİSEY, Feridun, “*Ceza Yargısında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler*”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984. (100. Yıl)
- YENİSEY, Feridun, “*CMK’nın Genel Değerlendirmesi*”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, Ekim 2006, s. 11-17.
- YENİSEY, Feridun, “*İspat Hukuku ve “Fair Trial” İlkesi*”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trail, SCHROEDER, Friedrich- Christian / YENİSEY, Feridun / PEUKERT, Wolfgang, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1999, s. 133-232. (Fair Trial)
- YENİSEY, Feridun, “*Ön Alan Araştırmaları*”, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs 2010–4 Haziran 2010), 12 Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 91-98. (Ön Alan Araştırmaları)
- YENİSEY, Feridun, “*Önleme Tedbirlerinde Kolluğun Yetkileri*”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 1, S. 1, 1978, s. 48-55, [http:// dergipark.gov.tr/search?q=+%C3%96NLEME+TEDB%C4%B0RLER%C4%B0NDE+KOLLU%C4%9EUN+YETK%C4%B0LER%C4%B0.+Ceza+Hukuku+ve+Kriminoloji+Dergisi+%§ion=articles&type=basic](http://dergipark.gov.tr/search?q=+%C3%96NLEME+TEDB%C4%B0RLER%C4%B0NDE+KOLLU%C4%9EUN+YETK%C4%B0LER%C4%B0.+Ceza+Hukuku+ve+Kriminoloji+Dergisi+%§ion=articles&type=basic), E.T.: 24.07.2018.
- YENİSEY, Feridun, “*Yeni Arama Hukukumuz*”, Polis Dergisi, S. 37, Ekim / Kasım / Aralık 2003, s. 7- 9. (Yeni Arama Hukukumuz)
- YENİSEY, Feridun, Arama Hukukuna Giriş, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2006. (Arama Hukuku)
- YENİSEY, Feridun, Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, A II, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul 2001, s. A II. 19. (Avrupa Birliği Süreci)
- YENİSEY, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta Basım Yayın, 1. Bası, İstanbul 1987. (Hazırlık Soruşturması)
- YENİSEY, Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama El Koyma Yakalama ve İfade Alma, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları no:12, Ankara 1995. (1995)
- YENİSEY, Feridun, Kolluk Hukuku, Beta Basım, 2. Baskı, İstanbul 2015. (Kolluk Hukuku)
- YENİSEY, Feridun, Polis ve Hukuku Ceza Adalet Sisteminin İlk Aktörleri, Niğde Polis Meslek Yüksek Okulu 23 Aralık 2005, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2006.
- YILDIRIM, Akif, “*Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu*”, TAAD, Yıl:5, S. 19, Ekim 2014, s. 585-622, <https://docplayer.biz.tr/29557146-Turk-ceza->

hukukunda-haksiz-arama-sucu-the-crime-of-unlawful-search-akif-yildirim.html, E.T.: 31.10.2018.

YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / TEKİNSOY, Oktay, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Basımevi, 9. Baskı, Ankara 2005. (2005)

YILMAZ, Faruk, Türk Anayasa Tarihi, İz Yayıncılık, İstanbul 2012.

YURTCAN, Erdener, “*PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not*”, Güncel Hukuk, Ağustos 2007/8-44 sayısı, s. 20-21.

YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2017. (CMK)

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 2017. (2017)

YÜCE, Tufan Turhan, “*Saniğin Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri*”, TBBD, 1988, s. 156-167, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-1092>, E.T.: 09.02.2018.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2011.

- İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a2aa12a235456.45079702

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a676cc72e02c9.65142736, E.T.: 23.01.2017.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a7969f4274e87.96980914, E.T.: 06.02.2018.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c8bb1ffe47440.30424519, E.T.: 15.03.2019.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b853131023438.00670674; E.T.: 28.08.2018.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b8cf203800277.64637322, E.T.: 03.09.2018.

<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, E.T.: 28.03.2018.

<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1921/1921ilkmetin/1921-ilkhali.pdf>, E.T.: 28.03.2018.

<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>, E.T.: 28.03.2018.

<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, E.T.: 28.03.2018.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Zeliha ALPSOY
Doğum Yeri ve Tarihi : Samsun – 1986

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Öğrenimi : Kamu Hukuku (Tezli)
Bildiği Yabancı Diller :
Bilimsel Faaliyetleri :

İş Deneyimi

Stajlar : Samsun Barosu (Avukatlık Stajı)
Projeler :
Çalıştığı Kurumlar : K.T.O. Karatay Üniversitesi

İletişim

Elektronik Posta Adresi :

Tarih :