

T.C.
MALTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İNSAN HAKLARI ANABİLİM DALI

ADLİ VE ÖNLEME ARAMALARININ İNSAN
HAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

EVREN AKBEY

081128201

Danışman

Prof. Dr. Ioanna KUÇURADI

İstanbul, Eylül 2011

ÖZET

Anayasamızın 20. ve 21. Maddelerine paralel olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesine göre, herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın karışması, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın ve başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu bulunduğu ölçüde ve kanunla öngörülmesi koşuluyla olabilir.

Bu çalışmada, adli ve önleme aramalarının mevzuatımızdaki mevcut düzenlemesinin hukuki niteliği ve sahip olduğu ilkelerin neler olduğu; bu ilkeler ışığında da, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere, Yargıtay ve yerel mahkemelerin adli ve önleme aramaları ile ilgili olarak özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkındaki kararları incelenmektedir. Ayrıca uygulayıcılar tarafından arama işleminin icrasının usul ve yasalara uygun yapılıp yapılmadığı, uygun yapılmayan işlemlerin hukuki sonuçları, uygulamadaki eksiklerin neler olduğu, bu konuda kişilerin yaşadıkları mağduriyetlerin insan hakları açısından sonuçları bu çalışma kapsamında inceleme konusu yapılmıştır.

ABSTRACT

In parallel with the articles 20. and 21 of the constitution of Turkey, and in line with the article 8 of European Convention on Human Rights, everyone has the right to demand respect for his private and family life, his home and his correspondence. Any interference by a public authority with the exercise of this right must be in accordance with the law and only if it is necessary in a democratic society in the interests of national security, public security or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedom of others.

This study, focuses on the juridical specificity and the principles of judicial and preventive search in the current regulationst, and in the light of these principles decisions of the Court of Cassation and rulings of local courts, as well as decisions of the European Court of Human Rights are examined. In addition the study examines whether the search procedure followed by law enforcement officers is in accordance with the current laws and regulations, deals with the legal consequences of illegal prodedures and tries to put forth the deficiencies in practicing such a search, as well as the consequences they bear for those who undergo it.

İÇİNDEKİLER

| | |
|------------------------------------|-----------|
| SONUÇ VE DEĞERLENDİRME..... | 90 |
| KAYNAKLAR..... | 94 |

SİMGELER VE KISALTMALAR

| | |
|-------------|---|
| AB | Avrupa Birliği |
| AIHM | Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi |
| AIHS | Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| AÖAY | Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği |
| CMK | Ceza Muhakemesi Kanunu |
| CMUK | Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu |
| DGM | Devlet Güvenlik Mahkemesi |
| İHEB | İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi |
| PVSK | Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu |

TBMM **Türkiye Büyük Millet Meclisi**

TCK **Türk Ceza Kanunu**

UYAP **Ulusal Yargı Ağı Projesi**

YCGK **Yargıtay Ceza Genel Kurul**

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının başlangıç bölümünde, her Türk vatandaşının, bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak, hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu belirtilmiştir. Hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin korunup yaşatılması için, toplum güvenliği ve kamu düzeninin sağlanması devletin öncelikli görevleri arasında yer almaktadır. Devlet, anayasal organları eliyle milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, suç işlenmesinin önlenmesi için veya alınan bütün tedbirlere rağmen işlenmiş bir suçtan dolayı oluşan zarar ve tahribatın giderilmesi, suçun delil ve faillerinin belirlenmesi ve nihayetinde ceza yargılamasının yapılabilmesi için başvuracağı güvenlik tedbirleri ile özgürlükler arasında dengeyi sağlamak zorundadır. Toplumsal bir sözleşme sonucu devletin ortaya çıktığını kabul edersek, insanların iradesi sonucunda ortaya çıkan bir kurumun en temel kaygısının da, insan onurunun korunması, insanın maddi ve manevi gelişmesini sağlaması olması gerektiği anlaşılacaktır. Bu bağlamda insan onurunu korumak ve insan onuruna saygıyı sağlamak ancak hukuk devletinde mümkündür.

1982 Anayasasının 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri arasında “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gereken şartların sağlanması” gösterilmiş; bu konuda devletin, insan onurunun korunması yönünden aktif yükümlülükleri Anayasa teminatı altına alınmıştır. Ayrıca Anayasanın 17. maddesinde “kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir

cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı” hükmü, insan onuru karşısında devletin pasif yükümlülüklerini düzenlemektedir.

Kişi hayatının özel alanına yapılan müdahaleler insan onurunu yakından ilgilendirmektedir. Bu bağlamda özel hayat, gerek Anayasamızda gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde müdahalelere karşı korunmuştur. Ancak kişinin üstünün aranması, konutunda ve eklentilerinde arama, araç ve eşyasının aranması söz konusu olduğunda özel hayata müdahale kaçınılmazdır. Burada işlemin hukuka uygun olmasının yanında, işlemin icrasının da hukuka ve insan haklarına uygun olarak yerine getirilmesi insan onuruna saygının bir gereğidir.

Anayasamızda arama hukuku ile ilgili düzenlemeler, özel hayatın gizliliği ve korunması, konut dokunulmazlığı başlığı altında düzenlenmiştir (m.20,21). Bunun yanında genel anlamda temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin esasları düzenleyen 13. madde ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin esasları düzenleyen 15. maddeyi de bu çalışma kapsamında değerlendirmek gerekecektir. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar. Anayasamızın 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, Anayasanın sözüne

ve ruhuna, demokratik toplum düzenine, laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacak şekilde kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması başlığı altında düzenlenen Anayasamızın 15. maddesinin 1. fıkrasına göre savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesine göre, herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın karışması, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın ve başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu bulunduğu ölçüde ve kanunla öngörülmesi koşuluyla olabilir.

“Adli ve önleme aramalarının insan hakları açısından değerlendirilmesi” konulu bu çalışma kapsamında,

- Çekirdek yasal dayanakları yukarıda belirtilen adli

ve önleme aramalarının mevzuatımızdaki mevcut düzenlemesinin hukuki niteliği ve sahip olduğu ilkelerin neler olduğu,

- Bu ilkeler ışığında, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere, Yargıtay ve yerel mahkemelerin adli ve önleme aramaları ile ilgili olarak özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkındaki kararları,

- Uygulayıcılar tarafından işlemin icrasının usul ve yasalara uygun olup olmadığı, uygun değilse, bu işlemlerin hukuki sonuçları,
- Uygulamadaki eksiklerin neler olduğu, bu konuda kişilerin yaşadıkları mağduriyetin insan hakları açısından sonuçları inceleme konusu yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. TANIM

Arama, kişilerin üstlerinin, eşyalarının, araçlarının, özel kâğıtlarının, konut, işyeri ve eklentilerinin, kamu düzeni ve güvenliğini tehlikeye sokan kişi veya eşyaları bulmak veya suç işlendikten sonra saklanan şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanabilmesi ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilebilmesi için, bir kimsenin özel ve aile hayatının gizliliği sınırlandırılarak yapılan hukuki bir işlemdir.

Aramada amaç gizli ve saklı olanı ortaya çıkarmak olduğundan, kişinin gizli tutmadığı ve kendi isteğiyle alenileştirdiği şeyler için “arama” dan söz edilemez. (Eryılmaz, 2003, s. 32) Örneğin, kişinin üzerinde görülen silahın alınması arama değildir. Çünkü burada saklı olmayan bir şeyin ele geçirilmesi söz konusudur. Amerikan Yüksek Mahkemesi, polisin helikopterle yaptığı uçuş sırasında, etrafı çevrili bahçede uyuşturucu madde tespit etmesini teknik olarak ‘arama’ saymamıştır. Mahkeme, polisin yaptığı uçuşun uçuş kurallarına uygun olduğunu ve bu manada özel hayatın gizliliğine bir müdahalede bulunulmadığını belirtmiştir. (Optican, 2006 s. 43) Yine, Amerikan Yüksek Mahkemesi kapıya konan çöpün polis tarafından incelenmesini teknik olarak “arama” kabul etmemektedir. Ayrıca, durdurma ve kimlik kontrolü, bavul veya araçların detektör köpeğe koklatılması

“arama” işlemi olarak kabul edilmemektedir. (Yenisey, Nuhoglu, Güzel, 2004, s. 29)

Burada önemli olan, özel hayatın gizliliğine herhangi bir müdahalenin olup olmadığının ve yapılan faaliyetin arama olup olmadığının, işlemin yapılma şekli de göz önünde bulundurularak her somut olayda değerlendirilmesidir. Örneğin kolluk mensubunun suçüstü hali nedeniyle başlatmış olduğu sıcak takip sonucu şüphelinin girmiş olduğu konuttan alınması, başka bir ceza usulü işlemi olan “yakalama” tedbirini içerir. Ancak kişinin sıcak takibe rağmen ele geçirilememesi, saklandığı konutun sonradan tespit edilmesi durumunda konuta girilerek kişinin yakalanması için uygulanacak hukuki prosedür “arama” dır.

2. ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Özel hayatın gizliliğine doğrudan müdahale niteliği taşıyan “arama” işlemlerine ilişkin usul ve esaslar, gerek ulusal düzeyde Anayasa ve yasalarla, gerekse uluslararası düzeyde ülkemizin taraf olduğu ve uygulamada yasa hükmünde olan, Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenmiştir.

2.1. Anayasal Dayanak

Temel hak ve özgürlükler, öncelikli olarak Anayasa metinlerinde koruma altına alınmıştır. Bu haklara zorunlu olarak hangi durum ve şartlarda müdahale edilebileceği hususu yine bu metinlerde düzenlenerek, müdahalelerin sınırları kesin olarak çizilmek istenmiştir.

Anayasamızda aramaya ilişkin esas ve usuller, özel hayatın gizliliği ve korunmasını düzenleyen 20. Madde ile konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. maddede hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında genel anlamda temel hak ve özgürlüklerin

sınırlanmasına ilişkin esasları düzenleyen 13. maddeyi ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin esasları düzenleyen 15. maddeyi de aramaya ilişkin anayasal dayanaklar arasında sayabiliriz. Anayasanın 3.10.2001 tarihinde değiştirilen 20. maddesine göre,

Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın 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 aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Anayasanın 21. maddesi de 3.10.2001 tarihinde değiştirilerek, kişinin özel ve aile yaşamına, konutuna saygı gösterilmesini isteme hakkı ve bunun meşru sınırları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde yer alan düzenlemeye uygun hale getirilmek istenmiştir. Değişik 21. maddede,

Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın 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 konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört

saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar

denilerek, konut dokunulmazlığının hangi meşru amaçlar ve usul dâhilinde sınırlanabileceği ortaya konulmuştur. Her iki maddede de yer alan ve arama için “hâkim kararı” veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin bu da Cumhuriyet Savcısıdır “yazılı emrinin” aranması yönündeki düzenleme, Anayasa değişikliklerinin 2001 yılında yapıldığı günlerde kolluk yetkilerinin ciddi biçimde daraltıldığı savıyla eleştirilmiştir. Oysa Anayasada yapılan değişikliklerle, özel hayata müdahalenin meşru amaçlarla usulüne uygun yapılıp yapılmadığının başta hâkim kararı olmak üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile bir hukukçunun kararına, değerlendirmesine ve gözetimine tabi tutulması insan haklarının korunması açısından önemli bir düzenlemedir.

Anayasanın 13. maddesine göre:

Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

“Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlığı altında düzenlenen Anayasamızın 15. maddesinin 1. fıkrasına göre,

Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen

durdurulabilir veya bunlar için anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

2.1.1. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

Özgürlükler, bireyin toplum içerisinde sahip olduğu bağımsızlık alanının sınırlarını çizer. Kişisel ve özel olan bu alan, bireyin inisiyatif, hatta mahremiyet mekânıdır. Özgürlükler, devletin durduğu yerde başlarsa da, başkasına zarar vermeden her şeyi yapabilme şeklindeki tanım, aynı zamanda bireyler arasındaki yatay ilişkilerin anlatımıdır. Özgür olmak, aynı zamanda başkasına karşı öne sürülebilen haklara sahip olmaktır. (Kaboğlu, 2002, s. 14-15)

Her demokratik hukuk devleti, fertlere, maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri özgür bir hayat alanı tanır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve bireyin kendi dünyası olarak anılabilecek olan bu alan, temel hak ve özgürlükler ve ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir gösterge işlevini de taşır. Bireyin bu kendi dünyası ne kadar geniş ise, ülkede mevcut olan siyasi rejim o kadar özgürlükçü ve demokratik, ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoriterdir. (Canpolat, 2011) Dolayısıyla, bireylerin yaşam alanlarına müdahale teşkil edebilecek her fiilin mutlaka kabul edilebilir bir nedeni olmalıdır ki özgürlükçü ve demokratik bir rejimden bahsedebilelim.

Alman Anayasa Mahkemesi, özel hayat ile hayatın gizli alanını birbirinden ayırmak için kuşak teorisi adı verilen bir teori geliştirmiştir. Buna göre, insan hayatının merkezinde, her türlü devlet müdahalesine karşı korunmuş bulunan ve dokunulmaz olduğu kabul edilen bir çekirdek alan vardır. Bu çekirdek alan, ikinci bir kuşak alanla çevrilmiştir. Bu ikinci alan da, devletin müdahalesine karşı korunmuştur, ancak dokunulmaz değildir. Yani bu alan bakımından nispi

bir koruma söz konusudur. İnsan hayatı bakımından bu ikinci alanı da çevreleyen üçüncü bir kuşak alan daha vardır ki, burada herhangi bir koruma söz konusu değildir. (Öztürk, 1991, s. 77)

Bu bağlamda ortak hayat alanı olarak herkes tarafından kullanılan yerlerde kişinin, herkes tarafından bilinen, dış dünyadaki aleni hareketleri özel hayat alanı olarak kabul edilemez.

Günlük yaşamında insan hakları ile iç içe ve birlikte yaşayan, sosyal ve akıl sahibi bir varlık olan insan, özgür bir şekilde düşündüğünü söyleyebilmek, istediği yere gidebilmek, istediği yerde yerleşmek, yaşam ve geleceği üzerinde düşünüp karar vermek haklarının yanında bireysel hayat kapsamında, özel hayatını, aile hayatını, konutunu ve özel haberleşmesini istediği gibi düzenleyebilmek hak ve yetkisine de sahiptir. (Ünal, 2001, s.7)

Anayasamızın 20. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” denilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise,

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın 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 aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

hükümü getirilmiştir. Anayasamızda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması başlığı altında toplanan bu haklar, milletlerarası sözleşmelerle paralellik göstermektedir.

2.1.2. Konut Dokunulmazlığı

Türk Medeni Kanunu'nun 19. maddesinde "bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer" şeklinde tanımlanan konut kavramı, ceza hukuku açısından daha geniş tanımlanmaktadır. Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) 21.6.1993 tarih ve 155 sayılı kararında, konut, "devamlı veya geçici olarak, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerler" şeklinde belirtilmiştir. YCGK'nın söz konusu kararını esas aldığımızda, sadece sürekli kalınan yer değil; yazlıklar, tatil evleri, otel odaları, yaşam alanı olarak kullanılan konteynır ve çadırlar gibi geçici veya uzun süreli konaklama yerleri de konut sayılacaktır. Burada önemli olan, konut sayılabilecek yerin sürekli kullanılması değil, konut olarak kullanılabilir durumda olmasıdır. Konut dokunulmazlığında korunan hakkın mülkiyet hakkı olmadığı, kişinin özel yaşamı olduğu açıktır. Dolayısıyla bir yerin konut sayılmasında ölçüt, o yerin özel kullanıma ayrılıp ayrılmadığıdır. Korunan hak özel yaşam olduğuna göre, konutun eklentilerinin de bu dokunulmazlıktan yararlanacağı kuşkusuzdur. Çünkü konutun eklentilerine girildiği takdirde de kişi bu durumdan rahatsızlık duyacaktır.

Anayasanın 21. maddesinde;

Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın 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 konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört

saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

denilerek konut dokunulmazlığının hangi meşru amaçlar ve usul dâhilinde sınırlanabileceğini hüküm altına alınmıştır.

5237 Sayılı TCK'nın 116. maddesinin birinci fıkrasında, bir kimsenin konutuna, konutun eklentilerine rızasına aykırı olarak girilmesini veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayışını mağdurun şikâyeti üzerine cezalandırılmakla, konut dokunulmazlığının ihlali fiili suç sayılmıştır. Bu ihlalin, gece vakti işlenmesi durumunda ise cezai yaptırım daha da ağırlaştırıldığı aynı maddenin dördüncü fıkrasından anlaşılmaktadır. Bu madde, Anayasanın 21. maddesinde güvence altına alınan konut dokunulmazlığını ihlâl fiilinin cezai karşılığıdır. Konut dokunulmazlığının ihlali, kişinin aile ve özel hayatının güvenliği için bir tehdit olup, bu güvenliğin sağlanmaması durumunda kişinin mahremiyet alanından bahsedilemez. Mahremiyet alanını ise, kişinin huzur içinde hayatını sürdürebilmesinin, olanaklarını geliştirebilmesinin bir şartı olarak kabul edebiliriz. Kişinin, kendisini en güvende hissedebileceği bir alanın olması ve bu alanın müdahalelere çok kolay açık olmadığını bilmesi huzurlu olmasını sağlayacaktır. Dolayısıyla bu hakkın ihlalinin cezai bir yaptırımla karşılanması kaçınılmazdır. Bu nedenle konut dokunulmazlığında amaç özel hayatın korunması olduğundan, konut dokunulmazlığının ihlali suç olarak 5237 sayılı TCK'da, "hürriyete karşı işlenen suçlar" bölümünde düzenlenmiştir.

2.1.3. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması

Bu bölümde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kavramı, sınırlamanın koşulları ve ölçütleri incelenmektedir.

2.1.3.1. *Sınırlama Kavramı*

Her ülkede olağanüstü bir yönetim rejiminin uygulanmasının gerekli olduğu dönemler olabilir. Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali, ayaklanma, doğal afet gibi olağandışı durumlarda hayatın eski akışını sağlayabilmek ve olumsuzlukların üstesinden gelebilmek için temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması veya tamamen durdurulması söz konusu olabilecektir. Burada önemli olan, getirilecek kısıtlama ve ek yükümlülüklerin, çağdaş ve demokratik bir hukuk devletinde hukuka uygun, meşru, ölçülü dolayısıyla kabul edilebilir olmasıdır.

Sınırlama kavramı insan hakları açısından yaşamsal öneme sahiptir. Çünkü olağanüstü yönetimin gerekli olduğu dönemlerde çekirdek haklar dışındaki hak ve özgürlükler kanunlarla sınırlandırılmaktadır. Sınırlama kavramı, sözlük anlamındaki kısıtlama, daraltma anlamına uygun olarak teknik-hukuki anlam bakımından, bir temel hak normunun güvence altına aldığı kişinin özgürlük alanının daraltılmasını ifade etmektedir. Sınırlama, belli bir hakkın anayasaca öngörölmüş ya da belirlenmiş bulunan “yaşam alanının”, yine belirli ilkelere uygun olarak dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir müdahaledir.

İnsan hakları denilen haklara, yani bütün insanların eşit olduğu ve her kişinin sırf insan olduğu için sahip olduğu haklara (Kuçuradi, 2007, s.13) saygı etik bir sorun olarak karşımıza çıkar.

Bu haklar konusunda devletin rolü, çiğnenmelerini önlemek, çiğnendiği zaman da dengeyi yeniden kurmaktır; bu hakların korunması, ancak onları çiğneme girişimleri olduğu zaman söz konu olabildiğinden; devletin bu hakları koruması, bu hakları yasaların güvencesi altına alması, yani bu hakların çiğnenmesini

yasalarla önlemeye çalışması, çiğnendiği zaman da çeşitli organlarıyla araya girmesi demek olur. (Kaboğlu, 2002, s. 5)

Ancak, temel haklar dışındaki hakların sınırlandırılmasına karşı çıkma, ergeç çıkarların sınırlandırılmaması istemine dönüşür. (Kaboğlu, 2002, s. 8) Dolayısıyla haklara, yerinde ve zamanında getirilecek bir sınırlama, hakların korunmasına hizmet edebilecektir. Önemli olan sınırlama veya durdurmanın, yukarıda da belirtildiği şekilde, demokratik bir hukuk devletinde hukuka uygun, meşru, ölçülü, kabul edilebilir kısıtlama/durdurma olmasıdır. Meşru amaç çerçevesinde müdahale zorunlu olsa da “ölçülü” kalmalıdır. Alınan önlemin izlenen meşru amaçla sınırlı olması ile ifade edilen ölçülülük ilkesi, AİHM tarafından demokratik bir rejimin dayandığı “değerler” ve onun belirgin özelliklerini (çoğulcu, hoşgörülü, hukuka ve bireysel özgürlüklere, azınlık haklarına saygılı) öne çıkarılacak titiz ve derinleştirilmiş bir denetime tabi tutulmaktadır. (Kaboğlu, 2002, s. 93)

2.1.3.2. Sınırlamanın koşulları

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının koşullarını, yasalılık ilkesi, ölçülülük ilkesi, hakların özlerine dokunulmama ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi başlıkları altında incelemek mümkündür.

a) Yasalılık İlkesi: Sınırlama ilkelerinin başında yasalılık ilkesi gelmektedir. Bu ilke Anayasamızın 13. maddesinde belirtilmiştir. Sınırlamanın öncelikle yasa ile yapılması, iktidarın idari takdirle sınırlama yollarına başvurmasına engel olduğu gibi, getirilecek sınırlamanın kanun yapma aşamasında iyi irdelenmesini, tepkilerin değerlendirilmesini de sağlayacaktır. Böylece, keyfi olarak temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmayacaktır.

Yasalılık ilkesinin diğer önemli bir güvencesi ise kanunların genel ve objektif olmasıdır. Bu şekilde kanunların belirli grup veya bireyleri olumlu veya olumsuz hedef alması bir ölçüde önlenmiş olmaktadır. Anayasanın 10. maddesinde belirtilen “kanun önünde eşitlik ilkesi” ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde kişilerin eşitliğini ifade etmeye yöneliktir.

b) Ölçülülük İlkesi: Diğer bir sınırlama ilkesi ölçülülük ilkesidir. Bir temel hak veya özgürlüğe getirilen sınırlamanın gerekli, elverişli ve orantılı olması gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlama keyfi değil, bir zorunluluk sonucu durumun gerektirdiği ölçüde ve sınırlı olmalıdır. Örneğin, suç unsuru bir belgenin bulunmasına yönelik bir arama kararı icra edilirken, kişinin özel sayılabilecek belgeleri ile suç unsuru belgeleri titizlikle birbirinden ayırarak incelemeli; hatıra defteri gibi arama konusu ile herhangi bir ilgisi bulunmayan özel belgelere el konulmamalıdır.

Ölçülülük ilkesi Anayasamızın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre,

Temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaz.

c) Hakların Özlerine Dokunulamaması İlkesi: Öz kavramı, hukuk literatürümüze ilk kez 1961 Anayasası ile girmiştir. 1982 Anayasasının ilk halinde bulunmayan öz kavramı, 2001 yılında çıkartılan Avrupa Birliğine uyum yasaları ile Anayasamızda yeniden yer almıştır. Hakkın özüne dokunulmama güvencesi ile temel haklara getirilen sınırlama veya durdurma halinde, dokunulmaz çekirdek bir alan oluşturulmak istenmiştir. Böylece söz konusu hak tamamen ortadan kaldırılamayacak

olup, hakkın özüne asgari bir dokunulmaz ve çekirdek alan bırakmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1986 günlü, E. 1985/8, K.1986/27 sayılı kararında, “klasik demokrasilerin, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olduğunu; kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup, onları tümüyle kullanılmaz duruma getiren kısıtlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamayacağını” belirtmiştir.

d) Hukuk Devleti İlkesi: Yasama, yürütme ve yargı organları dahil bütün kamusal otoritelerin ve bireylerin hukuk kurallarına saygı göstermesi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, ayrıca bireylerin hukuki güvenliklerinin sağlanması hukuk devleti ilkesiyle açıklanabilir. Anayasa Mahkemesi, 29.01.1980 tarih ve 1979/38 Esas, 1980/11 sayılı kararında, hukuk devletini, “her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” olarak tanımlamıştır. Buna göre hukuk devleti, sadece yönetilenlerce uyulacak kurallar koyan devlet değil, aynı zamanda kendi koyduğu hukuk kurallarıyla kendini de bağlı gören, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı devlettir. (Şahin, 2004, s. 104)

Anayasamızda da devletin temel nitelikleri arasında hukuk devleti ilkesi sayılmıştır. Anayasanın 2. maddesine göre, “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.” Hukuk devleti, hukukun egemen olduğu, idarenin eylem ve

işlemlerinin yargı denetiminde olduğu, yasaları uygulayan tarafsız ve bağımsız mahkemelerin olduğu devlet anlamına gelmektedir. Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, hukuk devletinde yürürlükte bulunan yasaların, uygulayıcılar tarafından tereddütlere ve farklı uygulamalara mahal vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır olmasıdır. Yani yasalar hâkimine veya savcısına göre farklı uygulanmaz. Bir mahkemede beraat kararı ile sonuçlanan bir fiil, diğer bir mahkemede mahkûmiyetle sonuçlanmamalıdır.

Hukuk devleti ilkesinin geçerli olmadığı rejimler, totaliter devlet ya da polis devleti olarak adlandırılır. Polis devleti veya totaliter devlette yöneticiler halka karşı hiçbir hukuk kuralıyla bağlı değildir. Böyle bir devlette insan haysiyeti, insan hakları, temel hak ve hürriyetler gibi konular önemli olmadığından, ya kişiye hiçbir hak tanınmaz; ya da bazı haklar, hatta tüm haklar tanınır, fakat kişi bunları uygulamada, özellikle iktidar çıkarlarının söz konusu olduğu durumlarda kullanamaz. (Öztürk, 2010)

Dolayısıyla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ölçütleri ile hak ve özgürlükler arasındaki denge hassas olup, yasa koyucuların ve uygulayıcıların dengeyi insan hakları çerçevesinde sağlamaları gerekmektedir.

Özel hayatın gizliliğine müdahale edilmesini gerektiren bu tedbir için kanunlarda sıkı koşullar getirilmiş olması, yapılan arama işlemleri için denetim mekanizmaları oluşturulması, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olup; karar ve denetim mekanizmalarının adalet ve eşitlik ilkelerine bağlı kalarak, kanunlarda belirlenen koşullara uygun işletilmesi ve en önemlisi, bu tedbiri uygulayacak olan kolluk görevlilerinin keyfilik ve aşırılıktan kaçınarak, orantılı ve insan haklarına saygılı bir şekilde hareket etmeleri, hukuk devletinin gereğidir. (Aksoy, 2007, s. 29)

e) Demokrasi ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere İlkesi: Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütlerinden bir tanesi de demokratik toplum düzeninin gereklereidir. Anayasamız bu doğrultuda özgürlüklerin asıl, sınırlamaların ise istisnai olduğu Batılı demokrasi anlayışını benimseyerek, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalarda medeni toplumların kabul ettikleri sınırlamaları esas almak istemiştir. Çağdaş ve özgürlükçü bir toplumda asıl olan, haklara saygı, farklılıklara hoşgörü göstermek, toplumun farklı renklerinin ahengini sağlamak olduğundan, hak ve özgürlüklere getirilecek kısıtlamaların, toplumun barışına, huzuruna, birlik ve beraberliğine, azınlığın çoğunluğa karşı korunmasını da kapsayacak şekilde insan haklarına dayalı olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1986 günlü, E. 1985/8, K.1986/27 sayılı kararında,

“Klasik demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılmaz duruma getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gereklereiyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir... Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilir. Özgürlükler, ancak istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler; demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır. (Sezer, 2010)

2.1.4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanılmasının Durdurulması

Anayasamıza göre “olağanüstü hal” ve “sıkıyönetim” olmak üzere iki çeşit olağanüstü hal rejimi vardır. Bu rejimlerde temel hak ve özgürlükler, olağan dönemlere göre daha büyük ölçüde sınırlandırılmalarına maruz kalabileceği gibi, geçici olarak kısmen veya tamamen hak ve özgürlüklerin kullanılması durdurulabilir. Anayasanın 15. maddesine göre,

Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında geçerli olan ilkeler, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulmasında da geçerli olmakla birlikte durdurma, sınırlamayı aşan bir kavramdır. Hakların sınırlandırılmasında, sınırlamaya konu haktan yararlanma devam etmekteyken, durdurma halinde o hakkın kullanılmasından söz etmek mümkün değildir.

Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması, olağanüstü durumlarda uygulanan istisnai rejimlerde söz konusudur. Savaş ve savaş tehlikesi gibi en vahim durumlar için uygulanan sıkıyönetim, yasama organının onayına bağlı bulunmakla birlikte, yürütme tarafından ilan edilir. Sıkıyönetim işleyişi yönünden iki önemli sonuç doğurur: Öncelikle sivil yönetim makamlarının yetkileri askerî otoritelere geçer. Sonra kolluk güçlerindeki yetki genişlemesine bağlı olarak konutlarda gündüz ve gece aramalar yapmak, düzensizliğe yol açacak tahrik edici olarak değerlendirilen toplantıları askıya almak veya yasaklamak askerî makamların yetki alanına girer. Sıkıyönetim gibi istisnai rejimlerin insan hakları açısından beraberinde ciddi sorunlar getirdiği rahatlıkla görülmektedir. Bu tür rejimlerin, mekân ve zaman bakımından kısmî ve geçici olmaları, ölçülü olmaları ve etkin bir denetime bağlı kılınmaları insan hakları açısından hayati öneme sahiptir. Kısmî ve geçici olması, olağanüstü rejimlerin, bunalım bölgeleri ve dönemleriyle sınırlı kalmasını; orantılı olması, alınan önlemlerin durumun gerekleriyle sınırlı kalmasını ifade eder. (Kaboğlu, 2002, s. 112)

Burada üzerinde durulması gereken husus, temel hak ve özgürlüklerin kullanımının sınırlandırılması veya durdurulmasının çok zorunlu olduğu durumlarda söz konusu olmasıdır. Ancak böyle bir durumda dahi yetki kullanan kamu görevlilerin etkin bir denetime tabi tutulması gerekir. En azından yargısal denetim yolu kapatılmamalıdır. Bu yargısal denetim, temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan kararların alınması süreciyle ilgili olabileceği gibi, kararların uygulamasıyla da ilgili olabilir.

2.2. KANUNLARDA YER ALAN “ARAMA” HUKUKUNA İLİŞKİN HÜKÜMLER

Yukarıda belirtilen anayasal düzenlemeye uygun olarak arama işlemlerinin usul ve esaslarına ilişkin uygulamaya yönelik düzenlemeler, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (PVSK), Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Olağanüstü Hal Kanunu gibi birçok genel ve özel kanunda yer almıştır. Ancak yapılan çalışma kapsamında adlî arama yönünden CMK'nın ve önleme aramasına dayanak teşkil eden PVSK'nın üzerinde durulacaktır. Ayrıca uygulamada önem arz eden, Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliğine (AÖAY) değinilecektir.

2.2.1. Ceza Muhakemesi Kanununda Yer Alan Düzenlemeler

AÖAY'nin 5. maddesine göre adlî arama, 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, iş yerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında yapılan araştırma işlemidir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer alan aramaya ilişkin hükümler "adlî arama" niteliğindedir.

Aramaya ilişkin hükümler, CMK'nın dördüncü bölümünde "arama ve el koyma" başlığı altında düzenlenmiştir. CMK'nın 116. maddesinde "yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir" hükmüne yer verildikten sonra, aynı maddenin devamı niteliğini taşıyan 117. maddeye göre,

Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer

yerler aranabilir. Bu hâllerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.

denmektedir. Her iki madde birlikte değerlendirildiğinde, aranacak kişinin şüpheli veya sanık olması halinde makul şüphenin bulunması yeterli sayılırken, suç işleme şüphesi altında olmayan diğer kişilere yönelik arama işlemi yapılabilmesi için makul şüpheden öte, daha kuvvetli bir şüphe ve delil olabilecek nitelikte somut olguların varlığı aranmıştır. Örneğin, aranan kişinin otomobilinin bu kişinin garajında görülmesi; yaralanmış olan şüpheliye ait kan lekelerinin bir binanın girişinde görülmesi ya da bu evin bodrumundan ceset kokusunun gelmesi gibi. (Aksoy, 2007, s. 106)

CMK'nın 118. maddesinin birinci fıkrasında ise, gece vakti arama yasağı kural olarak belirtilmiştir. Bu maddeye göre “Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz”, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise gece vakti arama yapabilmenin istisna durumları “suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar” olarak hüküm altına alınmıştır. Böylece kural olarak konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamayarak konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğine müdahalenin zaman dilimi bakımından daraltıldığı ve istisnai durum olarak gece vakti arama yapabilmenin şartları ağırlaştırılmıştır. Gündüz vakti makul şüphe ile gerçekleştirilebilecek bir aramanın gece vakti yapılamayacak olması, kanun koyucunun güvenlik ve özgürlük dengesinde tercihini özgürlükten yana kullandığını göstermektedir. CMK'nın 119. maddesine göre,

Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir. Arama karar veya emrinde; aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilir. Arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır. Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. Askerî mahallerde yapılacak aramalar, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir.

Maddede geçen “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kavramından, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hali ifade edilmektedir.

CMK'nın 119. maddesinde, arama kararının kimler tarafından verileceği, karar veya emirde ne gibi hususların bulunması gerektiği, aramanın yapılmasında uyulması gerekli hususlar ve istisnalar gösterilmiştir. Söz konusu madde AİHS'nin 8. maddesinin esas aldığı kriterler göz önünde bulundurularak, 2001 yılında Anayasanın 13, 20 ve 21. maddelerinde yapılan değişikliklere uygun olarak düzenlenmiştir. Burada önemli olan bir diğer husus ise, arama kararının kural olarak hâkim tarafından verilmesi; istisna olarak da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilmesidir. Her ne kadar konutta, işyerinde ve kamuya açık

olmayan kapalı alanlar haricinde, buralarda arama için mutlaka hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerekmektedir, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerinin arama yapabilecekleri maddede belirtilmiş ise de, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin (AÖAY) 7. maddesinin son fıkrasına göre, her il veya ilçenin yargı sınırlarında 24 saat görevli nöbetçi Cumhuriyet Savcısı bulunduğundan, kolluk amirinin istisnai ve sınırlı olan arama emri yetkisini kullanması uygulama açısından oldukça olağanüstü bir durumda söz konusu olacaktır. Böylece hukuk formasyonuna sahip Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarının, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik bir faaliyet olan arama kararlarını verirken insan haklarını koruyacakları düşünülmektedir.

CMK'nın 120. maddesinde "aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabileceği; kendisi bulunmazsa, temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusunun hazır bulundurulacağı; 117. maddenin birinci fıkrasında gösterilen hâllerde zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verileceği; kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca CMK'nın 121. maddesine göre,

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın, 116 ve 117. maddelerine göre yapıldığını ve 116. maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheliyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise, bunu belirten bir belge verilir.

hükümü yer almaktadır. Yine aynı kanununun 122. maddesine göre, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet Savcısı ve Hâkime aittir; inceleme sonucu soruşturma veya kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kâğıtlar ilgisine geri verilir.

2.2.2 Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda Yer Alan Düzenlemeler

PVSK'da yer alan aramaya ilişkin hükümler “önleme araması” başlığı altında 9. maddede düzenlenmiştir.

Önleme araması, milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin tehlikelere karşı korunması amacıyla önleyici bir tedbirdir. Önleme araması, somut ve muhtemel tehlikenin yok edilmesi amacıyla, kişilerin üstünde, eşyasında ve araçlarında silah, patlayıcı madde gibi suç unsurları ile suç unsuru oluşturmamakla birlikte duruma göre suç işlemekte kullanılacak eşyanın bulunması için gerçekleştirilen araştırma faaliyeti olup, aynı zamanda toplum için tehlike oluşturabilecek kişilere ulaşmak amacıyla da başvuru bir tehlike tedbidir. (Aksoy, 2007, s. 45)

PVSK'nın 9/1. maddesine göre, polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle, kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar. Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Arama kararında

veya emrinde, aramanın sebebi, aramanın konusu ve kapsamı, aramanın yapılacağı yer, aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre belirtilir.

PVSK'nın 9/1. maddesinin devamında, önleme aramasının yapılabileceği yerler aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

- 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,
- Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,
- Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,
- Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 20. maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yükseköğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında,
- Umumî veya umuma açık yerlerde,
- Her türlü toplu taşıma araçlarında veya seyreden taşıtlarda,

önleme araması yapılabilir. Ancak konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılmasına aynı maddenin 2. fıkrasında olanak tanınmamıştır. Her ne kadar PVSK'nın 20. maddesinde yer alan "polis, imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya henüz işleniyor olunmasına mani olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir" hükmü bazı yazarlarca konutta önleme araması yapılamayacağı kuralının

istisnası olarak gösterilmiş ise de, (Aksoy, 2007, s. 50) burada teknik anlamda bir önleme araması nedeniyle konuta girildiğinden bahsedilemez. Zira hayati bir tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine polisin konuta girmesi görevinin bir gereğidir. Bunun için özel bir emir almasına gerek yoktur. Önleme aramasının konutta yapılamayacağı PVK'nın 9. maddesinde belirtilmiştir. Hâkim kararıyla dahi olsa konutta önleme araması yapılamaz. Oysa Alman hukukunda polisin önleme amacıyla konuta girmesine izin verilmektedir. (Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2006, s. 914)

PVSK hükümlerine göre yapılan önleme aramasında da kural olarak hâkim kararı gerekirken, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emri ile kişilerin üstlerinde, araçlarında, özel kâğıtlarında ve eşyasında arama yapılabilmektedir. Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde, gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır (PVSK m. 9).

Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır (PVSK m. 9).

Son olarak önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir. Bu durum PVSK'nın 9. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir.

2.2.3. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde (AÖAY) Yer Alan Düzenlemeler

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde adli aramaya ilişkin hükümler, CMK’da düzenlenen hükümlerle paralel içeriğe sahip olduğundan, burada yalnızca yönetmelikteki önleme aramasına ilişkin hükümlere değinilecektir.

AÖAY’nin 19. maddesine 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 silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin yazılı emriyle kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir.” Aynı yönetmeliğin 4. maddesinde, önleme aramaları bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hal, “derhal işlem yapılmadığı takdirde, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması durumu” ifade eder.

AÖAY’nin 19. maddesine önleme aramasının yapılabileceği yerler gösterilmiştir. Bu maddeye göre:

- 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 hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri halinde, girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içerisinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerlerinde,
- 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)** 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde,
- i)** 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun 6. maddesi kapsamında gerçekleştirilen spor yarışmalarıyla ilgili olarak, yarışmaların yapılacağı spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde,
- j)** 5253 sayılı Dernekler Kanununun 20. maddesi kapsamında, derneklerde veya eklentilerinde önleme araması yapılabilir. Konutta, yerleşim yerinde ve

kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.

1.6.2005 tarihinde yayımlanan bu yönetmeliğin amacı, kanunlarla düzenlenen adli ve önleme aramasına karar verme yetkisi ile aramaların uygulanmasında kişilerin üstlerinin, eşyasının, araçlarının, özel kâğıtlarının, konut, işyeri ve eklentilerinin aranmasında uyulacak esas ve usulleri göstermek olmasına rağmen, bu yönetmelik ile kolluğa re'sen arama yapabilme yetkisi de tanınmıştır. Yönetmeliğin 8 ve 25. maddelerinde kolluğa tanınan re'sen arama yetkisinin, kanun yerine yönetmelikte yer alması, Anayasanın 13. maddesinde yer alan “temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla kısıtlanabileceği” hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca kolluğun re'sen arama yapabilme yetkisinin yargısal denetiminin de düzenlenmemiş olması nedeniyle kolluğun keyfi uygulamalarına sebebiyet verileceği de göz ardı edilmemelidir.

Bu nedenle re'sen aramadaki şüphe sebeplerinin hâkim denetimine açılmasının yanında, Anayasanın 20 ve 21. maddeleri ile PVSK'nın 9 ve CMK'nın 119. maddelerinde gösterilen “hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrinin bulunması hali” şartına, “kanunlarda gösterilen hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması hali” istisna olarak eklenmelidir. (Aksoy, 2007, s. 79)

2.2.3.1. Karar Almadan Adli Arama Yapılması

AÖAY'nin 8. maddesine göre suçüstü hali ve istisnai bazı durumlarda kolluk görevlisi, hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrini beklemeden arama yapabilir. Ancak taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Anayasamızda özel hayat ve konut dokunulmazlığına müdahalenin mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiğinden, yönetmelikle düzenlenen bu istisnai durum, gerek Anayasaya gerekse

taraf olduğumuz ve AİHS'e aykırıdır. Nitekim Danıştay 10. Dairesi, Resmî Gazetenin 24 Nisan 2003 gün ve 25117 sayılı nüshasında yayımlanarak yürürlüğe giren Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin "Rıza ile Arama" başlıklı 9. maddesi hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.

Danıştay yürütmeyi durdurma kararında, Anayasayı sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkından tümüyle vazgeçme anlamına gelen "rıza ile arama" düzenlemesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağını ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz hale getireceğini belirtmiştir. (Aksoy, 2007, s. 95)

Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararları da göz önünde bulundurularak, herhangi bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek duyulmadan yapılabilecek adli arama AÖAY'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre:

a) Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında, üstünde yapılacak aramada (İptal ibare: Danıştay 10.Dairesininin 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı ile: "...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada" ibaresi iptal edilmiştir),

b) Hâkim kararı veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında,

c) Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,

d) Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda,

e) 1- 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphelenilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda hemen yapılan aramalarda,

2- 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17. maddesinin altıncı fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında;

3- 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 18. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek ve bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurulmasında ve bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında;

f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması (İptal ibare: Danıştay 10.Dairesinin 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı

ile:"...ilgilinin rızası..." ibaresi iptal edilmiştir) ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca herhangi bir karar veya yazılı emir almaya gerek duyulmaksızın arama yapılabilecektir.

2.2.3.2. Karar Almadan Önleme Aramasının Yapılması

Hâkimden karar alınmadan önleme aramasının yapılabileceği durumlar AÖAY'nin 25. maddesinde gösterilmiştir. Bu maddeye göre:

- a) Devletçe kamu hizmetine özgülünmüş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hallerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,
- b) 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ek 1. 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. maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında,
- d) 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3. 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,

f) 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanunun 79. maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silah taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyasının aranmasında hâkim kararı alınmasına gerek duyulmadan önleme araması yapılabilmektedir.

AÖAY'nin 25. maddesinin son fıkrasına göre, “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.”

3. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN DÜZENLEMELER

4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da 10 devletin onaylamasından sonra 3 Eylül 1953’te yürürlüğe giren AİHS, Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanan ve o yıldan bu yana uyulması ve uygulanması zorunlu olan bir iç hukuk kuralıdır. (Kaboğlu, 1998, s. 131)

Sözleşmenin 25. maddesi uyarınca Türkiye, bireylerin kendisine karşı Komisyona başvurabilmelerine olanak vermek üzere, Komisyonun bireysel başvuruları kabul etme yetkisini ilk kez 1987 tarihinde tanımıştır. Bireysel başvuru yolu açıldıktan sonra, Türkiye'ye karşı Komisyona yapılan başvuruların sayısı her geçen gün arttığı gibi, çeşitli insan hakları ihlallerinden birçok kez Türkiye hakkında mahkûmiyet kararı da verilmiştir. Sözleşme ile bireye ulusal mevzuatla tanınan hakların yanında, uluslararası hukuktan doğan bazı haklar da tanınmıştır. Örneğin, ulusal yasalara göre yeterince güvence altında olmayan adil yargılanma hakkı, Sözleşme ile uygar bir toplumda korunması gereken seviyeye çıkarılmıştır. Böylece Sözleşme ile insan haklarının etkili bir biçimde korunması için üye devletler, bireyin uluslararası hukuktan doğan haklarını korumak ve kollamak yükümlülüğü altına girmiştir.

AİHS, yalnız insan haklarının korunmasını sağlayan bir belge değil, aynı zamanda Batı demokrasisini somutlaştıran bir belgedir. Sözleşmenin önemi, güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklerden ya da Avrupa Konseyinin temelini oluşturmasından değil, ortak güvence sistemine dayanan uluslararası yargısal bir denetim mekanizması kurmasından ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasından gelir. Sözleşme böylece, insan haklarının korunmasının ulusal düzeyden uluslararası düzeye geçmesini sağlamış ve bireyi, özgürlüklerinin korunması açısından uluslararası hukukta hak sahibi yapmıştır.

(Gözübüyük, 1991, s. 3)

Anayasanın 90. maddesinin birinci fıkrasına göre, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Aynı maddenin son fıkrasında ise, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile

Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (Ek cümle: 07.05.2004 – 5170 S.K./7. mad.).Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşma hükümleri esas alınır” denilerek, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların hükümleri, ulusal mevzuatta aynı konuda farklı bir düzenleme olması durumunda, ulusal mevzuat âdeta mülga sayılacaktır.

“Hiç kimse, özel yaşamı, aile yaşamı, konutu ya da yazışmaları konularında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz” şeklinde düzenlenen 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 12. maddesiyle paralel içeriğe sahip AİHS’ in 8. maddesi, “özel hayatın ve aile hayatının korunması” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre,

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

Anayasamızda özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığına ilişkin hükümlerin, içerik olarak AİHS ile paralellik gösterdiği görülmektedir.

AİHS’in 8. maddesiyle koruma altına alınan dört kavramın anlamı belirgin değildir ve AİHM, bu kavramların yorumu konusunda kesin kurallar belirlemekten kaçınmaktadır. Özellikle 8. maddenin uygulanabilir olup olmadığını ve

böylece bir şikâyetin korunan hakların kapsamına girip girmediğini belirlerken AİHM'in yaklaşımı, söz konusu kavramlara AİHS'e özgü özerk birer anlam yüklemekle beraber, davanın durumuna göre karar vermek olmuştur. Bu durum, söz konusu hakları ve bunların kapsamına nelerin girdiğini kategorik olarak tanımlamayı zorlaştırmaktadır. Başka bir ifadeyle, AİHM, maddenin uygulanmasında kazüistik bir metot kabul ederek, önüne gelen her olayda, o olayın koşullarını değerlendirdikten sonra, günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını da dikkate alarak, geliştirici ve ileriye götürücü yorumlar yapmak suretiyle maddeyle korunan haklara belirli bir içerik kazandırmıştır. (Özdemir, 2011, s. 2)

AİHS'in 8. maddesi, bireyin özel ve aile hayatını, konut dokunulmazlığını ve haberleşme özgürlüğünü korumaktadır. Sözleşmeye taraf devletlerden olan ülkemizde de, Anayasanın ilgili maddelerinde konut dokunulmazlığı, özel hayat ve haberleşme özgürlüğü anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak anayasal güvencelerin, yasalara yansıtılmasının yanında uygulanmasından kaynaklı sorunların da tespit edilip çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu durumda metin üzerinde kabul edilen yükümlülüklerin uygulamacıların da sorumluluğu altında olması yasalarla netleştirilmelidir.

İnsanın maddî ve manevî varlık ve bütünlüğü içinde görülmesi gereken özel hayatına yapılan tecavüz ve haksız davranışlar kişinin şeref ve haysiyetini doğrudan zedelemektedir. Maddeye göre sınırlanabilen alanlarda resmî makamların yaptıkları müdahalenin hukuka aykırı olduğu iddia edilirse, üç aşamalı bir denetleme yapılır:

- a) sınırlayıcı tedbirin kanunla düzenlenmiş olup olmadığı,
- b) sınırlama ile güdülen amacın meşru olup olmadığı,

c) müdahale teşkil ettiği iddia edilen işlemin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakılır. Sözleşmenin 8. 9. 10. ve 11. maddeleri bakımından geçerli olan bu üç aşamalı denetim yapılırken, her somut olay kendi şartları içinde mütalaa edilir. (Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2006, s. 886)

AİHS'in 8. maddesine göre, adli aramanın gerçekleştirilebilmesinin meşru dayanağı kamu düzenidir. Önleme araması açısından ise, 2. fıkrada yer alan ve "suçların önlenmesi" şeklinde ifade edilen sebep, bu arama türünü meşru kılar niteliktedir.

Birinci bölümde genel olarak, aramanın hukuki niteliği ve dayanağı anlatılmıştır. Gerek adli aramaların gerekse önleme aramalarının, bireyin özel hayatına doğrudan müdahale niteliği taşıması nedeniyle, aramaların yapılabilmesinin bir takım şartlara bağlandığı görülmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

ARAMA HUKUKUNUN TEMEL ALDIĞI İLKELER

Adli ve önleme aramalarını düzenleyen pozitif hukukun temelinde, hukuk devleti, adil yargılanma hakkı, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi, insan onurunun dokunulmazlığı, ölçülülük ve özel hayatın gizliliği ilkeleri yer almaktadır.

1. HUKUK DEVLETİ

Her devletin şöyle veya böyle dayandığı bir hukuk sistemi vardır. Ancak her devlet hukuk devleti değildir. Hukuk devleti, hak ve özgürlükler temelinde demokratik rejimin işleyişini sağlayan bir sistemdir. (Kaboğlu, 2002, s. 179) Hukuk devletinde iktidarın sahip olduğu görev ve yetkilerin sınırları, başta anayasa olmak üzere, yasalarla sınırlandırılmıştır. İktidar, sahip olduğu yetkileri kullanırken, insan haklarının gereklerini bir an bile göz ardı etmeyerek akıl ve vicdan muhasebesiyle hareket eder. Hukuk devletinde kanunlar önünde, dolayısıyla devlet egemenliğini kullanan güçler önünde herkes eşittir. Bütün bu hassasiyetlere sahip bir iktidara rağmen, hukuk devletinden bahsedebilmemiz için, iktidarın bütün eylem ve işlemlerinin denetlenebildiği, tarafsız ve bağımsız mahkemelere ihtiyaç vardır.

Hukuk devletinde temel hak ve özgürlükler güvence altındadır. Devlet egemenlik gücünü sadece siyasi iktidar eliyle kullanmayıp, bunu yasama ve yargı arasında da paylaştırarak anayasal demokrasinin oluşmasını sağlar.

Bir devlete hukuk devleti diyebilmemiz için, bu devletin birtakım değerler dizisine sahip olmasının gerektiğine genel olarak değinildikten sonra, hukuk devletinin niteliklerini şu şekilde sıralayabiliriz:

a) Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınması:

Temel haklar, ekonomik ve siyasal güçler için bir sınırlamadır. Temel haklar, hiç kimsenin altına düşmesine izin verilmemesi gereken çizgiyi belirleyen ahlaklılığın tabanıdır; her kişinin insanlığın geri kalanına yönelttiği akla yatar istemlerin en azıdır. Tüm öteki haklardan yararlanabilmek için, temel hakların korunması gerekir. Bir hak temel bir haksızlığa, onu korumak için gerekirse öteki temel olmayan haktan vazgeçilebilir. Oysa temel olmayan bir haktan yararlanmak adına temel bir hakkın korunmasından vazgeçilemez. (Kuçuradi, 2009, s. 46-47)

Hukuk devletinin en belirgin özelliklerinden bir tanesi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olmasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının ilk koşulu ise, güvencelerin Anayasa gibi değiştirilemeyen yasa metinlerinde düzenlenmesidir. Yine hukuk devleti olmanın gereği olarak, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamaz. Bu hakları kısıtlayan düzenlemeler ise, özgürlükçü, bireyi ön planda tutan, bireye değer veren, insan haklarına dayanan anlayışla yoğrulmuş olmalıdır. Nitekim özgürlükler hukuk devletinde asıl, kısıtlamalar ise istisnaidir. Anayasamızın 13. maddesine göre,

Temel hak ve özgürlükler, özlere dokunulmaksızın, yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaz.

Anayasamızın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığını, güvencenin bizzat anayasa maddesi ile, yani anayasa metni ile, sağlanmak istendiğini görmekteyiz. Ancak burada asıl olan yasa metnlerinin uygulanmasında, uygulayıcı kabul edeceğimiz kamu görevlilerinin nasıl bir fiil sergiledikleridir. Hatta, Anayasaya uygun yasa çıkartmakla görevli ve yetkili mercilerin, çıkardıkları yasalarda 13. maddeye ne kadar bağlı olduklarını veya 13. maddeyi ne kadar göz önünde bulundurduklarını değerlendirmek gerekecektir. Yasa koyucularının veya uygulayıcılarının hiçbir eylem ve işleminin Anayasaya aykırı olamaması gerektiğinden, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi gibi somuta indirgenemeyen gerekçelerle, temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunulmamalıdır. Başka bir ifadeyle, her ne kadar temel hak ve özgürlükler anayasal güvence altında ise de, yasa metnlerini ve somut olayları yorumlarken, kamu görevlileri, uygar bir toplumdaki uygulayıcı gibi, demokrasi kültürüne sahip, insan haklarının gereklerini özümseyen, sorumluluklarının bilincinde olan uygulayıcı olmalıdır. Aksi durumda, en iyi yasa metinleri bile kötü bir uygulayıcı nedeniyle en ağır hak ihlallerine neden olabilecektir. Tıpkı son model donanımlara sahip çok güzel bir aracın kötü sürücüsü tarafından felaketlere neden olması gibi.

b) Yürütmenin Bütün Eylem ve İşlemlerinin Yargı Denetimine Tabi Olması:

Hukuk devletinden söz edebilmek için, yürütmenin hukuka bağlı olmasının yanında, yürütme organının vermiş olduğu kararlarının da yargı denetimine açık olması gerekir. 1982 Anayasası hukuk devleti ilkesinin gereği olan yürütmenin işlemlerinin yargısal denetiminin gerekliliğini 125. maddesinin birinci fıkrasında, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü ile kabul etmiştir. Bununla birlikte, en temelde çıkarılan yasalara karşı etkin bir anayasal denetim yolunun varlığı da gerekir. Nitekim yürütme organlarının işlemlerinin yargı denetiminde

olmasından ziyade, daha yasa aşamasında insan hakları açısından yapılacak bir denetim, yasanın uygulamasından doğabilecek olumsuzlukları veya haksızlıkları en başından etkisiz kılabilecektir. Örneğin, kurulacak bir insan hakları etik kurulu, yasaların yapım aşamasında sürece müdahil olabilir. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili yasa çıkartılmadan önce, insan hakları etik kurulunun onayının alınması uygulamadan doğabilecek problemleri daha yasalaşma sürecinde önlemiş olacaktır.

2001 yılında yapılan değişikliklerle Anayasanın 40. maddesine, “devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır” ibaresi eklenmiştir. Bu durumda, kişinin kanun yollarına başvurma hakkından yararlanabilmesi için, makul bir başvuru süresinin tanınmış olmasının yanında, ilgili itiraz merciine başvurunun ulaştırılmasında kolaylıklar da tanınmalıdır. Örneğin idare mahkemelerine yapılacak bir başvuruda, kişinin bulunduğu yerde bu mahkeme yoksa, o yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesine dilekçenin süresi içinde verilmesi, idare mahkemesine süresinde başvurulmuş olduğu anlamına gelir.

c) Bağımsız Yargı ve Hâkimlik Teminatı:

Hukuk devletinin en belirgin unsurlarından bir tanesi de idarenin yargısal denetiminin etkili bir biçimde yapılabilmesidir. Mahkemelerin bağımsızlığının ve hâkim güvencesinin tam anlamıyla sağlanmadığı bir devletin, hukuk devleti olduğundan söz edilemez. Bağımsız bir yargılama mekanizmasının varlığından yoksun olan devlette, yukarıda bahsedilen hukuk devletinin diğer unsurları var olsa bile, bunlar bir anlam ifade etmeyecektir. Örneğin, temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvence altına alındığı bir ülkede, bağımsız ve tarafsız bir yargı mekanizması yoksa, güvenceler bir anlam ifade etmeyecek, sadece metin üzerinde

varlığını sürdürecektir. Bağımsız ve tarafsız bir yargı ise, hâkimlik teminatı olmadan sağlanamaz.

“Mahkemelerin bağımsızlığı” başlığını taşıyan Anayasanın 138. maddesine göre,

Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

Yukarıda belirtilen Anayasa hükmünün bizzat kanun koyucu tarafından birçok kez ihlal edildiği görülmektedir. Örneğin madde metninde, yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru dahi sorulamayacağı anayasal güvence altına alınmışken, şike yasası diye bilinen ve altı aylık bir geçmişi olan yasa, ilk uygulamasının iddianamesi bile düzenlenmeden sırf yargılanan kişiler için değiştirilmek istenmiştir. Üstelik altı ay önce yasayı çıkartan yasama organındaki siyasi partiler ve sahip oldukları milletvekili aritmetiği değişmemişken ve görülmekte olan bir soruşturma varken, yasa değişikliği yapılmak istenmiştir. Oysa ceza yasaları, toplumdaki her kişiye her an uygulanabilirliği olan yasalardır. Bu yasalar günübürlük çıkartılamayacağı gibi, keyfi olarak değiştirilemez. Uygulanacak yasanın her an değişme ihtimalinin olduğu bir ülkede ise bağımsız bir yargıdan söz etmek sadece “söz etmek” aşamasında kalacaktır.

Anayasanın 139. maddesi ise hâkimlik ve savcılık teminatını düzenlemektedir. Bu maddeye göre,

Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.

Anayasada yer alan hâkimlik ve savcılık teminatının, coğrafi teminatı ve hâkim savcıların yürüttükleri yargılamaları ve soruşturmaları sürdürme teminatını da kapsamı gerekir. Görülmekte olan bir davanın hâkiminin yetkilerinin alınması durumunda hâkimlik teminatından bahsedilemeyeceği gibi, her an yer değişikliği tehdidi altında bulunan bir hâkimin, hâkimlik teminatının varlığından da bahsedilemez. İkincisinde bahsedilen teminat coğrafi teminattır ve uygulamada, bu teminatın olmaması nedeniyle, çok sık ihlal edildiği görülmektedir.

İnsan haklarının güvence altına alınabilmesi için kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin bulunması ve adil yargılanma koşullarının sağlanmış olması gerekir. Mahkemelerin bağımsızlığı; başka kişi, kurum veya organdan emir almamasını, yasama ve yürütme erkinin ve diğer dış etkilerin baskısı altında kalmamasını, böyle bir ihtimalin bulunmamasını ifade eder. (Aksoy, 2007, s. 28) Tarafsızlık ise, hâkimin yargılama yaparken yan tutmaması, taraflara karşı nesnel olmasıdır. Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin tarafsızlığı, sadece bireylere yönelik olarak adil yargılanma hakkının sağlanması açısından değil, hukukun

üstünlüğünün gereği olarak iktidarın hukukla sınırlanmasının da güvencesidir. (İnceoğlu, 2005, s. 166)

d) Yasaların Genelliği ve Yasalar Önünde Eşitlik:

Yasaların genelliği ve yasalar önünde eşitlik, hukuk devletinin diğer bir unsurudur. Hukuk devletinde, ayrıcalıklı bir muamelenin varlığından bahsedilemez. Yani aynı durumda ve şartlarda bulunan kişilere aynı muamele sağlanmalıdır. Sadece bir kişiye veya belli bir topluluğa aynı durumdaki kişi veya topluluklardan daha fazla hak tanınmaması eşitlik ilkesinin gereğidir. Benzer konu ve olaylara aynı yasanın uygulanması ise yasaların genelliğini ifade eder. Anayasanın 10. maddesine göre,

Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

e) Kanunların Anayasal Denetimi:

Kanunların Anayasaya uygunluk denetimi 1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Esas olan, kanun koyucunun Anayasaya aykırı kanunlar çıkarmamasıdır. Ancak buna rağmen Anayasaya aykırı kanunlar çıkartılırsa, Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim mekanizması devreye girecektir. 1982 Anayasasının 7.5.2010 tarihinde değiştirilen 148. maddesine göre,

Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnemelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler (Ek ibare: 07/05/2010-5982 S.K./18. md.) ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde

çıkarılan kanun hükmünde kararnemelerin Şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava aılamaz. Kanunların Şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa deđiŐikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüŐülemeyeceđi Şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi yelerinin beŐte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, Şekil bozukluğuna dayalı iptal davası aılamaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez. (Ek fıkra: 07/05/2010-5982 S.K./18. md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiŐ olması Őarttır.

Böylece, kanunların anayasal denetimi mekanizmasında ilk kez bireysel başvuru yolu Türk mevzuatında yerini almıŐ olmaktadır.

f) Kuvvetler Ayrılığı:

1961 ve 1982 Anayasaları, 1924 tarihli Anayasadan farklı olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesini kabul etmiştir. 1982 Anayasasının 6. maddesinde,

Egemenlik, kayıtsız Őartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.

denildikten sonra, daha sonraki maddelerde, yasama, yürütme ve yargı diye anılan  kuvvetten yasama yetkisinin TBMM'de olduğunu, yürütme gücünün kanunlar

çerçevesinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceğini, yargı yetkisinin ise Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını belirtmiştir.

2 ADİL YARGILANMA HAKKI

2.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı

Batı hukuk sistemlerinin ayrılmaz parçalarından birini oluşturan adil yargılanma hakkı, hukuk devleti olmanın da en önemli unsurudur. Bireyin temel hak ve özgürlüklerinin teminatı olan hukuk devletinde adil yargılanma hakkı, gerek anayasa gibi metinlerde gerekse yasa metinlerinde düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemeleri, Anayasa ve yasalarda düzenlenmemesine rağmen, adil yargılanma hakkını içtihatlar oluşturarak korumak istemiştir. Hatta anayasa mahkemeleri, yasalarda adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemelerin yer almasına rağmen, yorum yöntemiyle adil yargılanma hakkının sınırlarını genişletmiştir. Örneğin, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Anayasanın temel haklar kataloğuna, “adil yargılanma hakkı” gibi yenilerini de eklemektedir. (Çağlar, 1989, s. 171) Fransız Anayasa yargısı, “anayasal değerde yasal ilkeler” kavramına yollama yaparak doğrudan yeni kurallar (ve ölçütler) yaratma hakkını kendinde görmüş, savunma haklarına saygı ilkesine anayasal değer kazandırmıştır. (Batum, 1993, s. 152) ABD Anayasası açıkça “fair trial” veya “fair hearing” gibi adil yargılamayı niteleyen kavramlar kullanmamasına rağmen, Yüksek Mahkeme yargıcı hem usul açısından adil yargılanma güvencesini hem de maddî olarak başka hakların tanınmasını sağlayan bir ilke olarak yorumlamıştır. (İnceoğlu, 2002, s. 1)

AİHS'nin 6. maddesi adil yargılamayı tanımlarken, “adalet” kavramının karşılığı olan “justice”ten yola çıkmamaktadır. Maddedeki anahtar kelime olan

“fairnessin”, Türkçedeki karşılığı hakkaniyettir. Sözleşmenin resmî çevirisinde de maddenin içinde geçen “fair hearing” kavramının karşılığı olarak “hakkaniyete uygun dinlenme” kavramı kullanılmıştır. Fakat “fair hearing” kavramı 6. maddede yer alan pek çok hak ve ilkelere sadece biridir. Bu nedenle maddenin bütünü ele alınırken İngilizce yayınların çoğunda “fair trial” kavramı kullanılmaktadır. (İnceoğlu, 2002, s. 2)

Adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler, hem medenî uyuşmazlıklarda hem de suç isnadını içeren ceza yargılamasında gerçek ve tüzel kişiler tarafından ileri sürülebilir. Bu hakkın kullanılması yargılamanın devam ettiği bütün aşamalarda söz konusudur. Suç isnadı açısından ise soruşturma aşamasını da kapsar. Temel hak ve özgürlüklerin sağlanması kadar bu hakların etkin bir şekilde korunmasını isteme hakkının da güvence altına alınması büyük önem taşıdığından, adil yargılanma hakkının akıl ve vicdanın kabul edebileceği düzeyde korunması ve sağlanması, insan haklarına saygının bir gereğidir.

Adil yargılanma hakkı, AİHS’in 6. maddesinde şu şekilde ifadesini bulmuştur:

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili davalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek,

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak,

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek,

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

e) Duruşmada kullanılan dili anlayamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

AİHS'in adil yargılanma hakkına ilişkin olarak yukarıda belirtilen maddesi, bu hakkın korunması ve sağlanması için akıl ve vicdana uygundur. Nitekim toplumda yaşayan bireyler olarak her an bir suç isnadının şüphelisi veya medeni yargılamanın tarafı olabiliriz. Özetle, adil yargılanma hakkına herkesin ihtiyacı vardır.

2.2. 1982 Anayasasında Adil Yargılanma Hakkı

Anayasamızın 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmüne yer verilerek, adil yargılanma hakkı anayasal güvence altına alınmıştır.

Anayasamızda eskiden beri adil yargılanma hakkı ile ilgili birçok hüküm bulunmasına rağmen, özellikle Avrupa Birliğine uyum sürecinde yapılan değişiklikler sonucu bu konuda oldukça önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bu çerçevede:

- Hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılmayacağı, bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercilerin kurulamayacağı (m. 37);
- Hiç kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı (m. 38);
- Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir cezanın verilemeyeceği (m. 38);
- Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı (m. 38);
- Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılmayacağı (m. 38);
- Hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı (m. 38);
- Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği (m. 38);
- Vatandaşın suç sebebi ile yabancı bir ülkeye geri verilemeyeceği (m. 38);
- Mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik ve savcılık teminatı, hâkimlik ve savcılık mesleği, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması (m. 138,139,140)

- Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı, (m. 40);
- Kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın, kanuna göre devletçe tazmin edileceği (m. 40);
- Devlet işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve sürelerinin belirtme zorunluluğu (m. 40) düzenlenmiştir.

Anayasamızda yer alan adil yargılama hakkına ilişkin hükümlerin evrensel hukuk kurallarının tamamını karşıladığını görmekteyiz. Ancak yasa metinlerinde belirtilen adil yargılama hakkının, uygulamada tam manasıyla yerine getirilebilmesi için yargı alanında önemli düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Örneğin, etkin bir soruşturmanın yapılabilmesi için adli kolluğun kurulması, yargılama sürelerinin kısaltılması için hâkim ve Cumhuriyet Savcılarının sayısal olarak arttırılması ve fiziki çalışma şartlarının iyileştirilmesi, tutuklama sürelerinin kısaltılması bunlardan bir kaçıdır.

2.3. Masumiyet Karinesi

Ceza yargılama hukukumuzun ilke olarak benimsediği “masumiyet karinesi” sanık için vazgeçilmez bir hak olup; bu hak, sanığın hükümlülük kararı verilinceye kadar suçsuz sayılmasını gerektirmektedir. Suçlu olduğu kesinleşinceye kadar sanığın suçsuz sayılmasını zorunlu kılan masumiyet karinesi, keyfiliğe, sanıkları suçlu görmek ve cezalandırmak eğilimine ve bu tür davranışlar sonunda ortaya çıkan yoğun “adli hata”lara karşı bir tepki olarak ilk kez, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaşlık Hakları Bildirgesinde yer almıştır. Uygur ve özgür bütün ülkelerin hukuk düzeni içinde olumlu gelişmelerle yaygınlaşan ve kimi ülkelerin Anayasalarında da yer alan bu kural, gerçeğin araştırılıp

saptanmasında sağlıklı bir yargılama yöntemi oluşturan üstün hukuk kuralı olarak, uluslararası belgelere de geçmiştir. (Kuçuradi, 2009, s. 125)

AİHS'in 6/2. maddesi ile İHEB'in 11/1. maddesinde "bir suç ithamı altındaki kişinin suçluluğu kanıtlanana kadar masum sayılacağı" bir hak olarak görülmüştür. Anayasamızın 38. maddesi de AİHS'e uygun olarak düzenlenmiştir. Ceza yargılamasında şüphe sanık lehine yorumlanır. Sanığın suçluluğu yasal olarak saptanıp kesinleşinceye kadar suçsuz sayılması masumiyet karinesinin gereğidir. Adil yargılanma hakkının, ceza hukuku alanında, kişi hakkında suç şüphesiyle yapılan ilk ceza usul işlemi ile birlikte başladığını göz önünde bulundurduğumuzda, peşin hükümlerle kişinin suçlu kabul edilmesi hem adil yargılanma hakkına hem de masumiyet karinesine aykırıdır. Uygulamada suç şüphesi altında bulunan kişi hakkında soruşturma genellikle gerçek manada adlî kolluk vasfına sahip olmayan kolluk makam ve memurlarına bırakılmakta, deliller genellikle eksik toplanmakta, belgeler acele ve yetersiz olarak adliyeye sevk edilmektedir. Yetersiz delillerle mahkeme önüne gelen şüpheli, çoğu kere suçsuzluğunu kendisi ispat etmek zorunda kalmaktadır. Sanık için aynı zamanda bir güvence teşkil eden suçsuzluk karinesinin davadaki asıl sonucu ve uygulama alanı, esasında ispat yükümüne ilişkindir. İddiasını makul şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde ispat etmek iddiacıya, yani suçlayana aittir. Kural olarak sanık suçsuzluğunu kanıtlamakla yükümlü değildir. Hatta suçlamalara, susma hakkını kullanarak hiç cevap vermeyebilir. İlkenin doğal sonucu olarak sanığın şüpheden yararlanacağı, iddianın kanıtlanamaması durumda da davanın beraatla sonuçlanacağıdır.

Arama hukuku açısından adil yargılanma hakkı ele alındığında, gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında, öncelikle aramanın gerekçesini oluşturan makul şüphe ve sebeplerin dürüstçe belirtilmesi, gerçeğin

bulunması amacına hizmet etmesi, kanunlardaki usullere uyulması, gereksiz ve ölçüsüz müdahalelerden kaçınılması, kısaca hakkaniyete uygun şekilde icra edilmesi adil yargılanma hakkının bir gereğidir. (Özbek, 1999, s. 33)

3. CEZA MUHALEMESİNİN AMACI OLARAK MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİ

5271 sayılı CMK'nın 160. maddesine göre, "Cumhuriyet Savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Cumhuriyet Savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür" denilerek, Cumhuriyet Savcısının görev alanını tanımlayıp, maddî gerçeğin şüphelinin lehine veya aleyhine ortaya çıkarılması hüküm altına alınmıştır.

Bir suçla ilişkin ilk iz ve emarenden itibaren ceza muhakemesinin amacı, şüpheli ve sanığın hakları gözetilerek maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır. Suçluların bulunup cezalandırılmasında kamu yararı olduğu kuşkusuzdur. Ancak bu yarar, gerçek suçluların bulunup cezalandırılması ile sağlanabilir. (Centel, Zafer, 2005, s. 5)

Ceza Muhakemesinde, medenî muhakemeden farklı olarak, şekli gerçek yerine işin esasını araştırılır. Başka bir deyişle birtakım varsayımlara dayanılarak kişiye ceza verilmez; mutlaka yüklenen suçlama sabit görülmelidir.

4. İNSAN ONURUNUN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ

10 Aralık 1948’de Birleşmiş Milletler tarafından ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin ilk maddesine göre, “Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar” denilerek insan hakları anlayışının temeli dile getirilmiştir. Tek tek insan hakları, insan onurunun pratikteki gerektirdikleridir; bütün kişilerden insanın değerini evrendeki yerini koruyan bir muameleyi diğer bütün kişilere göstermelerini talep ederler. (Kuçuradi, 2007, s. 73)

Onur çok değerli kılınmış bir şeyin özelliğidir; insan onuru insanın hakkı olan hakları alması sonucu ortaya çıkabilir. (Kuçuradi, 2009, s. 25) İnsan onurunun korunması ilkesi, temel hak ve özgürlüklere meşru bir müdahale sırasında kişiye, sırf insan olması dolayısıyla, ruhsal ve bedensel bütünlüğüne ve sosyal yaşamına değer verilmesi ve saygı gösterilmesini isteme hakkını belirtmektedir. Adli veya önleme araması işleminin kanuna uygun olması yanında, işlemin icrasının da hukuka ve insan haklarına uygun şekilde yerine getirilmesi; yanıltıcı ve amacı aşan davranış şekillerinden kaçınılması insan onuruna saygı ilkesinin bir gereğidir. (Kaymaz, 1997, s. 135) Anayasal açıdan sadece ahlaki değil, aynı zamanda yasalarla korunan insan onurundan vazgeçmek mümkün değildir. Bu nedenle insan onurunun dokunulmazlığının ihlali ile elde edilen deliller bir olayın aydınlatılmasına yardımcı olsa bile, bu deliller ret edilecek (CMK m. 206/2a); hakları ihlal edenin rızası olsa dahi geçersiz sayılacaktır. (Yenerer, 1996, s. 30)

5. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlandırmalarda ölçülülük ilkesinin de esas alınacağı belirtilmiştir. Özel hayata yapılması düşünülen müdahalede ise, müdahaleye maruz kalacak kişi açısından bir zararın oluşması muhtemeldir. Bu durumda, kişiye verilecek zarar ile sağlanması beklenen yarar arasındaki dengenin gözetilmesi önemlidir. Burada ölçülülük ilkesi gözetilecektir. Başka bir ifadeyle, müdahale ile sağlanacak yararların, kişinin haklarına verilecek zarardan daha büyük olması gerekir. Aksi durumda basit bir yarar için kişinin hak ve özgürlüklerine müdahale ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. Dolayısıyla her somut olayda orantılılık ilkesi, hâkim veya yasalarla yetkili kılınmış diğer yetkililer tarafından değerlendirilmeli ve müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verilmelidir.

Ölçülülük ilkesi sadece temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunma kararı alınırken göz önünde bulundurulmaz. Aynı zamanda verilen müdahale kararı uygulanırken de bu ilkenin gözetilmesi gerekir. Müdahalenin yeri, zamanı, kapsamı da ölçülülük ilkesi ile değerlendirilir. Örneğin, gece vaktinde yapılan aramaların daha sıkı şartlara ve daha büyük yararlarla bağlı kılınmış olması ölçülülük ilkesinin gereğidir.

Kişi hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasına yönelik olan arama işlemine başvurulmadan önce daha hafif başka yollarla amaca ulaşılabilirse, öncelikle bu yollara başvurulmalıdır. Örneğin bir turizm yöresinde son zamanlarda artan hırsızlık suçları gerekçe gösterilerek, ilçenin bütün yollarında önleme araması yapılmak istenmesi, tatil amacıyla o yöreye gelen birçok insanın aranmasına neden olup, insanları tedirgin edeceğinden ya da sırf artan birkaç hırsızlık olayı yüzünden yüzlerce aracın durdurulup aranması işlemi kişinin seyahat etme hak ve özgürlüğünü kısıtlayacağından orantısız bir durum oluşturmaktadır. Burada daha hafif bir tedbir

olan devriye görevinin sıklaştırılması ve şüpheli araçların tespit edilmesi durumunda, başka makul gerekçeler de bulunuyorsa, adli arama yoluna başvurulması hukuk devletinde kişi hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaya yönelik kabul edilebilir bir işlem olacaktır.

6. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ

Birinci bölümde aramanın hukukî niteliğinin anayasal dayanakları açıklanırken özel hayatın gizliliğine değinilmiş olmakla birlikte, bu konuda genel bir tanımlama yapmak gerekirse,

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı: bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerine güvence sağlamak için, başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanı üzerindeki temel bir kişilik hakkı olarak ifade edilebilir. (Şen, 1996, s. 9)

İnsan hayatının iki temel yönü vardır. Bunlar, hayatın genel yönü ve özel yönüdür. Hayatın genel yönü, kişinin herkese açık olan alenî davranışlarıdır ve konumuzun dışında kalmaktadır. Hayatın özel yönü ise, özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere iki ayrı bölüme ayrılmaktadır. (Öztürk, 1991, s. 77) Hayatın gizli alanı kişinin inançları, cinsel yaşamı, vicdani kanaati gibi kendisine özgü dünyası olup, müdahalelere karşı etkili bir korumanın konusunu oluşturur. Özel hayatı ise daha çok aile bireyleri, yakın arkadaş çevresi ve akrabaları ile olan ilişkilerini içerir ve yine müdahalelere karşı koruma altında olmakla birlikte, bu koruma hayatın gizli alanındaki korumaya göre daha gevşek bir konumdadır. (Öztürk, 1991, s. 140)

Özel hayat, herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan olarak ifade edilebildiği gibi, diğer insanlarla ilişki geliştirmek hakkını da içine almaktadır. Her demokratik hukuk devletinde bireylere, maddî ve manevî varlıklarını istedikleri gibi şekillendirebilecekleri özgür bir hayat alanı tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve bireyin küçük dünyası olarak anılabilecek olan bu alan, temel hak ve özgürlükler ve ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir gösterge işlevini de taşır. Bireyin bu küçük dünyası ne kadar geniş ise, ülkede mevcut olan siyasi rejim o kadar özgürlükçü ve demokratik, ne kadar dar ise, o kadar baskıcı ve otoriterdir. (Öztürk, Erdem, 2000, s. 138)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI ARAMALAR VE MAHKEME KARARLARI

Bu bölümde hukuka aykırı arama kararları sonuçlarının delil olarak kullanılma durumu, hukuki ve cezai yaptırımı ve konu ile ilgili örnek mahkeme kararları ele alınacaktır.

1. HUKUKA AYKIRI ARAMALARIN YAPTIRIMI

Adlî ve önleme aramalarının şekli ve kapsamına ilişkin hükümlerin, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına uygun olacak şekilde icra edilmesi gerekliliği, başta AİHS olmak üzere Anayasal teminat altındadır. Yasal düzenlemelere aykırı şekilde arama kararlarının verilmesi ve uygulanması hukuk dışı bir uygulama olduğu gibi, kararı veren ve uygulayan görevlilerin cezaî ve hukukî sorumluluğuna da sebebiyet verecektir. Demokratik ve özgürlükçü bir Devlet, vatandaşına her an gözaltına alınabileceği, sorgulanabileceği, evinde arama yapılabileceği endişesini yaşatmamalıdır. Aksine, güvenlik içerisinde özgür ve onurlu bir yaşam olanağını sunmayı amaçlamalıdır.

Özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı hakkının, özellikle haksız ve hukuka aykırı aramalarla ihlal edilmesi kaçınılmazdır. Bu durumda aramanın mutlaka gerekli, makul ve ölçülü olması dikkate alınmalıdır.

Suçla mücadele için, devlet görevlilerine tanınan her yetkinin kötüye kullanılmasını ve kişilerin özgürlük alanına izin verilenden daha fazla müdahale edilmesini önlemek amacıyla, hukuka aykırılık denetimini içeren bir kontrol mekanizmasına ihtiyaç vardır. (Aksoy, 2007, s. 145) Bu kontrol mekanizması sayesinde kamu görevlisi, kullanmış olduğu yetkinin beraberinde sorumluluk da getireceğinin ve usulüne göre yetkisini kullanmadığı takdirde sorumlu olacağı farkında olmalıdır.

Kontrol mekanizmasının ilki, hâkim denetimidir. Kural olarak arama talebi hâkim tarafından karara bağlanır. Hâkim, kendisine sunulan her talebi inceleyerek hukuka uygunluk denetimini yapar. Hâkim, arama talebini değerlendirirken, sadece yasaya uygunluk denetimi yapmaz, aynı zamanda amaca uygunluk yönünden de denetim yapar. (Özbek, 2005, s. 424)

Usulüne uygun bir aramadan söz edebilmek için, arama kararı ve aramanın icrasının, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere, Anayasaya, yasaya ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin evrensel değerlere uygun olması gerekir. Arama kararı verilmesinin ve aramanın icrasının birinci ve ikinci bölümde bahsedildiği şekilde yapılmasının yaptırımını ise, başta delillerin reddi olmak üzere cezaî ve hukukî sorumluluktur (tazminat sorumluluğu).

1.1. Delillerin Reddi

Ceza yargılaması hukukumuzda, "delil serbestisi" ilkesi kabul edilmiştir. Bu nedenle, ceza yargılaması hukukunda, medenî yargılama hukukundan farklı bir biçimde, her şey delil olarak kabul edilebilir. Delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak mahkemeye aittir. Ancak mahkeme, hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri sadece dikkate alabilir. Başka bir deyişle, hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan deliller mahkemece hükme esas alınıp kişiye ceza verilemez.

Temel hak ve hürriyetlere yasadışı müdahale suretiyle elde edilen delillerin davalarda hükme esas alınmasının hukuka aykırı sayılması ise, çağdaş hukuk sistemlerinin bazılarında içtihadî ilkeler, kimilerinde de pozitif hukuk normları sayesinde mümkün olabilmektedir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 tarihli 2005/7-144 Esas, 2005/150 nolu kararından.)

Hukuka aykırı olarak toplanan delillerin hükme esas teşkil edilemeyeceği hususu, Anayasanın 38/6. ve Anayasaya uygun olarak CMK'nın 206/2-a maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasanın 38/6. maddesinde, "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez." ifadesine yer verilmiştir. Ancak burada "kanuna aykırı" ifadesi yerine, "hukuka aykırı" olarak

toplanan bulguların delil olarak kabul edilmemesinin düzenlenmiş olması daha uygun olurdu. bu durumda yasalarla hukuka aykırı bir düzenlemenin yapılması ve bu düzenlemeye göre bulgu toplanması delil olarak kabul edilebilecektir. Anayasanın 38/6. maddesine uygun olarak, CMK' nın 206/2-a maddesi de kanuna aykırı olarak elde edilen bulguları delil olarak kabul etmemiştir. AİHS'de delillerin sunulması, reddi ya da değerlendirilmesi konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. AİHM ulusal mahkemeye sunulan delilleri değerlendirmemektedir. Delilin kabul edilip edilmemesi hukuka aykırı elde edilip edilmediği, yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı hususlarındaki karar iç hukuk kuralları çerçevesinde ulusal mahkemelere aittir. AİHM bu konuda kendisini yetkili görmemektedir. Ancak konuyu Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen Adil Yargılama Hakkı ile 8. maddede düzenlenen Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması kapsamında değerlendirmektedir. (Çınar, 2004, s. 55)

1.2. Ceza Sorumluluğu

Arama tedbiri, doğrudan kişinin temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale olduğu için, haksız olarak yapılacak bir aramanın mutlaka yaptırımı olmalıdır. 5237 sayılı TCK'nın 120. maddesinde haksız aramanın cezai karşılığı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir". Kişilerin üzerinin veya eşyasının haksız olarak aranması, insan onuruna bir tecavüz teşkil ettiğinden, cezai yaptırımın yetersiz olduğu düşünülmektedir. Nitekim haksız aramalar sonucu bazen kişilerin haksız olarak eşyalarına da el konulmakta, suçla ilgisi bulunmayan belgelerdeki sırlarına başkaları vakıf olmakta, bu durumun basit bir yaptırımla karşılanması, suç fiiliyle ve fiilin sonuçlarıyla ölçülü kalmamaktadır. Ancak

aramanın, usul ve yasaya aykırı olarak girilen konutta gerçekleştirilmesi hâlinde, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlâl suçu da oluşmaktadır.

Haksız arama suçunun oluşabilmesi için, bu fiili işleyen kişinin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu bakımdan söz konusu suç, bir özgü suç niteliği taşımaktadır. Yani bu suç sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilir.

TCK'nın 257. maddesinde ise, "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" denilmektedir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı davranışının belli koşulları taşıması halinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Görevinin gereklerine aykırı davranan kamu görevlisi, kişilerin mağduriyetine veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olmuşsa ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamışsa, görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş sayılacaktır. Adli arama sırasında, görevlerini kötüye kullanan veya görevlerini yerine getirirken ihmalleri olan kamu görevlileri hakkında CMK'nın 160/5. maddesi gereğince doğrudan soruşturma açılır. En üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tabî oldukları yargılama usulü uygulanır. Ancak önleme araması adli bir işlem olmadığından, önleme araması ile ilgili görevi kötüye kullanma suçunun soruşturulması, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri gereğince mülki idare amirinin iznine tabidir.

1.3. Tazminat Sorumluluğu

Hukuk kurallarına aykırı davranışın bir diğer yaptırımı, bu davranışta bulunan kim-
senin bundan zarar gören kimseye tazminat ödemesi şeklindedir. Bir kimsenin,

haksız bir fiille hukuka aykırı bir şekilde başkasına zarar vermesi durumunda, bu zararı gidermekle (tazmin etmekle) yükümlü olması, evrensel hukukun gereğidir. Bu yükümlülük genelde medeni dava yolu ile karara bağlanmaktadır. Haksız fiil neticesinde ödenecek olan tazminat maddî tazminat olabileceği gibi, manevî tazminat şeklinde de olabilir.

Anayasanın 40. maddesine göre,

Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.

denilmektedir. Bu düzenlemeye uygun olarak CMK'nın 141/1-i maddesinde, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin, maddî ve manevî her türlü zararlarını devletten isteyebilecekleri belirtilmiştir. Haksız arama nedeniyle tazminat talebinin süresi ve başvuru mercii CMK'nın 142. maddesinde, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde, zarara uğrayanın oturduğu yerin Ağır Ceza Mahkemesi olarak belirtilmiştir. Kişinin oturduğu yerin ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise, aynı yerdeki başka bir Ağır Ceza mahkemesinde; aynı yerde başka bir Ağır Ceza mahkemesi yoksa en yakın yer Ağır Ceza mahkemesinde süresi içinde tazminat talebinde bulunulabilir. Bunun dışında haksız aramaya maruz kalan kişi, Anayasanın 125. maddesinde yer alan, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı

yargı yolu açıktır” hükmüne dayanarak idare aleyhine idarî yargıda tazminat davası açabilir.

Kamu görevlisinin göreviyle ilişkisi olmayan veya görevi sırasında, fakat göreviyle bağdaşmayan kişisel saiklerle gerçekleştirdiği haksız arama işlemlerinde “kişisel kusur”lu olup; bu durumda, Borçlar Kanununun 41. maddesi gereğince haksız aramaya maruz kalan kişi, genel hükümlere göre tazminat davası açabilir. (Aksoy, 2007, s. 158) Burada artık hizmet kusurundan söz edilemeyeceğinden, idare aleyhine idari yargıda dava açılması söz konusu olamaz. (Eryılmaz, 2003, s. 289)

Anayasanın 40. maddesinde, “temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlığı altında, devlet tarafından hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin zararının tazmin edileceği ve ilgili kamu görevlisine rücu edilebileceği hüküm altına alınmasına rağmen, bu konuda ilgili kamu görevlisine rücu edildiğine dair bir örneğe rastlanmamıştır. Bu durumda, Anayasanın ilgili maddesinin ne ölçüde hak ve özgürlükleri koruduğu tartışma konusudur. Anayasanın 40. maddesine işlerlik kazandıracak yeterli yasal düzenleme bulunmamaktadır. Hâl böyleyken, mağduriyete uğrayan kişi iç hukuk düzeninden yeterli korumayı görememekte olup, AİHM’e başvurmuştur. Sonuç itibariyle, AİHM’in vereceği karar hiçbir surette mağduriyete neden olan kamu görevlisine yansıtılmadığından, yani devlet tazminat ödemesine rağmen bu durum ilgisine rücu etmediğinden, yaptırımsız ihlaller devam etmektedir.

2. ARAMALARA İLİŞKİN MAHKEME KARARLARI

Bu bölümde, gerek yerel mahkeme gerekse Yargıtay ve AİHM tarafından adli ve önleme aramalarına ilişkin olarak verilen bazı kararların, insan hakları açısından hukuka uygunluğu incelenecektir.

2.1. Adli Aramalara İlişkin Mahkeme Kararları

a) Kandıra Asliye Ceza Mahkemesinin 24.11.2010 tarihli, 2009/107 Esas, 2010/274 Nolu Kararı: Mahkeme kararına konu olayda, “Sahil Güvenlik Komutanlığınca tanzim edilen 04 Temmuz 2008 tarihli ihbar tutanağında, Bulgaristan Burgaz limanından 1000 baks kaçak sigaranın taşınması olayına karışabileceğinden şüphelenilen Süver-3 isimli teknenin halen Bağıranlı limanında bulunduğu belirtilmiş; Cumhuriyet Savcılığı'nın talebi üzerine Kandıra Sulh Ceza Mahkemesi'nin 04.07.2008 tarihli kararı ile Süver-3 isimli geminin sigara kaçakçılığı olayına karışabileceği şüphesiyle aranmasına ve ele geçirilecek eşyalara el konulmasına karar verilmiştir. Arama kararı uyarınca 04.07.2008 günü Süver-3 isimli gemide yapılan aramada kaçak sigaraya rastlanılmamış, ancak arama yapan kolluk görevlilerinin geminin kullanmış olduğu yakıt deposundan numune aldıkları; numune üzerinde yapılan tahlilde mazotun kaçak olduğunun anlaşıldığı, mazotun geminin hareket ederken kullandığı depoda bulunduğu, özel bir bölmede bulunmadığı, yani kaçak mazotun geminin kendi kullandığı mazot olduğu; TÜBİTAK tarafından numune üzerinde yapılan tahlil neticesinde ele geçirilen kırsal motorinin marker seviyesinin geçersiz ve teknik düzenlemede yer alan özelliklere aykırı olduğu...” belirtilmiştir.

Söz konusu arama kararının doğrulanamayan, tesadüfi bir şüpheye dayandığı, “Bulgaristan Burgaz limanından 1000 baks kaçak sigaranın taşınması olayına karışabileceğinden şüphelenilen...” cümlesinden anlaşılmaktadır. Ancak bu şüphe

CMK'nın 116. maddesinde belirtilen ve arama tedbirine başvurma yolunun başlangıcı sayılan "makul şüphe" olarak kabul edilemez. Aksi takdirde, Bulgaristan'ın Burgaz limanına uğrayan her geminin aranması gerekecek ki, bu durum, kişilerin hak ve özgürlükleri ile gemilerin sahibi olan tacirlerin ticari kimliğine zarar verecektir.

Mahkeme kararının iddia bölümünde ise,

Kandıra Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2009/78 sayılı iddianamesi ile ilgili kolluğun talebi üzerine Sulh Ceza Mahkemesinden 4.7.2008 günü alınan arama izniyle Süver-1 isimli teknede arama yapıldığı, arama sonucunda ele geçirilen 750 Lt. Mazotun kaçak olduğu tespit edildiğinden, şüpheliler A.S, M.C.D ve olay tarihinde geminin donatanı olarak gözükten R.İ hakkında 5015 Sayılı

Kanunun ek 3-5 maddesine göre kaçak petrol ürünü bulundurmak suçundan yargılama yapılması, söz konusu geminin ve petrol ürününün müsaderesine karar verilmesi ve şüphelilerin eylemlerine uyan 5015 Sayılı Kanunun ek 3- ek 5, TCK'nın 53, 54, 58. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları...

istemiyle şüpheliler hakkında kamu davasının açıldığı görülmektedir.

Gerek soruşturma aşamasında gerekse yargılama aşamasında şüpheliler mazot kaçakçılığı suçlamalarını kabul etmemişlerdir.

Mahkemenin yapmış olduğu yargılama neticesinde,

Arama ve el koyma hususunu düzenleyen 5607 Sayılı Kanunun 9. maddesinde de arama ve el koyma şeklinin 5271 sayılı CMK'da düzenlenen kurallara göre yapılacağı belirtilmiş olup, arama kararında bulunacak hususları düzenleyen CMK 119/2-a maddesinde, arama kararı yahut emrinde aramanın nedenini oluşturan fiilin belirtileceğinin düzenlendiği, elkoymayı düzenleyen CMK

127/1 maddesinde ise Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından el koymanın gerçekleştirileceğinin, CMK 127/3 maddesinde ise hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirilen el koymanın 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması ve hâkimin de el koymadan itibaren 48 saat içerisinde kararını açıklayacağı belirtilmiştir; CMK 128. maddesinde de arama ve elkoyma tedbirinin yerine getirilmesi sırasında elde edilecek delillerin muhafaza altına alınarak Cumhuriyet Savcısına durumun derhal bildirileceği düzenlenmiştir. CMK uyarınca çıkarılan Adli ve Önleme Aramaları yönetmeliğinin 10. maddesinde de “...usulüne uygun arama neticesinde arama emrinde belirtilen suç dışında başka bir suça ilişkin delil elde edilmesi halinde bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet Savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri el koyma işlemini gerçekleştirebilir. Hâkim kararı olmaksızın el koyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde el koyma kendiliğinden kalkar” hükmü yer almaktadır.

Dava konusu olayda ise Sulh Ceza Mahkemesi'nce verilen arama kararının 5015 sayılı petrol kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak değil, 5607 sayılı yasada düzenlenen genel kaçakçılık suçuna ilişkin olduğu, kolluk kuvvetlerince yapılan aramada ise arama kararında belirtilen suç dışında başka bir suça ilişkin bir delilin elde edildiği, bu durumda yukarıda anılan kanun ve ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca ele geçirilen delilin hukuka uygun hale getirilmesine ilişkin usuli işlemlerin yerine getirilmediği, dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırı suretle elde edilmiş bulunan delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen

delil niteliğinde olduğu anlaşıldığı; CMK 289/1-i maddesinde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı şeklindeki düzenleme de nazara alındığında, sanıkların suçlamayı kabul etmemesi ve tüm dosya kapsamı itibariyle iddianamede belirtilen suçun sanıklara tahminine yönelik başkaca da bir delil bulunmadığından, sanıkların ayrı ayrı beraatlerine ve müsaderesi talep edilen gemiye yönelik müsadere talebinin reddine karar verilmiştir.

Kandıra Asliye Ceza Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında, kolluk görevlilerinin başta Anayasa olmak üzere, CMK ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde aramaya ilişkin düzenlenen usule aykırı olarak arama tedbirini icra ettikleri; hukuka aykırı aramanın yaptırımını olarak da, usulüz arama neticesinde elde edilen delillerin hükme esas teşkil edilmediği görülmüştür.

b) Kandıra Sulh Ceza Mahkemesinin 2010/129 Değişik İş Nolu Kararı:

14.6.2010 tarihli mahkeme kararında,

Kandıra C. Başsavcılığı'nın şüpheli Hüseyin Avşar hakkında tehdit suçundan suç delillerinin tespiti amacıyla 16.06.2010 tarihinde gündüzleyin saat: 06.00 ile 19.00 saatleri arasında şüphelinin belirtilen köydeki adresinde bir defaya mahsus olmak üzere arama talep edilmişse de, talep yazısında, şüphelinin üzerine atılı suçla ilgili hangi suç delillerinin tespit edilmeye çalışıldığı belirtilmemiş olup; ayrıca talep yazısında arama kararı istenen saatin sabah 06.00 ile akşam 19.00 saatleri arasını kapsayacak şekilde belirtilmiş olduğu, 13 saatlik süreyi kapsayan bu talebin şüphelinin üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti göz önüne alındığında bu talebin yerinde olmadığı kabulü gerekmektedir. Ayrıca şüphelinin üzerine atılı tehdit suçu, silahla tehdit kapsamında değerlendirilse bile, müştekinin ve şüphelinin beyanlarında silahın atıldığı tarihin 28.03.2010 tarihi olup bugün itibariyle üzerinden 2,5 aylık bir

sürenin geçtiği, dolayısıyla arama kararıyla elde edilmesi beklenen suç delilinin silah olduğu kabul edilse bile, bugün itibariyle bu suç delilinin elde edilebilmesi için arama yapılmasında 5271 sayılı CMK'nın 116 maddesi ile Adli ve Önleme Arama Yönetmeliğinin 5 ve 6. Maddelerinde belirtilen makul şüphe unsurunun gerçekleşmediğinin kabulü gerekmekte, Kandıra C. Başsavcılığı'nın şüpheli Hüseyin Avşar hakkındaki arama talebinin reddine...

karar verildiği görülmüştür.

CMK'nın 119. maddesine göre, arama kararında, aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya arama emrinin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilir. Mahkemenin kararına konu olan talep yazısının, silahla tehdit suçunun şüphelisi olan kişinin konutunda suçta kullanıldığı iddia edilen silahın bulunmasını kapsadığı anlaşılmaktadır. Ancak şüphelinin köy yerinde bulunan konutunda 13 saatlik bir aramanın yapılmasının talep edilmesi, temel hak ve özgürlüklerden olan konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğine yapılan meşru müdahalenin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı görülmektedir. Küçük yerleşim birimi olan köyde yer alan bir konutta, 13 saat sürecek bir aramanın gerçekleştirilmesi, kişinin anayasal güvence altında bulunan "onurlu bir hayat sürdürme" hakkına müdahale anlamına gelecektir.

c) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 tarihli 2005/7-144 Esas, 2005/150 nolu Kararı: Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) sisteminden alınan YCGK kararına göre özet olarak;

Adana Emniyet Müdürlüğü Narkotik Şube Müdürlüğü'nün istihbari çalışmaları sonucunda sanığın evinin damında hint keneviri yetiştirdiğinin öğrenilmesi üzerine 24 Mayıs 2001 günü 11.00 sıralarında evine gidildiği, sanığın evinde olmadığının belirlendiği, eşinin onayı ile sanığın evinde yapılan aramada damda

50-70 cm boylarında 50 kök hint keneviri bitkisinin ekili olduğu görülüp zaptedildiği, o tarihte İstanbul'da bulunan sanık Yakup'un arandığını öğrenmesi üzerine ertesi günü kendiliğinden gelip kolluk görevlilerine teslim olduğu dosyadaki tutanaklardan anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme yaptığı yargılama sonunda "sanığın uyuşturucu esrar maddesi elde edebilmek maksadı ile evinin damında 50 kök hint keneviri dikip yetiştirdiği iddiası, olayla ilgili düzenlenen tutanaklar, sanığın ikrarı, ekspertiz raporu, emanet makbuzu, yapılan yargılama ve diğer delillerden anlaşılmış olmakla ..." şeklindeki sözlerle belirttiği gerekçelere dayanarak sanığın suçunu sabit görüp mahkûmiyetine karar vermiştir.

Sanık tarafından temyiz edilen kararın 7. Ceza Dairesince, özet olarak, aramanın suç tarihinde yürürlükte bulunan kurallara aykırı olarak yapıldığı, bu şekilde elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu, bu sebeple 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun (CMUK) 254/2. maddesine göre mahkûmiyete esas alınamayacağı, sanığın itirafının da bu durumda mahkûmiyeti için geçerli ve yeterli olamayacağı gerekçeleri ile bozulmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, sanığın tüm aşamalarda suçunu itiraf ettiğini, bu itirafın mahkûmiyet için yeterli olduğunu ileri sürerek 7. Ceza Dairesi kararına karşı itirazda bulunmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 7. Ceza Dairesinin bozma kararındaki, aramanın yasaya aykırı olduğunu, bu nedenle arama sonucu elde edilen delillerin yargılamada değerlendirilemeyeceğine dair bozma gerekçesine itiraz etmemiş, Başsavcılık itirazını sadece sanığın bozma kararındaki "mücerret ikrarın mahkûmiyete yetmeyeceğine" dair gerekçeye yöneltmiştir.

Sanığın ikametgâhında kenevir bitkisi olduğu ihbarı alınması üzerine il merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu belirtilmeden, hâkim kararı

ve yetkili amir tarafından verilen sözlü emir de alınmadan yapılan aramada, evin damında 50 kök kenevir bitkisi tespit edilmiş, bu şekilde arama sonucu elde edilen delille mahkûmiyetine karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur.

İlgili YCGK kararının, tez çalışmasına konu kısmı alınmış olup, bu kararda usulsüz arama delil olarak kabul edilmemiştir. Yine aynı kararda, sanığın eşinin rızası da hukuka uygunluk sebebi olarak görülmemiştir.

d) Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.3.2005 tarih ve 2005/10-15 Esas, 2005/29 nolu kararı:

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun söz konusu kararına göre, kolluk amirinin şüphe üzerine verdiği sözlü emir ile yapılan üst aramasında ele geçirilen uyuşturucu maddenin yargılamada delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin ihtilafta:

Delil elde etme faaliyeti sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmak gerektiği; sanığın haklarının ihlal edilmediği hallerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesi

sonucuna varılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bu kararında yapmış olduğu ikinci tespit ise, sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zararın karşılaştırılmasının; sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılması; aksi takdirde

değerlendirme dışında bırakması gerektiği yönündedir. (Aksoy, Şemsettin, a.g.e, s. 151–152.)

e) Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 16.1.2008 Tarih ve 2008/10268 Esas, 2008/192 nolu Kararı:

Suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 97/2 maddesi ve aynı yönde hüküm bulunan 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMUK'un 119/4 maddesi gereğince “ Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut, iş yeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur” hükmüne aykırı davranılması suretiyle dava konusu eşyanın usulsüz yapılan arama sonucu ele geçmesi ve aleyhe başka da delil bulunmaması nedeniyle, sonucu itibariyle beraat kararı doğru olduğundan, yerinde görülmeven temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına karar verilmiştir.

şeklindeki Yargıtay Ceza Dairesi kararında, hukuka aykırı yöntemle yapılan arama sonucu elde edilen delillerin reddi yoluna başvurulduğu görülmektedir.

f) Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 29.3.2007 Tarih ve 2007/9288 Esas, 2008/2197 nolu Kararı: Söz konusu Yargıtay Ceza Dairesi kararında,

Müşteki vekilinin, sanığın iş yerinde müvekkili şirket adına tescil edilmiş markalı ürünlerin taklitlerinin satıldığı iddiasıyla Cumhuriyet Savcılığına verdiği şikâyet dilekçesinin, Cumhuriyet Savcılığınca gereğinin yapılması için zabıtaya havalesi üzerine; ilçe merkezinde, hâkim kararı olmadan ya da gecikmesinde sakıncalı bir hal ileri sürülerek Cumhuriyet Savcısı ve diğer yetkililerce verilmiş bir emir de bulunmadan, 25.12.2001 günü iş yerinde yapılan aramada, müşteki adına tescilli taklit ürünlerin olduğunun tespit edildiği, bu konuda ceza davası açıldığı; mahkemenin ise usulsüz arama

nedeniyle “soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz” hükmünü esas alarak sanık hakkında beraat kararı verdiği, müşteki vekilinin ise kararı temyiz ettiği görülmektedir.

Bu olayda arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın arama ile ilgili 97. maddesinde “ Aramaya karar vermek selahiyeti hâkimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet müddeiumumîleri ve müddeiumumîlerin muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler” hükmü bulunmaktadır.

Bu yasal düzenlemeye göre, arama esas itibariyle ancak hâkim kararıyla mümkündür. Cumhuriyet Savcıları ile onun yardımcıları sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnaidir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için ön şart olarak, gecikmesinde sakınca bulunan halin gerçekleşmesi gerekmektedir. Yargıtay 7. Ceza dairesi,

Gecikmesinde sakınca bulunduğundan söz edebilmek için ise, ilgili merciin hâkime başvurup, karar aldıktan sonra tedbiri (aramayı) uygulamak istemesi halinde, o tedbirin (aramanın) uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydanın elde edilememesi söz konusu olmalıdır.

Somut olayımızda ise, sanığın iş yerinde arama yapılmadan önce hâkim kararı alınmamıştır. Öte yandan kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmesinde sakınca bulunan bir halden de söz edilmemiştir. Kaldı ki çalışma gün ve saatleri içerisinde hâkim kararı alınmasının gecikmede sakınca yaratacağını düşündürecek bir belge ve bilgi de dosya içerisinde bulunmamaktadır.

Dolayısıyla Cumhuriyet Savcısı ve kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirilen bu arama

işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan gerekçelerle müdahil vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibariyle doğru olan beraat kararının onanması...

yönünde karar vermiştir.

Hukuka aykırı olarak yapılmış bir arama sonucu elde edilen deliller de, suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 254. maddesindeki "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" hükmü gereğince mahkemece geçerli bir delil olarak gözetilemeyeceğinden ve sanık aleyhine mahkûmiyeti gerektirecek başkaca da yasal delil bulunmadığından, bu nedenlerle beraat kararı verilmesi yerindedir.

g) AİHM'in Smirnov Rusya kararı (Başvuru no: 71362/01, 2007):

Bu kararda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 8. ve 13. maddeleri çerçevesinde başvuranın, hukuka aykırı arama ve elkoymaya ilişkin iddiasını ele almıştır. Bu davada davacı bir avukattı ve Rusya Hükümetinin birtakım ciddi suçlamalarla itham ettiği bir grup davalının da müdafiliğini üstlenmiş bulunuyordu. Ceza davasıyla ilgili birtakım belge ve dokümanların başvurusunun evinde saklandığına inanan Rus soruşturma makamları, başvuranın (müdafii) evinde arama yapılması için bir arama kararı çıkartmışlardır. Başvuranın da arama sırasında hazır bulunduğu sırada birtakım belgelere, bilgisayarının anakartına soruşturma makamları tarafından el konulmuştur. Başvurucu sonuçsuz da kalsa, ceza yargılanmasında müdafiliğini üstlendiği kişilerin aleyhine fiziksel delil olarak kullanılan bilgisayar anakartına ve çeşitli belgelerine el konulması işlemine karşı çıkmıştır. Hemen akabinde AİHS'nin 13. maddesi uyarınca evindeki arama ve elkoyma işleminin hukuka aykırı olduğu yönünde ilk derece mahkemesi nezdinde hukuki yola

başvurmuştur. Burada başvuran, yerel mahkemede anakart ve belgelere el konulması işleminin müdafiliğini üstlendiği müvekkillerinin savunma hakkını zedelediğini ileri sürmüştür. Bunun üzerine, Rus adli makamları birtakım belgeleri başvurana iade etmiş, fakat ana kartı iade yoluna gitmemişlerdir. İlk derece mahkemesi başvuranın, AIHS'in 8. maddesi uyarınca arama ve elkoymaya ilişkin hukuka aykırılık talebini de reddetmiştir. Temyiz mahkemesi de bu yöne ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Başvuran, bütün bu hukuki süreç sonrasında, AIHM'e, evinde yapılan arama neticesinde müvekkillerine ait birtakım belgelerle bilgisayar anakartına elkonulması işleminin AIHS'in 8. maddesi uyarınca özel hayatına müdahale olduğu gerekçesiyle başvurmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Rus Hükümeti tarafından yapılan arama ve elkoyma işlemlerinin AIHS'in 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı hususunda mahkeme dört kriter getirerek, bunlara uyulup uyulmadığının cevabının bulunması gerektiğini belirtmiştir. AIHM'e göre bu kriterler:

- a)** Hangi temeller üzerinde arama emrinin verildiği,
- b)** Arama emrinin içeriği ve ölçüğü,
- c)** Arama emrinin hangi şekilde icra edildiği (bağımsız gözlemcinin varlığı),
- d)** Etkilenen kişinin şöhreti ve işi üzerindeki olası yan etkileri.

AIHM kararında, "Başvuranın davasında, müdafiliğini üstlendiği kişilerin aksine, başvuru cezaî soruşturmanın bir öznesi durumunda bulunmuyordu, verilen arama emri geniş ve belirsiz nitelikteydi. Bu durum polise hangi belge

ve nesnelere elkonulacağı konusunda sınırsız derecede bir takdir hakkı vermekteydi. Arama emri, adaletin uygun işleyişi için kritik olan müdafinin evinde bulunan bazı belgelere ilişkin mesleki imtiyazın koruması bakımından, güvenceler içermiyordu. Bu nedenle, başvuranın evinin aranması ve eşyalarına elkonulması demokratik bir toplumda gerekli değildir ve bu nedenle Sözleşmenin 8. maddesi ihlal edilmiştir” denilmiştir. (Beydilli, 2011)

h) AİHM’in Taner Kılıç- Türkiye Kararı (Başvuru no: 70845/01, 24.10.2006):

Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Cumhuriyet Savcısı, 16 Haziran 1999 tarihinde, mahkemeden, Mazlumder Genel Merkezi ile şubeleri için, derneğin “toplumun bütünlüğü ile laik rejime” karşı gerçekleştirdikleri iddia edilen belirli eylemleriyle ilgili delil toplamak için bir arama emri çıkarmasını talep etmiştir. Mahkeme aynı gün bir arama emri çıkarmıştır. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, 18 Haziran 1999 tarihinde, yerine getirilmesi için, mahkeme kararını İçişleri Bakanlığına bildirmiştir. Cumhuriyet Savcısı aynı gün, ek bir yazı göndermiştir. Evinin aranması esnasında, polis memurları başvurana İçişleri Bakanlığı Müsteşarının yazısını göstermişlerdir. Polis memurları, başvuranın evinde buldukları iki videokasete el koymuşlar; iş yerindeki bazı belgelerin fotokopisini çekmişlerdir. Evin aranmasının ardından, başvuru ve eşi, polis tarafından düzenlenmiş bir arama raporunu imzalamışlardır.

Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin çıkardığı arama izninin, yalnız derneğin genel merkezi ile şubelerinin aranmasına yetki verdiği halde; Cumhuriyet Savcısı, ortada ivedi bir durum olduğunu savunarak, arama izninin kapsamını genişletmiş, derneğin Genel Başkanı ile Yönetim Kurulu üyelerinin evleri ile iş yerlerinin aran-

ması emri vermiştir. Bunun ardından, İçişleri Bakanlığı Müsteşarı, Devlet Güvenlik Mahkemesi ile Cumhuriyet Savcısının arama emirlerini yöneticilere bildirirken, yalnız genel başkan ile yönetim kurulu üyelerinin evleri ile iş yerlerinin değil tüm şubelerin yönetim kurulu üyelerine ait ev ve iş yerlerinin aranmasını belirtmiştir.

Başvuran, usulsüz arama sırasında el konulan videokaset ve belgelerinin kendisine iade edilmesi talebiyle birlikte; Cumhuriyet Savcısı, İçişleri Bakanlığı Müsteşarı ve arama yapan polislerin görevlerini kötüye kullandıkları iddiasıyla iç hukuk yollarına başvurmuştur. Ancak başvuran, iç hukuk yollarından herhangi bir sonuç alamadığından talebini AİHM'e taşımıştır.

AİHM, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin ilk verdiği ve daha sonra Cumhuriyet Savcısı tarafından genişletilen arama izninin, İçişleri Bakanlığı Müsteşarı tarafından İzmir Şubesi Yönetim Kurulu üyesi olan başvuranın evi ile işyerini de kapsayacak şekilde daha da geniş yorumlandığını; arama ile eşyalara el koymanın büyük çapta olduğunu ve dernekle ilgili gizli bilgi ve belgelerin özel yetki olmaksızın alınmış olduğunu; ne arama öncesinde ne de sonrasında, başvurana mahkeme izninin gösterilmediğini; arama tarihi itibarıyla yürürlükte olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 90. maddesinde belirtildiği üzere, tedbirin alınmasından itibaren üç gün içinde eşyalara el konulması ve belgelerin kopyalanmasını onaylayan bir mahkeme kararının bulunmadığını; benzer biçimde, kopyalanan belgelerin listesinin, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 90. maddesi'ne riayet edilmeyerek, başvurana verilmediğini tespit etmiştir.

AİHM ayrıca, başvuranın, bu davaya adı karışan görevliler aleyhinde cezai takibat başlatılması talebinin, hiçbir gerekçe verilmeden reddedildiğini, evinin aranması sırasında el konulan videokasetlerin iade edilmesi talebinin ise yanıtız bırakıldığını

kaydetmiştir. (Bu karar, <http://ankarahukuk.wordpress.com/2007/03/09/taner-kilic-karari/> İnternet adresinden 20.01.2011 tarihinde alınmıştır.)

Anayasanın 6. maddesinde yer alan, hiç kimsenin veya hiçbir organın, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı hükmü göz önünde bulundurulduğunda; görevlilerin, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin usul ve esaslarını düzenleyen başta Anayasanın 13. maddesi olmak üzere, AİHS'in 8. maddesi, 1412 Sayılı CMUK'nın 90 ve 97. maddelerine aykırı işlem yaparak suç işledikleri anlaşılmamaktadır. Her ne kadar görevliler hakkında, herhangi bir cezai işlem başlatılmamışsa da, ceza hukuku bakımından en genel ifade ile "görevi kötüye kullanma" suçunun işlendiği açıktır.

2.2. Önleme Aramalarına İlişkin Mahkeme Kararları

a) İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 18.1.2011 Tarih ve 2011/3 Değişik İş Nolu Kararı: İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesince verilen 30.11.2010 tarih ve 2010/3368 değişik iş no'lu önleme araması kararına yönelik muhatabınca yapılan itiraz üzerine:

İstanbul Üniversitesi Rektörlüğünce Fatih Kaymakamlığı İlçe Emniyet Müdürlüğüne hitaben yazılan 17.9.2010 tarih ve 1136 sayılı yazıda,

2010/2011 eğitim öğretim yılında üniversitemizde meydana gelen ve artarak sürmesinden endişe ettiğimiz öğrenci olaylarını önlemek amacıyla, İstanbul Üniversitesine bağlı ve Fatih sınırları içerisinde bulunan fakülte, yüksekokul ve diğer idari binaların girişlerinde, yakın çevresinde ve içerisinde, görev yapmakta olan kolluk kuvvetleri ile özel güvenlik görevlilerine 1.12.2010 –

30.11.2011 tarihleri arasında gerektiğinde üst araması yapabilmeleri için arama yetkisi verilmesi hususunda gereği...

denilerek önleme araması kararı verilmesinin istenildiği anlaşılmaktadır.

Fatih Kaymakamlığı tarafından İstanbul Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesine, 2010/1745 sayılı yazı ile başvurularak; 24.6.2009 tarihinden itibaren üniversiteye bağlı fakültelerde meydana gelen ve polis tarafından müdahale edilen olaylar anlatılarak;

Anılan olaylar esnasında kesici ve delici aletlerin kullanıldığının tespit edildiği ve gelecek eğitim-öğretim yılında bu tür olayların yaşanacağı değerlendirildiğinden, İstanbul Üniversitesi Rektörlüğünün talebi doğrultusunda, eğitim ve öğretim özgürlüğü ile kişilerin can güvenliklerinin sağlanması, hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde ve eşyanın tespit edilmesi için, özel güvenlik görevlileri ve İstanbul Emniyet Müdürlüğüne bağlı şube müdürlükleri görevlileri ve Fatih İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlilerince 4771 Sayılı Kanun ile değişik 2559 Sayılı PVSK'nın 9. maddesi gereğince, İstanbul Üniversitesine bağlı ve Fatih ilçe sınırları içerisinde bulunan fakülte, yüksekokul ve diğer idari binaların girişlerinde, yakın çevresinde ve rektörlükçe talep edilmesi halinde bu binaların içinde yapılacak kontroller esnasında, kişilerin üzerlerinin, çanta, paket ve poşetlerinin, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyalarının aranabilmesi için 1.12.2010 tarihinden 30.11.2011 tarihine kadar gündüzleyin önleme araması

izninin verilmesi talep edilmiştir.

Talebe ilişkin İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 30.11.2010 tarihli 2010/3368 değişik iş nolu kararı şu şekildedir:

Üzeri ve eşyasının aranması özel kanun hükümlerine tabi tutulmuş kişiler hakkındaki özel hükümler saklı tutularak, yukarıda belirtilen arama yerinde ve yine yukarıda belirtilen tarih ve saatte (İstanbul Üniversitesine bağlı ve Fatih ilçe sınırları içerisinde bulunan fakülte, yüksekokul ve diğer idari binaların girişlerinde, yakın çevresinde ve rektörlükçe talep edilmesi halinde bu binaların içinde yapılacak kontroller esnasında, kişilerin üzerlerinin, çanta, paket ve poşetlerinin, araçlarının, özel kağıtlarının ve eşyalarının aranabilmesi için 1.12.2010 günü saat 10:00 dan 30.11.2011 günü saat 10:00' a kadar) 2559 Sayılı PVSK' nın 4771 Sayılı Kanun ile değişik 9. maddesi ve Adli ve Önleme Ara-maları Yönetmeliğinin ilgili maddeleri gereğince, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, suç işlenmesinin engellenmesi, taşınması ve bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti için kişilerin üstünde, üzerinde bulunan özel kağıtlar ve diğer eşya ile aracında önleme amacıyla usulü dairesinde önleme araması yapılmasına karar verildi.

İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesinin bu kararına dayanarak emniyet görevlileri, her gün işine gitmek için İstanbul Üniversitesinin Fatih'teki herhangi bir yerleşkesinin yakın çevresinden geçmek zorunda kalan vatandaşı, bir yıl süre ile istediği zaman yüzlerce kez arayabileceği sonucu ortaya çıkarmaktadır.

Mahkeme kararının basına yansısıyla toplumun birçok kesiminden tepki gelmiştir. Örneğin, 28.12.2011 tarihli Radikal Gazetesi internet haberinde konu ile ilgili Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu:

Bu kadar genel aramanın bir yıllık yaygınlaştırmanın ölçüsünü bilemiyorum. Bu konuda nedenlerin inandırıcı olması gerekir. Üniversitelerde, güvenliği tehdit edici faaliyetler varsa, neden sadece Fatih ve İstanbul Üniversitesi'nin çevresiyle sınırlı. Ulaşılmak istenen amaca elverişli bir karar mı? Bu açılardan üzerinde durulması gerekir. Aynı hukuki rejim, orada olağanüstü hal yok.

şeklinde tepkisini dile getirmiştir.

Söz konusu İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesi kararının, İstanbul Üniversitesine bağlı fakülte binalarında asılarak ilan edilmesi üzerine, kanuni itiraz süresin içinde bazı öğrenciler avukatları vasıtasıyla karara itiraz etmiştir. Kararı veren mahkemece, kararın usul ve yasaya uygun olduğu, karara sadece mülki amirin itiraz edebileceği gerekçesiyle itirazın reddi kararı verilmiş olup, dosyanın itiraz mercii olan 12. Asliye Ceza Mahkemesine gönderildiği görülmektedir.

İtiraza ilişkin olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 13.1.2011 tarihli mütalaa-sında, özetle, mahkemece verilen kararın içeriğinde, önleme araması yapılacak yerin coğrafi genişliği ve yakın çevre tanımlamasının somut olmaması; kararın uygulama süresi, makul şüphe ve ölçülülük ilkelerine uygun olmaması, bu haliyle kararın Anayasanın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ilkesine, 2559 sayılı PVSK'nın 4771 sayılı Kanun ile değişik 9/2. maddesine, İHEB'in 12 ve AİHS'in 8. maddesindeki esaslarla birlikte, Adli ve Önleme Arama-ları Yönetmeliğinin genel esaslarına aykırı olması nedeniyle, İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesi kararının itirazın kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir.

İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesi kararında, öncelikle, önleme araması kararına karşı mülkî amir tarafından kanun yollarına başvurulabileceği yönündeki Sulh Ceza Mahkemesinin kararının, idarenin istemine aykırı olarak verilen kararlara karşı ola-

bileceğini; somut olayda idarenin istemine uygun olarak verilen kararın uygulanmasından doğrudan etkilenecek olan öğrencilerin kararı yasal süresinde temyiz ettiklerini, böylece itirazın usule uygun olduğunu belirterek, verilen kararı esastan incelemiştir. Burada Asliye Ceza Mahkemesi doğru bir tespitte bulunmuştur. Nitekim Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 20. maddesinde, önleme talebinin reddi halinde mülki amirin itirazı düzenlenmiştir. Kabule karşı itiraz ise genel hükümlere tabi olup CMK'nın 268. maddesi kapsamında yapılmalıdır.

İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesinin söz konusu önleme araması kararının iptaline dair esas hakkındaki kararında, konuya ilişkin kanun ve yönetmelik hükümlerine değindikten sonra,

Önleme aramasının ancak; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin tehlikelere karşı korunması (Anayasa m. 20, 21, 22), suç işlenmesinin önlenmesi (PYSK m. 9), taşınması ve bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti (AÖAY m. 19) nedenlerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararına göre yapılabileceği; Anayasanın 13. maddesinde de; temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

5271 Sayılı CMK'nın 116. maddesinde yer alan arama kararında yeterli kabul edilen makul şüphenin, 117. maddesinde açıklanan önleme aramasında yeterli olmadığı, önleme aramasında makul şüpheden öteye daha yoğun ve kuvvetli şüphe ve delil olabilecek nitelikte somut olayların varlığı aranmıştır. Yine,

AÖAY'nin 20 ve 25. maddelerindeki hâkimden karar almadan yapılabilecek aramalara ilişkin hükümler saklı tutularak; önleme aramalarında işlemin yapılacağı belirtilen umumî ve umuma açık yerlerde makul sebeplerin oluştuğunu ve milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin tehlikelere karşı korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması ve bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacının ortaya çıktığını ve tehlikenin olduğunu gösteren belirtilerin kolluk tarafından önceden tespit edilerek talep yazısına ekleneceği belirtilmiştir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde açıklanan önleme aramalarıyla ilgili sebeplerin Anayasada ve kanunlarda sayılanlardan daha fazla olduğu, sebeplerinin yönetmelikle genişletildiği konu ile ilgili önceki açıklamalardan anlaşılmaktadır. Burada temel hak ve özgürlüklerin, Anayasa ve kanunların aksine, yönetmelikle sınırlandırılması gibi bir uygulamanın da ortaya çıkabileceği görülse bile, hâkim tarafından Anayasaya, kanunlara, uluslararası sözleşmelere, temel hak ve özgürlüklere aykırı bir önleme araması kararı verilebileceği elbette düşünülemez.

Asliye Ceza Mahkemesi itiraza ilişkin kararını şu şekilde vermiştir:

İstanbul Üniversitesinde güvenliği tehdit edici faaliyetlerin neler olduğu talep yazısında ve itiraza konu kararda açıklanmamış; ortaya çıkan somut olgulara dayalı tehlike ve önlenmesi amaçlanan suçun ne olduğu belli olmadığı gibi, somut olguların ortaya konulduğunun da söylenemeyeceği, burada öngörülerin kabul edilemeyeceği, karara dayanak yapılamayacağı dikkate alınmalıdır.

İstanbul ilinde diğer illerdeki gibi halen olağan yürürlükteki rejimin uygulanmadığı, olağanüstü hal veya sıkıyönetim uygulamasının yapılmadığı, milli güvenlik ve kamu düzenini sarsıcı somut olayların belgelendirilemediği, genel

sağlık ve genel ahlakın korunmasını öngören herhangi bir duruma, somut olguya yer verilmediği anlaşılmaktadır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde önleme araması kararının süresine ilişkin bir sınırlama yer almamış olmasına karşın, arama kararlarının bir ay, altı ay veya bir yıl gibi keyfi süreler ile verilebileceği düşünülemez. Çünkü Anayasanın 13. maddesinin böyle bir keyfilığe engel teşkil ettiği görülmektedir. Önleme araması, özel hayatın gizliliği ilkesini etkileyen bir işlem sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle sınırlı ve ölçülü olmak zorundadır. Herhangi bir ceza soruşturması aşamasında bile şüphelilerin ev ve aracında bir defaya mahsus arama izni verilip, arama sınırlı ve belirli bir zamanda yapılırken, somut bir suçun şüphelisi olmayan sadece önleme aramasına maruz bırakılan kişiler hakkında bir yıl gibi uzunca sayılabilecek bir süre ile onların her halde aranabileceklerine ilişkin bir kararın verilmesi, hâkimin karar verme yetkisinin devri anlamına gelebileceği gibi, Anayasa ve yasaların özüne de uygun düşmeyecektir.

Bu nedenle somut bir suçun şüphelisi olmayan kişiler hakkında bir yıl süreli genel arama kararının, özel hayatın gizliliği ve masumiyet karinesini ihlal edeceği, Anayasanın 20, 21, 22. maddeleri ile AİHS'in 8. maddesine aykırılık teşkil edeceği unutulmamalıdır. Açıklanan nedenlerle itirazın kabulüne, İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 30.11.2010 tarih ve 2010/3368 değişik iş nolu önleme araması kararının iptaline karar verildi.

Söz konusu İstanbul 12. Asliye Ceza Mahkemesinin kararına, özellikle önleme aramasının süresi, uygulama alanındaki coğrafi belirsizlik, masumiyet karinesi; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ilkelerinin göz önünde bulundurulması yönünden bakıldığında katılmamak mümkün değil. Ancak önleme araması kararı verilirken, CMK'nın 117. maddesinin

göz önünde bulundurulmasının istenmesi, önleme aramasının genel olarak amacına uygun değildir. Önleme araması kararı verilmesinde, “makul şüpheden öteye daha yoğun ve kuvvetli şüphe ve delil olabilecek nitelikte somut olayların varlığının aranması...”, üçüncü kişilere karşı yapılan adli aramalarda söz konusudur.

b) Kandıra Sulh Ceza Mahkemesinin 21.01.2010 tarihli 2010/18 D. İş Nolu

kararı: Kandıra İlçe Jandarma Komutanlığının Kandıra Kaymakamlığına imzalanan 21.01.2010 tarihli yazısında,

İlçemizde meydana gelen evden hırsızlık olaylarında artış olması ve oto hırsızlığı, yankesicilik, yağma gibi suçların önlenmesi; suçlarla daha etkili ve sistemli bir şekilde mücadele edilmesi, suçluların ve suç unsurlarının tespiti ile milli güvenlik, kamu düzenini, genel sağlık ve ahlaki veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, kamu düzenini olumsuz yönde etkileyen ve tehdit eden bahse konu suçların önlenmesi, taşınması ve bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla;

22 Ocak 2010 günü saat 15:00–18:00 saatleri arasında Kandıra İlçe Jandarma Komutanlığın sorumluluk bölgesi olan Kandıra – İzmit karayolunun Dalca Köyü yol ayrımında kişilerin üstleri, araçları ve eşyalarında arama yapılabilmesi için önleme araması izninin verilmesi...

talep edildiği anlaşılmaktadır.

Kandıra Sulh Ceza Mahkemesi talebe ilişkin kararında, “arama için makul sebeplerin oluştuğuna ilişkin yeterli gerekçenin bulunmaması ve sair nedenlerle yerinde görülmeyen talebin reddine...” şeklinde karar vermiştir.

Kolluk biriminin önleme araması kararı talebinin temel gerekçesinde, “ilçede meydana gelen evden hırsızlık olaylarındaki artış ve oto hırsızlığı, yankesicilik, yağma gibi suçların önlenmesi” olduğu görülmektedir. Her ne kadar önleme araması tedbirinin uygulama nedenleri arasında “suç işlenmesinin önlenmesi” bulunsa da; hırsızlık suçunun önleme aramasıyla engellenmesi mümkün değildir. Asayiş ekiplerinin sayısının artırılması ve devriyelerin sıklaştırılmasıyla, masum kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmeden hırsızlık suçunun önlenmesi daha zararsız ve pratik bir çözüm yolu olur.

İncelediğimiz mahkeme kararlarından da görüldüğü üzere, uygulamacıların bir kısmı insan haklarının korunması konusunda hassasiyet gösterirken, bir kısmının da temel hak ve özgürlüklere yeterince önem vermediği anlaşılmaktadır.

SONUÇ VE GENEL DEĞERLENDİRME

İnsan hakları, kişinin sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu haklardır. Kişiler bu haklara devletlerin herhangi bir hukuksal düzenlemesine gerek olmadan sahip oldukları için, devlet öncesi var olan haklar olarak kabul edilirler. Pozitif temel haklar ise, bir devlet tarafından o devlette yaşayanlara tanınan haklardır. Dolayısıyla herhangi bir devletin, insan hakları alanında yapacağı düzenlemeler, insan haklarına aykırı olamaz. Devlet, insan haklarının hayatın her alanına nüfuz etmesi için gerekli şartları sağlamakla yükümlüdür. Ancak, insan haklarına saygının hâkim kılınması, sadece hukuksal düzenlemelerle mümkün değildir. İnsan haklarının bilincinde ve onları koruma kaygısında olmayan bir kamu görevlisi, dünyanın en medenî kabul edilebilecek kanunlarını uygularken bile ihlallere neden olabilmektedir. Temelinde, kişinin kendisine saygısıyla doğru orantılı olan insan haklarına saygı, insana tür olarak verdiğimiz değerın göstergesidir.

Birinci, ikinci ve üçüncü bölümde anlatıldığı gibi arama tedbiri, niteliği gereği ilgili kişilerin, temel hak ve özgürlüklerinden olan, özel hayatının gizliliğine ve konut dokunulmazlığına bir müdahale oluşturmaktadır. Devlet, anayasal organları eliyle milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, suç işlenmesinin önlenmesi için veya alınan bütün tedbirlere rağmen işlenmiş bir suçtan dolayı oluşan zarar ve tahribatın giderilmesi, suçun delil ve faillerinin belirlenmesi ve nihayetinde ceza yargılamasının yapılabilmesi için başvuracağı güvenlik tedbirlerinden biri olan adli ve önleme aramasının icrası ile insan hakları arasındaki dengeyi sağlamak zorundadır. Bu sebeple, başta Anayasa olmak üzere, Türk mevzuatının önemli bir parçası olan AİHS ile CMK, PVSK ve Adli ve Önleme

Araması Yönetmeliğinde, aramanın yapılması açısından belli şartlar öngörülerek bu dengenin sağlanmasına çalışılmıştır.

Anayasal güvence altında bulunan ve temel hak ve özgürlüklerden olan özel hayatın gizliliğinin, bu hakka sahip olan kişinin kendi rızası ile dahi ihlal edilemeyeceği belirlenmiştir. Buna göre, Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevler” kısmında yer verilen “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı hakkı” dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların “vazgeçilmez” niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde “kişinin rızasına” yer verilmemiştir.

Diğer taraftan, Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği, temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacağı belirtilmiştir.

İnsan haklarına saygı gösterilmesi ve Avrupa Birliğine uyum sürecinde, AIHS’in hükümleri ile AIHM’in içtihatları önemli bir yol gösterici ve ölçü olmaktadır. Tarafı olduğumuz AIHS’in hükümlerinin ve yargı yetkisini kabul ettiğimiz AIHM’in içtihatlarının, Türkiye’de de tam olarak yansımaları görmek bakımından yargıya önemli görevler düşmektedir. Bu itibarla, çoğu zaman yasal düzenlemelerde değişiklik yapılmasının bile beklenmesine gerek olmaksızın kanun hükmünde olan, hatta temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler bakımından ulusal mevzuatın üstünde olan AIHS hükümlerinin, bu hükümleri yorumlamakta nihai yetkiye sahip

olan AİHM'in içtihatları çerçevesinde değerlendirmek suretiyle yürürlükteki düzenlemeler yorumlanmalı ve uygulamaya yansıtılmalıdır.

Kamu görevlilerinin, karar alırken ve bu kararları uygularken, insan haklarına her aşamada uygun davranmalarını sağlamak için sadece yasal düzenlemeleri yapmak yeterli olmayacaktır. Yasal düzenlemelerin varlığı kadar, yasalara uyulmadığı takdirde yaptırımların uygulanması da bir o kadar önemlidir. Örneğin, Anayasanın 40. maddesinde düzenlenen, haksız işlemler sonucu devletin tazmin yükümlülüğünün gereği olarak devlet, haksızlığa uğrayan kişinin zararını tazmin etmekle yetinmemeli; tazminat miktarı kadar, haksızlığa neden olan kamu görevlisine de rücu etmelidir. Devletin rücu hakkının yasal dayanağı olmasına rağmen, bugüne kadar uygulandığına rastlanmamıştır. Bunun yanında, kamu görevlisinin görevinden dolayı ceza soruşturmasının yapılabilmesinin izne tabi olması ve çoğu zaman soruşturulma izninin de verilmediği düşünüldüğünde, haksız fiili işleyen kamu görevlisine karşı herhangi bir yaptırım uygulanamamaktadır. Dolayısıyla, hak ve özgürlüklerin daha etkin bir biçimde korunabilmesi için, haksız fiili işleyenle ilgili soruşturma yapılabilmesini engelleyen yasal dayanaklar ortadan kaldırılmalıdır.

İnsan haklarının korunması için kamu görevlilerinin, gerek meslek öncesi gerekse meslek içi eğitim programları ile bu konudaki hassasiyetleri artırılmalıdır. Bu eğitimler, bir devlet politikası olarak sistematik bir şekilde uygulandığı takdirde, hak ihlallerinin önüne geçme olasılığı daha yüksek olacaktır. Mevcut uygulamada ise kamu görevlileri, kişisel özverisi ile insan haklarına ilişkin çalışmalara katılarak bu konuda kendini geliştirmeye çalışmaktadır.

Ülkemizde adli kolluk teşkilatı kurulmadığı için, genel idarenin içerisinde yer alan polis ve jandarma adli kolluk olarak görev yapmaktadır. Bu durumun beraberinde

getirdiği bir takım sakıncalar bulunmaktadır. Öncelikli olarak adli kolluk görevlileri, bu görevi yerine getirme vasfına nitelik olarak sahip değiller. Genel idarenin içinde yer alan ve asıl görevleri suçların önlenmesi olan polis ve jandarma, adli kolluk olarak çalışırken, önleyemediği suçun bir an önce faillerinin bulunması için yasadışı yöntemlere başvurabilmektedir. Çünkü teşkilatlarının yapısı gereği, polis ve jandarma için önleyici hizmet, her zaman için adli görevden önceliklidir. Yasal olarak, idari yönden mülki amirlerin, adli yönden ise Cumhuriyet Başsavcılarının emrinde olan emniyet teşkilatıyla ilgili, bu teşkilattan sorumlu olan İçişleri Bakanlığının 2005 tarihli genelgesinde geçen bir cümle oldukça anlamlıdır. Bu genelgenin içeriğinde polis için, “...mülki amirlerin emrinde, Cumhuriyet Başsavcılarıyla yakın diyalog içinde çalışılması...” ibaresine yer verilmiş olması, adli kolluk olarak görev yapan polisin ne derece adli konular üzerinde titizlikle duracağıının belgesidir. Adam öldürme gibi yaşama hakkını ortadan kaldıran bir soruşturmada delil toplama ile ilgilenen bir diğer adli kolluk görevlisi sayılan jandarma için ise, bir generalin o an ilçeden geçecek olması, adli görevinden daha önemli bir durum arz etmektedir. Böyle bir sistemde, gerçek anlamda adli kolluk kurulmadığından, insan haklarının korunduğundan veya kollandığından söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, tamamen adli olaylarla ilgilenen ve sadece soruşturma ve yargılama makamlarına bağlı olan bir birim, yani adli kolluk, oluşturulmadıkça insan haklarının korunmasında sürekli olarak yetersiz kalınacaktır.

KAYNAKLAR

- Aksoy, Şemsettin (2007), *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara, Seçkin Yayınları
- Beydilli, Recep, "AİHS 8 ve 13. Maddeleri Çerçevesinde Konutlarda Arama ve Bilgisayar Anakartlarında(Cpu) El Koyma", Türk Hukuk Sitesi, (<http://www.turkhukuksitesi.com>)
- Batum, Süheyl (1993), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul, İÜHF Yayınları
- Canpolat, Can (2011), *Özel Hayatın Gizliliği ve AİHM Kararları Kapsamında Avukat Bürolarında Yapılan Aramaların İncelenmesi*, www.turkhukuksitesi.com
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide (2005), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınevi
- Çağlar, Bakır (1989), *Anayasa Bilimi*, İstanbul, BFS Yayınları
- Çınar, Doç.Dr. Ali Rıza (2004), "Hukuka Aykırı Kanıtlar", TBB Dergisi sayı 55 Kasım-Aralık
- Eryılmaz, M.Bedri (2003), *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Ankara, Seçkin Yayınevi
- Feridun Yenisey, Ayşe Nuhuğlu (2003), *İdris Güzel, Kolluk Yetkileri Güvenlik ve Hukuk*, İstanbul, Nergis Yayınları
- Gözübüyük, A.Şeref (1991), "Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Kimler, Kime Karşı Başvurabilir?", İnsan Hakları Yıllığı, TODAİ Yayınları
- İnceoğlu, Sibel (2005), *AİHM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, Beta Yayınları
- Kaboğlu, İbrahim (2002), *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul, İmge Yayınları
- Kaymaz, Seydi (1997), *Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Ankara, Seçkin Yayınları
- Kuçuradi, İoanna (2007), *İnsan Hakları, Kavramları ve Sorunları*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu
- Kuçuradi, İoanna (2009), *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, 2. Bası, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu
- Kunter, Yenisey, Nuhuğlu (2006), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Arıkan Yayınları
- Optican Scoot (2006), *Mukayeseli Hukukta Arama*, çev. Feridun Yenisey, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları
- Özbek, Veli Özer (1999), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara, Seçkin Yayınları

- Özbek, Veli Özer (2005), *CMK İzmir Şerhi: Yeni CMK'nın Anlamı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık
- Özdemir, Kenan (2001), *Bireysel Hayatın Korunması*, İnsan Hakları Bilgi Bankası, www.İnhak-bb.adalet.gov.tr
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R./Özbek, Veli Özer (2000), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi
- Öztürk, Bahri (2010), *Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku, Yeni CMK*, www.ceza-bb.adalet.gov.tr
- Öztürk, Bahri (1991), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)*, İzmir, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi
- Öztürk, Bahri, Erdem, M. Ruhan (2006), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları
- Sezer, A. Necdet (2010), *Mevzuat Dergisi* web sayfası, www.mevzuatdergisi.com
- Şahin, İlyas (2004), *Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma*, Ankara, Seçkin Yayınları
- Şen, Ersan (1996), *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları
- Ünal, Şeref (2001), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, Ankara, TBMM Kültür ve Sanat Yayınları
- Yenerer, Özlem (1996), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı*, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi
- 28/12/2010 tarihli Radikal Gazetesi, www.radikal.com.tr
- T.C.1982 Anayasası
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
- 1934 tarihli 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
- 01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği

