

PAPER DETAILS

TITLE: ÜST VE ESYA ARAMASINA ILISKIN DÜZENLEMELERIN ANAYASA'YA UYGUNLUGU

AUTHORS: Ahmet KILIÇ

PAGES: 403-420

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3468380>

ÜST VE EŞYA ARAMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

Constitutionality of the Legislation About Body and Belongings Search

Ahmet KILIÇ*

Özet

Anayasa m. 20'de kişinin üstünün ve eşyalarının aranabilmesi için hâkim kararının veya kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emrinin olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu şart için söz konusu maddede bir istisna öngörülmemiştir. Buna rağmen kanun ve yönetmeliklerde arama için hâkim kararının veya kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emrinin gerekli olmadığı hâller düzenlenmektedir. Ayrıca saklı bir şeyi bulmayı amaçlayan bazı yüzeysel işlemlerin arama işlemi olup olmadığı tartışma konusu olmaktadır. Bu noktada söz konusu hâllerin Anayasa'ya uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Çalışmamızda öncelikle üst ve eşya aramasının kapsamı tespit edilmiş, ardından ilgili hükümlerin Anayasa'ya uygunluğu değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme sonucunda hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri olmaksızın üst veya eşya aramasına imkan tanıyan çeşitli hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca Anayasa m. 20/2'nin yerindeliği irdelenerek bu hükmün değiştirilmesi gerektiği savunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Arama, Kaba Üst Araması, Normlar Hiyerarşisi, Orantılılık.

Abstract

Article 20 of the Constitution of The Republic of Türkiye stipulates a judge's decision or a written order of an agency authorized by law to search a person's body and belongings. There is no exception specified in the article. However, there are some laws and regulations that allow body or belongings search without a judge's decision or a written order. In addition, it is a matter of debate whether some superficial methods aimed at finding something hidden are a search. At this point, the question of whether these regulations are constitutional arises. In our study, firstly, the scope of body and belongings search is determined, and then the constitutionality of the relevant provisions is evaluated. As a result of this evaluation, it is concluded that various provisions allowing body or belongings searches without a judge's decision or a written order of the authority authorized by law are unconstitutional. In addition, expediency of Article 20/2 of the Constitution is examined in the study, and it is argued that the article should be changed.

Keywords: Search, Superficial Body Search, Hierarchy of Norms, Proportionality.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 02.08.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 28.09.2023

* Arş. Gör. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, a.kilic@aybu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4774-4985>.

GİRİŞ

Arama, saklı birini veya bir şeyi bulmak için yapılan araştırma ve yoklama faaliyetidir. Bu faaliyet, canlı veya cansız araçlar kullanılarak icra edilebilir. Bu nedenle dedektör veya köpekle yapılan inceleme de arama niteliğini haiz olabilir¹. Ancak; açıktaki bir şeyin alınması veya tespit edilmesi arama olarak değerlendirilemez². Çeşitli şekillerde tasniflendirilen arama, temel olarak adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılır³. Adli arama, suç şüphesi altında bulunan kişinin yakalanması ve bir delilin ya da müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla bir kimsenin üzerinde veya çeşitli yerlerde yapılan araştırma işlemidir⁴. Suç iddiasıyla bağlantılı olan adli arama, bir koruma tedbiridir ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)⁵ m. 116 ve devamında düzenlenmektedir. Önleme araması (idari arama), suç işlenmesinin veya bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yine bir kimsenin üzerinde veya çeşitli yerlerde yapılan aramayı ifade eder⁶. Önleme aramasına ilişkin esas düzenleme ise Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK)⁷ m. 9'da yer almaktadır.

Yapıldığı yere göre aramayı; üstte, eşyada, konutta ve benzeri şekilde alt başlıklara ayırmak mümkündür. Çalışmamızda üst ve eşya aramasıyla sınırlı değerlendirme yapılacaktır. Üstte arama; kişinin giymekte olduğu elbisenin üzerinde veya altında, ciltte ya da doğal vücut boşluklarında tıbbi araç kullanılmaksızın yapılan gizli bir şeyi ortaya çıkarmaya yönelik araştırma işlemidir⁸. Bu işlemin sınırını beden muayenesi oluşturur. Kişinin üzerinde yapılan araştırma işlemi iç veya dış beden muayenesi boyutuna varamaz⁹. Bu tür bir incelemeye ihtiyaç duyulması

- ¹ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 430; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II* (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 843; Muhammed Demirel, 'Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama' (2021) 16(45) *Ceza Hukuku Dergisi* 33, 38.
- ² Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 295; Ünver ve Hakeri (n 1) 843.
- ³ Bu ayırımın aramanın amacına dayandığı ifade edilmektedir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 299; Demirel (n 1) 38. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) m. 5'te adli aramanın, m. 19'da ise önleme aramasının amaçlarına yer verilmiştir. Ayrıca bu ayırımın aramanın hukuki niteliğini de ortaya koyduğu ifade edilmektedir. (Resmî Gazete: 01.06.2005 tarih ve 25832 sayı.)
- ⁴ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 341; Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 506.
- ⁵ Resmî Gazete: 17.12.2004 tarih ve 25673 sayı.
- ⁶ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (21. Baskı, Beta Yayıncılık 2022) 455.
- ⁷ Resmî Gazete: 14.07.1934 tarih ve 2751 sayı.
- ⁸ Murat Önok, 'Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar' iç Nur Centel (ed) *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 266; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 687; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 1) 437; Şahin ve Göktürk (n 4) 343; Demirel (n 1) 62.
- ⁹ Serap Keskin-Kızıroğlu, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)' (2009) 58(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 139, 146; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5. Baskı,

hâlinde beden muayenesine ilişkin hükümlere başvurulması gerekir. Ancak cinsel organlar ve anüs bölgesi de dahil olmak üzere kişinin çıplak vücudunda muayene boyutuna varmamak şartıyla üst araması yapılabilir¹⁰.

Eşyada arama, giyilmemiş kıyafetler de dahil olmak üzere, kişinin zilyetliğinde bulunan her türlü taşınabilir malda yapılan gizli bir şeyi ortaya çıkarmaya yönelik araştırma işlemidir¹¹. Çantada veya otomobilde yapılan arama, eşyada aramaya örnek teşkil eder. Ancak ilgili eşyanın konutta veya işyerinde olması hâlinde konutta veya işyerinde aramaya ilişkin hükümler uygulanır¹².

Çalışmamızda cevabını aradığımız temel soru bakımından önem arz eden husus, aramanın ne şekilde alt başlıklara ayrıldığından ziyade hangi işlemlerin arama olarak nitelendirileceğidir. Zira hukuki niteliğe göre yapılan ayırım, önleme araması-adli arama ayırımıdır ve aramanın bu iki görünüm biçimi de Anayasa¹³ m. 20'nin kapsamına dâhildir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa m. 20 için "*sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir*" değerlendirmesini yapmıştır¹⁴. Yine Anayasa Mahkemesi, önleme aramasına ilişkin bir hükmün Anayasa m. 20 ile çeliştiğinden bahisle iptaline karar vermiş ve Anayasa m. 20'nin önleme aramasını da kapsadığını kabul etmiştir¹⁵.

Tartışılması gereken esas konu, yüzeysel işlemlerin arama kapsamında olup olmadığıdır. Bu husustaki kanuni düzenlemelerin başında CMK m. 90/4'teki¹⁶ yakalanan kişinin kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri alma işlemi ile PVSK m. 4/A/6'daki elbisenin çıkarılması veya aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenmeksizin kişinin kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alma işlemi gelir. CMK m. 90/4'teki hükmün ne şekilde icra edileceği AÖAY m. 8/1-b'de¹⁷ düzenlenmiştir. PVSK m. 4/A/6'nın ne şekilde icra edileceği ise AÖAY

Seçkin Yayıncılık 2022) 155.

¹⁰ Çiler Damla Bayraktar, 'Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar' (2021) (67) Adalet Dergisi 205, 209; Berrin Akbulut, 'Dış Beden Muayenesi' (2016) 7(27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 83, 95; Faruk Turhan, 'Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)' Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008) 1036. Aksi yönde görüş için bkz. Demirel (n 1) 62.

¹¹ Yeşim Yılmaz, 'Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama' (2016) (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 247, 277; Şahin ve Göktürk (n 4) 343.

¹² Öztürk vd. (n 4) 502; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 1) 513; Demirel (n 1) 65.

¹³ Resmi Gazete: 09.11.1982 tarih ve 17863 sayı.

¹⁴ AYM, 27.07.2006, E. 2003/29, K. 2006/24.

¹⁵ AYM, 04.05.2017, E. 2015/41, K. 2017/98.

¹⁶ Aynı yönde bir hüküm PVSK m. 13/3'te de yer almaktadır.

¹⁷ AÖAY m. 8 şu şekildedir: "Aşağıdaki hâllerde ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmaz:
b) Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan

m. 27'de yer almaktadır. Buna göre durdurulan kişi üzerinde yoklama biçiminde kontrol yapılacaktır. Belli hâllerde ise yoklamanın daha ayrıntılı bir aramaya dönüştürülmesi mümkündür. Örneğin, kişinin üzerinde silah veya uyuşturucu madde olduğundan şüphelenildiği hâllerde yüzeysel aramanın derinleştirilebileceği kabul edilmiştir (AÖAY m. 27/6-a-f).

Doktrinde, söz konusu yüzeysel işlemlerden en azından birinin arama işlemi niteliğinde olmadığı ifade edilmektedir¹⁸. Bu görüş, yüzeysel işlemlerin belli bir ağırlığa ulaşmadığı gerekçesine dayanır. Yargıtayın da katıldığı bu görüşe göre yakalanan kişinin üzerinde CMK m. 90/4 gereği kaba üst araması yapılabilir ve yoklama biçimindeki bu işlem arama niteliğinde değildir¹⁹. Yine Yargıtay, PVSK m. 4/A'ya göre yoklama biçiminde önleyici tedbire başvurulabileceğini ancak bunun da arama niteliğinde olmadığını ifade etmektedir²⁰. Anayasa Mahkemesi de kaba arama, yoklama, sıvazlama veya elle kontrol işlemlerinin arama niteliğinde olmadığını; bu işlemlerin amaç, kapsam ve süre itibarıyla aramaya göre daha sınırlı bir uygulanmaya imkân tanıyan tedbirler olduğunu kabul etmektedir²¹. Kanaatimizce ise bu işlemler arama niteliğindedir²². Arama, özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına müdahale eder. Aynı şeyi ifade ettiğini düşündüğümüz kaba üst araması, yoklama ve sıvazlama faaliyetleri²³ kişinin üzerinde olabileceği düşünülen gizli bir şeyi bulmayı amaçlar. Özellikle yüzeysel inceleme esnasında

yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemi yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında". Benzer bir düzenleme Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 6/2'de yer almaktadır: "Yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılarak, silah ve bunun gibi unsurlardan arındırılması sağlanır."

¹⁸ Cumhuriyet Şahin, 'Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' Yargıtay Dergisi (2018) 44(3) 433, 437-443; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Beta Yayıncılık 2010) 1054; Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, *Ceza Muhakemesi Kanunu 1. Cilt* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 859; Gülşin Ayhan Aygörmüş, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 203; Ünver ve Hakeri (n 1) 843; Önok (n 8) 261; Demirel (n 1) 37.

¹⁹ Yargıtay CGK, 25.09.2018, E. 2016/569, K. 2018/376; Yargıtay CGK, 24.01.2019, E. 2016/380, K. 2019/52.

²⁰ Yargıtay CGK, 25.09.2018, E. 2016/569, K. 2018/376; Yargıtay CGK, 24.01.2019, E. 2016/380, K. 2019/52.

²¹ AYM, 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86, § 80; AYM, 22.03.2023, E.2020/59, K.2023/53, § 127 vd.

²² Aynı yönde bkz. Hakan Serdar Çöpoğlu, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi' (2019) 77(1) Ankara Barosu Dergisi 155, 195 vd.

²³ Yönetmeliklerde yer alan kaba üst araması ifadesinin aramaya ilişkin kanuni düzenlemelerin dolandırılması anlamına geldiğini, kişinin üstünün kontrolünün zorunlu olduğu haller için yoklama ifadesine yer verilmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 237. Bu görüş, yoklamanın arama niteliğinde olmadığını kabul etmektedir. Yine kıyafetlerin sıvazlanarak silah kontrolü yapılmasının arama niteliğinde olmadığını savunan benzer yöndeki görüş için bkz. Demirel (n 1) 37.

şüpheli bir durumla karşılaşılması incelemenin derinleştirilmesini gerektirmektedir. Bu durum yönetmelikte de hüküm altına alınmıştır (AÖAY m. 27/6-a-f). Dolayısıyla yüzeysel işlemler ile ayrıntılı arama arasında amaç birliği olduğu söylenebilir. Ayrıca her ne kadar muhatabın kıyafetlerini çıkarması istenemeyecek olsa da ayrıntılı bir arama ile yüzeysel arama arasında kesin bir sınır çizilemez²⁴. Örneğin, muhatabın üzerinde tabanca gibi büyük bir eşyanın arandığı hâllerde yüzeysel arama ile ayrıntılı arama arasında bir farkın olmadığı söylenebilir. Yine silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu ile ilgili yeterli şüpheye dayanması gereken PVSK m. 4/A gereği yapılan yoklama işlemi sonucunda kişinin üzerinde ve poşet içinde az miktarda uyuşturucu madde bulunması, Yargıtay tarafından hukuka uygun kabul edilmektedir²⁵. Bu kabul, söz konusu yüzeysel yöntemler ile ayrıntılı arama arasındaki sınırı belirsiz hâle getirmektedir²⁶. Zira ayrıntılı arama ile elde edilebilecek delil de bundan ibarettir. Kolluğun ayrıntılı bir aramayı kaba üst araması olarak belgelendirmesi de mümkündür. Dolayısıyla kişi üzerinde icra edilen araştırma faaliyeti yüzeysel bile olsa özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil eder. Bu nedenlerle söz konusu faaliyetlerin arama olarak kabul edilmesi ve bu faaliyetler bakımından da Anayasa m. 20/2’de arama için öngörülen şartların sağlanması gerekir²⁷. Bu açıklamalar, yüzeysel işlemlerin eşyaya yönelik olduğu hâller için de geçerlidir. Yine buradan hareketle aramanın yüzeysel arama (kaba arama, yoklama) ve ayrıntılı arama şeklinde ikiye ayrıldığı, aramaya ilişkin genel düzenlemelerin her iki işlemi de kapsadığı söylenebilir.

I. ANAYASA M. 20’YE GÖRE ARAMA

Soyut ve genel nitelikte olmayan Anayasa m. 20²⁸, bir anayasa hükmünde olması gereken ayrıntıları içermektedir. Adeta bir CMK hükmü olan bu düzenleme,

²⁴ Kaba üst aramasının ayrıntılı üst aramasından nasıl ayrılacağı hususunun eleştiriye açık olduğu yönündeki görüş için bkz. Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç (n 9) 150.

²⁵ Yargıtay CGK, 16.05.2019, E. 2016/732, K. 2019/439.

²⁶ Ancak Yargıtayın bu sınırı tamamen kaldırmadığı da ifade edilmelidir. Mahkemeye göre kaba üst aramasıyla bulunamayacak bir yere saklanan eşyalar için suçüstü hâli olmadıkça arama kararı gerekir. Bkz. Yargıtay CGK, 18.06.2019, E. 2017/981, K. 2019/484; Yargıtay CGK, 06.05.2021, E. 2019/329, K. 2021/208; Yargıtay CGK, 16.09.2021, E. 2019/96, K. 2021/401; Yargıtay 10. CD, 10.01.2022, E. 2020/15540, K. 2022/33. Yine Mahkeme, karar olmaksızın üzeri yoklanarak kontrol edilen sanığın yanında bulunan cep telefonu kutusunda arama yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Somut olaydaki arama işleminin yoklama kapsamında kalmadığı ve gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun olmadığı ifade edilmiş, böylece yüzeysel üst araması sınırlandırılmıştır. Bkz. Yargıtay CGK, 21.09.2021, E. 2019/342, K. 2021/414.

²⁷ Benzer yönde görüş için bkz. Ali Kemal Yıldız, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma’ (2006) 14(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131, 174; Ersan Şen, ‘Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması’ (2013) (2) Ankara Barosu Dergisi 335, 338.

²⁸ Anayasa m. 20: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga üçüncü cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)

hukuka aykırı uygulamalara tepki olarak 2001 yılında yapılan değişikliklerle bugünkü hâlini almıştır²⁹. Bu hükme göre kişinin üstü, özel kâğıtları veya eşyasının aranabilmesi için -kural olarak- hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri gerekir³⁰. Söz konusu karar veya yazılı emir; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olmak zorundadır. Bu düzenlemeye göre hâkim kararı ya da kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri olmadan ne adli arama ne de önleme araması yapılabilir. Aksi hâlde doğrudan uygulanabilme kabiliyeti olan³¹ Anayasa m. 20/2 ihlal edilmiş olur³².

Arama kararı veya yazılı arama emri şartı bu temel hak bakımından özel olarak ihdas edildiği için bu şartın Anayasa m. 13'e dayanılarak kanunla sınırlandırılması mümkün değildir. Anayasa m. 13 temel hak ve özgürlüklerin genel anlamda nasıl sınırlandırılacağını düzenlemektedir. Buna göre temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmayacak şekilde Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve sadece kanunla sınırlandırılabilir. Ayrıca bu sınırlama Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine, laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Bu temel hak bakımından kanunla yapılabilecek düzenlemelerin başında, arama kararına gerekçe olabilecek hâlleri somutlaştırmak gelir. Bunlar ise milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması-

(Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili mercinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”. Anayasa m. 20'nin eski hali: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adil soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan mercinin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.”.

²⁹ Şahin (n 18) 437.

³⁰ Çalışmamızın muhtelif yerinde bu şart için kısaca karar ifadesi kullanılacaktır.

³¹ Öztürk vd. (n 4) 511.

³² Bu yönde görüş için bkz. Kemal Gözler, ‘3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği’ (2002) 18(1) Anayasa Yargısı, 18.

dır. Yine arama kararı veya yazılı emrin nasıl verileceği, yazılı emri hangi hâllerde hangi mercinin vereceği kanunla düzenlenebilir. Hâkim kararı veya yazılı emir ise özel hayatın gizliliği bakımından açıkça öngörölmüş özel bir sınırlama nedenidir. Yetkili mercinin kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması şartının kanunla sınırlandırılmayacağı meselesinde olduğu gibi³³ hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkilendirilmiş mercinin yazılı emri şartının kanunla kaldırılması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, kanun aracılığıyla kararın gerekli olmadığı arama hâlleri kategorisi oluşturmak mümkün değildir. Aksi hâlde kanunla yapılan sınırlandırma Anayasa'nın sözüne aykırı olur³⁴.

II. KANUN VE YÖNETMELİKLERDEKİ DÜZENLEMELER

Herhangi bir karara gerek olmaksızın hem arama kapsamında kaldığını savunduğumuz yüzeysel arama yapılmasına hem de ayrıntılı arama yapılmasına izin veren çeşitli hükümler kanunlarda ve yönetmeliklerde yer almaktadır. CMK m. 90/4, karar alınmadan arama yapılabilmesine imkân tanıyan CMK'daki tek hükümdür³⁵. Bunun yanı sıra çeşitli kanunlarda hâkim kararı veya yetkili mercinin yazılı emri olmaksızın arama yapılabilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin PYSK m. 9/7'de³⁶, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Hizmetleri Hakkında Kanun m. 9/5'te³⁷, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 9/2-3'te³⁸, Türk

³³ Anayasa Mahkemesi de yetkili mercinin kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmasına yönelik Anayasa m. 20/2'deki güvencenin kanuni düzenlenmelerde yer almamasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Bkz. AYM, 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86. Bkz. Oğuzhan Sapan, 'Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı veya Kolluk Amiri Tarafından Verilen Adli Arama Kararının Hâkim Onayına Sunulması' (2022) 8(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93, 94 vd.

³⁴ Bkz. AYM, 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86, § 74 vd.

³⁵ Çöpoğlu (n 22) 193; Yılmaz (n 11) 267. Söz konusu hâllerde zorunluluk hâlinin olduğu ve arama kararı veya emrinin aranmasının eşyanın doğasına aykırı düşeceği ifade edilmiştir. Bkz. Keskin-Kızıroğlu (n 9) 154. Tutuklama kararının, zorla getirme kararının ve hükümlüye ilişkin yakalama emrinin üstü kapalı arama kararı niteliğinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 425.

³⁶ "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."

³⁷ "Sınav güvenliğinin sağlanması amacıyla, genel kolluk görevlileri ile bunların gözetiminde olmak üzere özel güvenlik görevlileri, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, adayların ve sınavın yapıldığı binaya girme hakkına sahip olan diğer kişilerin üstünü ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir." (Resmî Gazete: 03.03.2011 tarih ve 27863 sayı.)

³⁸ "(2) Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.

Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 56/B'de³⁹ hâkim kararı veya yetkili mer-
cinin yazılı emri olmaksızın arama yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Yine
AÖAY m. 8'de karar olmaksızın arama yapılabilecek hâller sayılmıştır⁴⁰.

Görüldüğü üzere hem kanunlarla hem de AÖAY ile Anayasa m. 20/2'de öngö-
rülen karar şartına istisna getirilmiştir. Bu yöndeki hükümlerden bazıları Anayasa

(3) Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden
girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları
yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları
aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.” (Resmî Gazete:
31.03.2007 tarih ve 26479 sayı.)

³⁹ “Özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, asker kişiler dâhil askerî mahallere girmek veya
çıkma isteyenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri, duyarlı kapının
ikaz vermesi hâlinde, metal dedektörle kontrol edilir; eşyaları teknik cihazlardan ve güvenlik
sistemlerinden geçirilir; aracı, teknik cihazlarla, (İptal ibare: Anayasa Mahkemesi'nin 30/6/2022
tarihli ve E.: 2018/137, K.: 2022/86 sayılı Kararı ile.) kontrol edilir. Şüphe hâlinde veya bu
cihazların bulunmadığı yerlerde, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, kontrol elle
yapılabilir. Teknik cihazların ikazının sürmesi hâlinde, bu kişiler ancak elle kontrolü kabul ettikleri
takdirde askerî mahallere girebilirler.” (Anayasa Mahkemesi'nin 30/6/2022 tarihli ve E.: 2018/137,
K.: 2022/86 sayılı Kararı ile bu fıkranın üçüncü ve dördüncü cümleleri, ikinci cümlede yer alan
“aracı” ibaresi yönünden iptal edilmiştir.” (Resmî Gazete: 09.01.1961 tarih ve 10702 sayı.)

⁴⁰ Madde 8: “Aşağıdaki hâllerde ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmaz:

- a) Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile
hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, ~~yakalanması amacıyla~~
konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada,
- 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) (Değişik: RG-29/4/2016-29698) 1) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 uncu
maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya
sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü
amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında,
- 2) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında
Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve
geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili
memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının
aranmasında,
- f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini
yerine getirme, 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26 ncı maddesindeki
hakkın kullanılması ve ~~hiçbirinin rızası ile~~ diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri
ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi
ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri
ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için.” (Üstü çizili kısımlar Danıştay Onuncu Dairesinin
13/3/2007 tarihli ve E. 2005/6392, K. 2007/948 sayılı kararı ile iptal edilmiştir, yapılan temyiz
sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E. 2007/2257, K. 2012/1117
sayılı kararı ile iptal kararı onanmıştır.).

Mahkemesi ve Danıştay tarafından iptal edilmiş olmasına rağmen karar aranmaksızın arama yapılabilecek hâller hâlen kategorik olarak kabul edilmektedir. İptal kararlarının ise bu kategoriyi gereğinden fazla genişleten hükümlere ilişkin olduğu söylenebilir.

Karar olmaksızın aramaya imkân tanıyan hükümlerin temel olarak ikiye ayrıldığı söylenebilir. Bu hükümler öncelikle olağan durumlara ilişkindir. Bu hâllerde kişiye özgü şartlardan söz edilemez. Benzer durumda çok sayıda kişi olabilir ve bu kişilerin tamamının ilgili olağan durumun gerektirdiği ölçüde aranması gerekir. Bu hâllerde arama, yapılan işin ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Kararın aranmayacağı kabul edilen hâllerin çoğu bu kapsamdadır. Gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konmadan önce aranması, polisin güvenliğini sağladığı binaya gelenleri araması, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı (ÖSYM) tarafından yapılan sınava giren adayların üstlerinin aranması bu duruma örnek teşkil eder. Kararın gerekli olmadığı kabul edilen bir diğer durum ise ani gelişen hâllerdir. Bu hâllerde arama kararının beklenmesi aramayla ulaşılmak istenen menfaati imkânsız kılabılır ya da bir tehlikenin zarara dönüşmesine neden olabilir. Örneğin, suçüstü hâlinde yazılı arama emrinin beklenmesi delillerin kaybolmasına sebep olabilir.

III. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER VE YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

Doktrinde arama kararı veya yazılı emir olmaksızın kişinin üstünde veya eşyasında arama yapılmasına izin veren hükümlere ilişkin farklı görüşler vardır. Öncelikle arama kapsamında olduğunu savunduğumuz kaba üst araması, yoklama veya sıvazlama yöntemlerinin arama olmadığını savunan görüş, bu yüzeysel aramaların Anayasa m. 20/2 kapsamında da olmadığını ve dolayısıyla bunlar için kararın gerekli olmadığını kabul etmektedir⁴¹. Bu görüş kendi içinde tutarlıdır. Zira arama olarak değerlendirilemeyecek işlemler için aramaya ilişkin Anayasa hükmünün uygulanmayacağı açıktır.

Aramaya ilişkin hükümlerin Anayasa'ya uygunluğu meselesi kaba üst araması, yoklama veya sıvazlama yöntemlerinin arama olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusundan ibaret değildir. Bizim arama olarak kabul ettiğimiz bu yöntemlerin yanı sıra çeşitli hâllerde karar olmaksızın arama yapılabileceği kanun ve yönetmeliklerde kabul edilmiştir. Bu hususa ilişkin doktrindeki görüşler üçe ayrılabilir. Önleme araması bağlamında ileri sürülmüş olmasına rağmen adli arama için de geçerli kabul edilebilecek bir görüşe göre Anayasa'nın mezkûr hükmü, karar olmaksızın soyut tehlikeye dayalı sürekli aramalara imkân tanımaz. Bu nedenle karar şartını kaldıran düzenlemeler Anayasa'ya aykırıdır⁴². Diğer görüşe göre bu husustaki sorun, karara gerek olmayan hâllerin kanunla değil, yönetme-

⁴¹ Şahin (n 18) 442; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 2) 237. Bu görüşü kabul eden Anayasa Mahkemesi, yüzeysel işlemleri Anayasa m. 20/1 kapsamında ele almaktadır.

⁴² Centel ve Zafer (n 6) 466.

likle düzenlenmesidir⁴³. Anayasa m. 13'e dayanan bu görüş⁴⁴, Anayasa'daki karar şartının kaldırılmasının temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiğini ifade etmekte ve bunun ancak kanunla düzenlenebileceğini savunmaktadır. Üçüncü görüş ise mevcut düzenlemelerin yerinde olduğunu ifade etmekte, Anayasa m. 20'nin karar olmaksızın arama yapma yetkisini tamamen ortadan kaldırmadığını savunmaktadır⁴⁵. Ayrıca bazı yazarların bu hususta Anayasa'ya aykırılık değerlendirmesi yapmadığı da ifade edilmelidir.

Yargıtaya göre yukarıda da belirtildiği üzere, kaba üst araması veya yoklama işlemleri arama niteliğini haiz değildir ve bunlar için karara gerek yoktur. Yine mahkemeye göre kolluk; olayın özelliğinden, kanun hükmünün verdiği arama yetkisinden veya arama emri almaya imkân bulunmaması nedenlerinden birine dayanarak arama yapılabilir⁴⁶. Bu durumun suçüstü hâliyle ilişkilendirildiği de ifade edilmelidir. Ayrıca Yargıtay, aramanın gizlenmiş bir şeyi bulmaya yönelik olduğunu kabul ederek PVSK m. 4/A kapsamında gerekli işlemler tesis edilirken gizli olmayan eşyanın tespit edildiği veya eşyanın muhatap tarafından teslim edildiği hâllerde arama işleminin olmadığını, dolayısıyla kararın gerekli olmadığını kabul etmektedir⁴⁷. Ancak Yargıtayın söz konusu içtihadında kararın gerekli olmadığını açıklamak için çok sayıda kanun ve yönetmelik maddesine atıf yaptığı da ifade edilmelidir. Özetle Yargıtayın arama için karara gerekli olmayan hâlleri dar yorumlamadığı söylenebilir.

IV. AİHS'DEKİ DÜZENLEME VE AİHM'İN YAKLAŞIMI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); üst ve eşya aramasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlığını taşıyan 8. maddesi⁴⁸ kapsamında ele almakta, kişinin üstünü veya eşyalarını ara-

⁴³ Şemsettin Aksoy, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama (Seçkin Yayıncılık 2007) 79; Recep Gülşen, 'Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksiniminden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller' (2010) 2(9) Fasikül Hukuk Dergisi 16, 22; Öztürk vd. (n 4) 510; Yılmaz (n 11) 269; Gökçen, Balci, Alşahin ve Çakır (n 1) 434; Çöpoğlu (n 22) 199; Şahin (n 18) 441 vd.

⁴⁴ Bkz. Şahin (n 18) 442.

⁴⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 35) 1034-1068 vd. Karar olmaksızın aramaya imkân tanıyan AÖAY'nin kanuna aykırı olmadığı yönündeki görüş için bkz. Yaşar ve Otacı (n 18) 861.

⁴⁶ Yargıtay CGK, 18.10.2016, E. 2016/57, K. 2016/374; Yargıtay CGK, 24.01.2019, E. 2016/236, K. 2019/55.

⁴⁷ Yargıtay CGK, 02.05.2019, E. 2016/459, K. 2019/370.

⁴⁸ Madde 8: "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

manın özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil edeceğini kabul etmektedir⁴⁹. Çalışmamız bakımından önem arz eden temel husus, AİHM'nin hâkim kararı veya kanunen yetkili kılınmış mercinin yazılı arama emri olmaksızın yapılan aramalar nedeniyle hak ihlali kararı verip vermediğidir.

AİHM, herhangi bir zamanda muhatabın vazgeçme imkânı olmaksızın kamu gücü kullanılarak yapılan arama işlemleri ile muhatabın tercih imkânının olduğu, rıza gösterdiğinin kabul edilebileceği havaalanı ve benzeri yerler ile kamu binalarına girişlerde yapılan aramaları birbirinden ayırmakta; esas olarak birinci ihtimali AİHS m. 8 kapsamında değerlendirmektedir⁵⁰. Ayrıca Mahkeme, üst ve eşya aramasının özel hayata saygı hakkına müdahale niteliği taşıması için ayrıntılı olması gerektiğini ifade etmektedir⁵¹. Buna göre yüzeysel aramalar bu kapsamda değerlendirilmemekte ancak detaylı arama tüm eşyaların en ince ayrıntısına kadar incelenmesi şeklinde yorumlanmamaktadır⁵². Yine Mahkeme, haklı gerekçeler ortaya koyulabildiği sürece bazı acil durumlarda ani bir üst aramasının yapılabileceğini de kabul etmektedir⁵³.

AİHM'ye göre aramanın haklı görülebilmesi için kanunda öngörülmüş olması, AİHS m. 8/2 sayılan amaçlardan birine yönelik olması ve mevzubahis amaca ulaşmak için aramanın demokratik bir toplumda gerekli olması şartlarının sağlanması gerekir⁵⁴. Bu noktada aramanın kanunda öngörülmüş olması şartının irdelenmesi gerekir. AİHM şekli anlamda değil, maddi anlamda kanunu esas almaktadır⁵⁵. Kanunda öngörülmüş olmak hem iç hukukta bir temelin olmasını hem de bunun hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşır olmasını ifade eder. Bu nedenle iç hukukta ilgili düzenlemenin erişilebilir ve gerektiğinde uygun bir tavsiyeyle kişinin

⁴⁹ AİHM, Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 12.01.2010, B. No: 4158/05; AİHM, Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya, 17.01.2017, B. No: 27153/07. Anayasa Mahkemesi, hukuka aykırı şekilde üst araması yapıldığına ilişkin şikâyetleri özel hayata saygı hakkı çerçevesinde, Anayasa m. 17/1'de düzenlenen maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelemektedir. Bkz. AYM, Hüseyin Ali Kudret, 18.05.2021, B. No: 2018/6578.

⁵⁰ AİHM, Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 12.01.2010, B. No: 4158/05; AİHM, Bengal/Birleşik Krallık, 28.02.2019, B. No: 4755/16; AİHM, Ivashchenko/Rusya, 13.02.2018, B. No: 61064/10.

⁵¹ AİHM, Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 12.01.2010, B. No: 4158/05; AİHM, Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya, 17.01.2017, B. No: 27153/07.

⁵² AİHM, Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 12.01.2010, B. No: 4158/05; AİHM, Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya, 17.01.2017, B. No: 27153/07; AİHM, Vig/Macaristan, 14.01.2021, B. No: 59648/13. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, Mahkeme, bazı şartlara bağlı olarak -özellikle ırkçı bir saikle- yapılan sadece durdurma ve kimlik sorma işleminin bile özel hayata saygı hakkına müdahale eşiğini aşabileceğini kabul etmektedir. Bkz. AİHM, Muhammad/İspanya, 18.10.2022, B. No: 34085/17.

⁵³ AİHM, AİHM, Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya, 17.01.2017, B. No: 27153/07.

⁵⁴ AİHM, Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, 12.01.2010, B. No: 4158/05.

⁵⁵ AİHM, Société Colas Est ve Diğerleri/Fransa, 16.04.2002, B. No: 37971/97; AİHM, Ivashchenko/Rusya, 13.02.2018, B. No: 61064/10; AİHM, AİHM, Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya, 17.01.2017, B. No: 27153/07. Ayrıca bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi - 31.08.2019, çev.: H. Burak Gemalmaz, 21 vd.

davranışlarını şekillendirmesine imkân sağlayacak nitelikte öngörülebilir olması gerekir⁵⁶. Bunun için ise iç hukuktaki düzenlemeler, keyfi uygulamalara karşı koruma sağlamalı; yetkili makamlara tanınan takdir yetkisinin kapsamını ve uygulama şeklini açıkça ortaya koymalıdır⁵⁷. AİHM, hâkim kararı olmaksızın yapılan aramalarda yeterli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığı noktasında daha ihtiyatlı olunması gerektiğini ifade etmesine rağmen⁵⁸ hâkim kararı veya yetkili mercinin yazılı emri olmaksızın kanuni bir dayanakla arama yapılmasını tek başına AİHS m. 8'in ihlali olarak değerlendirmemektedir⁵⁹. Mahkeme bu hususta şu kriterlere dayalı değerlendirme yapmaktadır: yetkilerin coğrafi ve zamansal kapsamı, yetkilerin kullanılıp kullanılmayacağı ve ne zaman kullanılacağı hususlarında tanınan takdir yetkisi, yetkilerin kullanılmasından kaynaklanan müdahaleye ilişkin herhangi bir hafifletme, yetkilerin kullanılmasının yargısal olarak denetlenme olanağı ve yetkilerin kullanımının herhangi bir bağımsız gözetimi⁶⁰. Böylece iç hukuktaki düzenlemelerin keyfi uygulamaları önleyecek nitelikte olup olmadığı tespit edilmektedir⁶¹. Özetle maddi anlamda kanunu esas alan AİHM, üst ve eşya aramasının AİHS m. 8'deki özel hayata saygı hakkını ihlal etmemesi için hâkim kararının veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emrinin olmasını aramamaktadır. Yine AİHM, özel hayata saygı hakkına müdahaleden söz edilebilmesi için somut olaydaki işlemin belli bir eşiği aşması gerektiğini kabul ederek aramanın ayrıntılı olması gerektiğini ifade etmektedir.

V. DEĞERLENDİRME VE KANAATİMİZ

Anayasa m. 20, aramaya ilişkin pozitif düzenlemeler gömleğinin ilk düğmesidir. Bu düğmenin yanlış iliklenmesi hatalar silsilesini beraberinde getirir. Kanaatimizce, Anayasa m. 20 hatalı bir düzenlemedir ve bu hata, aramaya ilişkin diğer pozitif düzenlemeleri etkilemiştir. Anayasa m. 20/2'de üst ve eşya araması için behemehâl hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış mercinin (Cumhuriyet savcısı, kolluk amiri, kaymakam gibi) yazılı emrinin bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu şart hem adli hem de önleme araması hem yüzeysel hem de ayrıntılı arama için geçerlidir. En azından yazılı arama emri olmaksızın üst veya eşya aramasına imkân tanıyan kanun ve yönetmelik hükümleri, hatalı olduğunu düşünmemize rağmen, Anayasa m. 20/2'ye aykırıdır⁶². Buna rağmen karara gerek

⁵⁶ AİHM, Bengal/Birleşik Krallık, 28.02.2019, B. No: 4755/16.

⁵⁷ AİHM, Solska ve Rybicka/Polonya, 20.09.2018, B. No: 30491/17, 31083/17.

⁵⁸ AİHM, Ivashchenko/Rusya, 13.02.2018, B. No: 61064/10.

⁵⁹ AİHM, Vig/Macaristan, 14.01.2021, B. No: 59648/13.

⁶⁰ AİHM, Bengal/Birleşik Krallık, 28.02.2019, B. No: 4755/16.

⁶¹ AİHM, Vig/Macaristan, 14.01.2021, B. No: 59648/13.

⁶² Bu hususta kabul edilebilecek tek istisna, tutuklama gibi temel hak ve özgürlüklere daha ağır müdahalede bulunan bir koruma tedbirine ilişkin kararın zımnen arama kararını da içerdığı kabulüdür. Bu istisna; kararın gerekli olmadığı hâlleri değil, kararın zımnen var olduğu hâlleri ifade eder.

olmayan hâller Türk pozitif hukukunda kategorik olarak yer almakta, bu hükümlerin tamamı iptal edilmemektedir. Karar şartının Anayasa m. 13'e dayanılarak kanunla kaldırılmayacağı da tekrar ifade edilmelidir.

Doktrindeki çoğunluk tarafından bu durum görmezden gelinmekte ve/veya kaba üst araması gibi çeşitli yüzeysel yöntemler teknik anlamda arama olarak kabul edilmeyerek Anayasa m. 20/2'nin kapsamı daraltılmaktadır. Bu kabuller yerinde olmadığı gibi zaten kazuistik ve karmaşık şekilde düzenlenmiş olan aramaya ilişkin hükümleri daha da karmaşık hâle getirmektedir. Ayrıca yüzeysel arama ve ayrıntılı arama arasındaki sınır muğlak olmakla birlikte Türk hukukunda, yüzeysel aramadan ayrıntılı aramaya geçiş imkânı sağlayan düzenlemeler de mevcuttur. Bu nedenlerle yüzeysel işlemlerin teknik anlamda arama olarak nitelendirilmemesi özel hayata saygı hakkının korunmasını akamete uğratacak niteliktedir.

Arama, çok boyutlu bir kavramdır. Niteliğine (adli arama-önleme araması), muhatabın sıfatına, yapıldığı yere, yapıldığı zamana göre çeşitli alt başlıklara ayrılan aramanın tüm görünüm biçimlerine cevap verebilmek için çok sayıda hükme ihtiyaç duyulur. Bu nedenle arama için kazuistik bir pozitif durumun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Ancak hem özensiz hazırlanmış pozitif düzenlemeler hem Anayasa m. 20/2'nin uygulanması mümkün olmayan bir kesinlikte hâkim kararı veya yazılı emir şartı araması hem de Anayasa m. 20/2'nin yanı sıra kanunlara uygun olmayan yönetmelikler, kazuistik durumu karmaşık ve hatta içinden çıkılmaz hâle getirmiştir. Sıkça yapılan kanun değişiklikleri ile yerinde olmasına rağmen bazı kanun ve yönetmelik maddelerinin peyderpey iptal edilmesi ise aramaya ilişkin düzenlemelerin takibini zorlaştırmıştır. Özetle Türk hukukuna göre kolluğun hangi hâllerde ve ne şekilde arama yapabileceği gibi temel bir hususun tespitinin oldukça çetrefilli olduğu söylenebilir.

Türk hukukundaki kaotik durumu ortaya koyabilmek için Anayasa Mahkemesinin yakın tarihte verdiği bir iptal kararının⁶³ ayrıca ele alınmasında yarar vardır. Anayasa Mahkemesi, yüzeysel işlemlerin (klasik) arama olarak nitelendirilemeyeceğini, bunların "*alt düzeyde sınırlı bir kolluk tedbiri*" olduğunu ve dolayısıyla bu işlemlerin Anayasa m. 20/2'nin kapsamında olmadığını kabul etmesine rağmen yüzeysel işlemler ile arama niteliğindeki işlemlerin hangi kriterlere dayalı olarak birbirinden ayrılacağı hususu kararda belirsiz kalmıştır. Yine Anayasa Mahkemesi, bir aracın elle kontrol edilmesinin kişilerin üstü ve eşyasının elle kontrol edilmesine nazaran (klasik) aramaya dönüşerek Anayasa m. 20/2 kapsamında kalmaya daha elverişli olduğunu ifade ederek araçta elle kontrole izin veren kanuni düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmuş, ilgili hükmün hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Bu noktada şu soru gündeme gelmektedir: Kişinin aracının elle kontrol edilmesi ile üstünün ve araç dışındaki eşyalarının elle kontrol edilmesi arasında nasıl bir fark vardır ki üstün ve araç dı-

⁶³ AYM, 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86.

şındaki eşyaların elle kontrol edilmesi arama sonucunu doğurmayacak güvenceleri içermesine rağmen aracın elle kontrol edilmesi bu güvenceleri içermemektedir? Özellikle araç ile diğer eşyalar arasındaki güvence farklılığı izaha muhtaçtır⁶⁴. Yine aynı kararda Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 56/B/1'in üçüncü ve dördüncü cümlelerinin ikinci cümledeki “aracı” ifadesi bakımından iptaline karar verilmesi de aramaya ilişkin düzenlemelerin iptal kararıyla karmaşık hâle gelmesine örnek teşkil eder. Kanaatimizce, söz konusu işlemlerin tamamını arama olarak nitelendirmek ve bunların Anayasa m. 20/2'nin kapsamında kaldığını kabul etmek arama bahsinde tutarlı ve hukuki öngörülebilirlik ilkesine uygun sonuçlara varabilmenin ön şartıdır.

Üst ve eşya araması; sıkça başvurulmuş hem adli hem de idari boyutu olan, temel hak ve özgürlüklere diğer birçok koruma tedbirinden daha az müdahalede bulunan bir işlemdir⁶⁵. Bu işleme başvurulacak tüm hâller için en azından yazılı emir şartı aranması ölçülü bir sınırlama değildir. Her durumda en azından yazılı arama emri aranması ya durumun olağanlığı nedeniyle anlamsızdır ya da ani gelişen durumlara cevap veremez niteliktedir. Örneğin, bir spor müsabakası için stada giren herkesin ya da ÖSYM tarafından yapılan bir sınava giren tüm adayların aranması için arama kararını şart koşturmak gereksizdir. Zira bu gibi durumlarda karar, özel hayata saygı hakkına keyfi müdahaleleri engellemek bakımından herhangi bir fonksiyon icra etmez. Yine devriye görevi icra eden kolluğun bir suçla karşılaşması hâlinde suça karıştığını düşündüğü kişilerin üstünü veya eşyasını derhâl araması icap edebilir. Aksi hâlde delillerin kaybolma riski gündeme gelebilir. Demokratik bir toplumda, bu riski bertaraf etmeye imkân tanıyan orantılı hükümlere ihtiyaç duyulur. Ayrıca AİHS'de üst ve eşya araması için en azından yazılı arama emri şartının aranmadığı ve AİHM'nin de böyle bir şartı behemehâl aramadığı tekrar ifade edilmelidir.

Özetle, Anayasa m. 20/2 gereği hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri olmaksızın yüzeysel veya ayrıntılı arama yapılamayacağı kanaatindeyiz. Ancak bu tespit söz konusu hükmün yerinde olduğu anlamına gelmez. Anayasa m. 20/2'nin geçmişteki hukuka aykırı uygulamaların önüne

⁶⁴ Her ne kadar iptal davasına konu olmasa da Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 56/B'deki hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olan esas hususun teknik cihaz ve güvenlik sistemleri kavramları olduğu söylenebilir. Söz konusu maddede aracın ve eşyaların teknik cihazlarla, araç dışındaki eşyaların aynı zamanda güvenlik sistemleriyle kontrol edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Teknik cihazlar ve güvenlik sistemleri kavramları oldukça geniş kapsamlıdır ve Kanun'da herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Teknolojik gelişmeler, teknik cihazla yapılan kontrolü elle yapılan kontrolden daha kapsamlı ve ayrıntılı hâle getirebilir, kolluğun muhatap hakkında daha fazla bilgi sahibi olmasını sağlayabilir. Dolayısıyla teknik cihazla kontrolün, elle kontrole nazaran özel hayata saygı hakkına daha ağır bir müdahalede bulunabileceği söylenebilir.

⁶⁵ Çalışmamızın üst ve eşya araması ile sınırlandırılma sebeplerinden biri de budur. Örneğin, konutta arama temel hak ve özgürlüklere daha ağır bir müdahalede bulunur. Dolayısıyla çeşitli yönlerden farklı bir değerlendirmeyi gerektirebilir.

geçebilmek için ihdas edildiği ifade edilmektedir. Kanaatimizce, Anayasa m. 20/2'nin keyfi aramalara kapı aralamayacak şekilde tekrar formüle edilmesi gerekir⁶⁶. Anayasa'nın, arama gibi oldukça sık başvurulmuş bir yöntem için doğrudan doğruya uygulanabilecek katı bir şart öngörmesi yerinde değildir. Olması gereken, Anayasa'nın, arama için kararın gerekli olmadığı hâllerin kanunlarla düzenlenmesine izin vermesidir. Kanuni düzenlemeler ise AİHM içtihatlarıyla ortaya koyulan öngörülebilirlik ve orantılılık kriterlerini sağlamalıdır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, uygulanması mümkün olmayan bu tür anayasal hükümler genel olarak Anayasa'ya aykırılığı olağan bir durum hâline getirmekte, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü zımnen kaldırmakta, hukuk devleti ilkesini zedelemektedir⁶⁷.

Anayasa'da yapılacak değişiklik sonrasında yüzeysel arama, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olarak kabul edilen gereklilik ve orantılılığın sağlanmasına hizmet eden ve karara gerek duyulmayan bir arama yöntemi olarak kabul edilmelidir⁶⁸. Yüzeysel arama, daha düşük düzeyde bir şüphenin olduğu hâllerde başvurulabilen ilk aşama niteliğinde olmalıdır. Ayrıca yüzeysel arama için pozitif hukukta yeknesak bir ifade kullanılmalıdır ki mevcut durumda yeknesaklıktan bahsetmek mümkün değildir. Yine üstte ve eşyada yüzeysel arama ile ayrıntılı arama arasındaki sınır netleştirilmelidir. Yönetmelikler ise mevcut durumda olduğu gibi Anayasa ve kanunları dolanma aracı olmamalı; yönetmeliklerde, kanunda açıkça tanınan yetkinin nasıl kullanılacağına ilişkin ayrıntılara yer verilmelidir.

Esasında üst ve eşya aramasında kararın gerekli olmadığı hâlleri düzenleyen hükümler için verilen iptal kararlarının da zımnen bir orantılılık amacı güttüğü söylenebilir. Mahkemeler, Anayasa m. 20/2'ye göre hiçbir şekilde mümkün olmamasına rağmen bazı hâllerde karar olmaksızın arama yapılabileceğini kabul etmekte ancak bu kategoriye gereğinden fazla genişleten hükümlerin iptaline karar vererek orantılılık ilkesine uygun sınırlar belirlemeye çalışmaktadır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, özellikle kamusal alanda kolluğa kendiliğinden durdurma ve yüzeysel arama yapma yetkisi verilmesi keyfi uygulamalara yol açabilecek niteliktedir. Hâlihazırda bu yetkinin keyfi uygulamalara neden olduğu söylenebilir. Bu işlem için gerekli olan şüphe derecesinin veya diğer şartların somut olayda sağlanıp sağlanmadığının ispatını ve sonradan denetimini mümkün kılan argümanlar öngörülmalıdır⁶⁹. Bu hususta kolluğun yaka kamerası takması,

⁶⁶ Benzer görüş için bkz. Yıldız (n 27) 175.

⁶⁷ Ayrıca bu tür bir düzenlemenin temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin yerinde olmayan bir beklenti yaratarak Anayasa'nın fonksiyonel etkinliğine ve dolayısıyla meşruiyetine ket vurduğu da söylenebilir. Anayasa'nın fonksiyonel etkinliği ve meşruiyeti arasındaki ilişki için bkz. Levent Gönenç 'Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi' (2001) 50(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131, 144 vd.

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklinde üç alt ilkeden oluştuğunu kabul etmektedir. Bkz. AYM, 11.04.2012, E. 2011/111, K. 2012/56; AYM, Ali Kutluer, 27.07.2022, B. No: 2019/8279.

⁶⁹ Benzer yönde görüş için bkz. Ünver ve Hakeri (n 1) 886.

aramanın kayıt altına alınması, aramaya ilişkin derhâl fiziki veya elektronik bir belgenin düzenlenip bunun yine derhâl muhatapla paylaşılması seçeneklerinin değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akbulut B, 'Dış Beden Muayenesi' (2016) 7(27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 83.

Aksoy Ş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama* (Seçkin Yayıncılık 2007).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi - 31.08.2019 çev. Gemalmaz, HB.

Aygörmez GA, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri* (On İki Levha Yayıncılık 2022).

Bayraktar ÇD, 'Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar' (2021) (67) Adalet Dergisi 205.

Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (21. Baskı, Beta Yayıncılık 2022).

Çöpoğlu HS, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi' (2019) 77(1) Ankara Barosu Dergisi 155.

Demirel M, 'Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama' (2021) 16(45) Ceza Hukuku Dergisi 33.

Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2018).

Gönenç L, 'Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi' (2001) 50(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131.

Gözler K, '3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği' (2002) 18(1) Anayasa Yargısı, 18.

Gülşen R, 'Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller' (2010) 2(9) Fasi kül Hukuk Dergisi 16.

Keskin-Kızıroğlu S, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)' (2009) 58(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139.

Kunter N, Yenisey F ve Nuhoglu A, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Beta Yayıncılık 2010).

Önok M, 'Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar' iç Nur Centel (ed) Ceza

Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular (On İki Levha Yayıncılık 2015).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).

Öztürk B, Eker Kazancı B ve Soyer Güleç S, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Öztürk B vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Sapan O, ‘Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı veya Koluk Amirî Tarafından Verilen Adli Arama Kararının Hâkim Onayına Sunulması’ (2022) 8(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93.

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Şahin C, ‘Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler’ Yargıtay Dergisi (2018) 44(3) 433.

Şen E, ‘Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması’ (2013) (2) Ankara Barosu Dergisi 335.

Turhan F, ‘Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)’ Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008).

Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II* (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).

Yaşar O ve Otacı C, *Ceza Muhakemesi Kanunu 1. Cilt* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).

Yıldız AK, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma’ (2006) 14(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131.

Yılmaz Y, ‘Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama’ (2016) (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 247.



TAAD

| Türkiye Adalet Akademisi Dergisi