

ADLİ ARAMADA GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI

The Concept Of Exigent Circumstances In Judicial Search

*Dr. Öğr. Üyesi İlhan BULUT**

ÖZET

Bu çalışma, adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili temel sorunları incelemeyi amaçlamaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan haller, hakim kararı olmadan arama yapılabilmesine imkan tanıyan istisnai durumlar arasındadır.

Çalışmamızda yasal düzenlemeler, mahkeme kararları ve akademik literatür taranarak, gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili temel sorunlar araştırılmıştır.

Gecikmesinde sakınca bulunan haller kavramı geniş ve belirsizdir. Mevzuattaki düzenlemeler de bu kavramı yeterince açıklığa kavuşturamamaktadır. Uygulamada da ciddi keyfiliklerin bulunduğu görülmektedir.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, email: ibulut@aybu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1246-7137

Makale Geliş Tarihi: 26.05.2024

Makale Kabul Tarihi: 26.08.2024

⇒ **Atıf Şekli:** İlhan Bulut "Adli Aramada Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/2 (2024): 907-961.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



Mahkeme kararları incelendiğinde; Yargıtay'ın çeşitli kararlarında katı bir denetim yaptığı fakat istikrarlı bir tutum izlemediği görülmektedir. Yabancı mahkeme kararlarında yapılan incelemeler ise gecikmede sakınca kavramı ile ilgili sağladığı önemli değerlendirme ve ölçütler ile Türk hukukuna önemli katkılar sağlama imkanına sahiptir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama ile ilgili sorunların çözümü için mevzuat düzenlemesi, adli teşkilata ilişkin yapısal sorunların çözülmesi ve uygulamacıların bilinçlendirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Arama, Koruma Tedbirleri, Gecikmesinde sakınca bulunan haller, arama kararı, gece vakti yapılacak arama.

EXTENDED ABSTRACT

Search is one of the most frequently used protection measures in the fight against crime. Search measure is divided into two; judicial and preventive search. In this study, the cases of exigent circumstances within the framework of judicial search will be examined.

The search represents a significant intervention on basic rights and freedoms. Therefore, the legislator has required a judge's decision to search, as in other protection measures. However, due to the effective fight against crime and the needs in practice, exceptions to the requirement of a judge's decision have been introduced. The most important of these exceptions is the exigent circumstances.

The public prosecutor will be able to issue a search warrant in the presence of an exigent circumstance. In cases where the public prosecutor cannot be reached, a search may be conducted with the order of the chief of law enforcement. However, the search warrant authority of the law enforcement officer is limited to unenclosed areas.

The exigent circumstances are one of the most problematic areas regarding the search. The main problems related to exigent circumstances in judicial search are examined under three main headings: the ambiguous nature of the concept of exigent circumstances, the problems arising from the regulations in the legislation and the problems arising from the practice.

The concept of exigent circumstances is very broad and ambiguous. This concept should be limited with objective criteria and its judicial scrutiny should be more effective. Otherwise, it will be possible to apply this exception completely arbitrarily. In our study, we have tried to provide objective criteria regarding the exigent circumstance, especially by benefiting from court decisions.

There are also problems arising from the regulations in the legislation regarding the exigent circumstances. To eliminate the deficiencies in the legislation, it is necessary to clarify the conditions of transfer of authority to the chief of law enforcement and to ensure that all search orders are submitted to the approval of the judge.

The problems in practice constitute the biggest problem area regarding the exigent circumstances in judicial search. To solve the problems in practice, a comprehensive examination has been made within the framework of the Court of Cassation, the Constitutional Court, the European Court of Human Rights (ECHR) and comparative law.

It is observed that there is no consistent practice in the decisions of the Court of Cassation about the exigent circumstances. Some decisions of the Court of Cassation only superficially deal with the objections regarding the exigent circumstances. On the other hand, there are also decisions of the Court of Cassation in which the Court has made a strict examination of the exigent circumstances and has set important criteria.

The Constitutional Court, on the other hand, give priority to the assessment of the investigating authorities in exigent circumstances. The Constitutional Court, which refrains from taking an interventionist attitude in this regard, states that it may decide on a violation of rights if there is a clear arbitrariness in the restriction of the guarantees regarding the inviolability of residence and the right to privacy.

There are decisions of the European Court of Human Rights (ECHR) that examine in detail the exigent circumstances within the scope of the search measure. The ECHR states that in searches conducted without a judge's decision due to the existence of exigent circumstances, the reasons for not obtaining a decision from the judge should be justified in detail with concrete information in the search

warrant. Furthermore, the ECtHR attaches great importance to an effective ex-post factum judicial review after the search as a guarantee mechanism of basic rights.

The German Federal Constitutional Court has set basic criteria such as the exigent circumstances should not be speculative or hypothetical and should be related to the concrete event.

The US Supreme Court has addressed this issue in different decisions and stated that the gravity of the offence alone is not sufficient to decide the existence of exigent circumstances. Furthermore, the US Supreme Court has ruled that exigent circumstances cannot be accepted in minor crimes due to the possibility of destruction of evidence.

As a result of this examination, we are of the opinion that in order to solve the problems related to cases of exigent circumstances, it is necessary to increase the guarantees regarding basic rights and freedoms through legislative regulation, to solve the structural problems identified regarding the judicial organisation and to deal with the concept of exigent circumstances within the framework of the principles and criteria embodied in court decisions. However, the most important step would be to change the perspective in practice that sees the guarantee of a judge's decision as a burden or a formal procedure.

Key Words: Search, Protection Measures, Exigent Circumstances, Search Warrant, Search in the Night Hours.

GİRİŞ

Bir suçun işlendiği şüphesinin ortaya çıkmasından itibaren yetkili makamlarca suç şüphesi ortadan kaldırılmaya ve nihai bir sonuca ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bu süreç içerisinde kanunlar tarafından ilgili makamlara kişilerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde etki doğuran bazı işlemler yapma yetkisi tanınmıştır. Üstün devlet gücünü kullanan bu makamların keyfi, haksız veya ölçsüz uygulamalarına karşı bireylerin korunması için yine yasal çerçevede bazı güvenceler getirilmiştir.

Suçun önlenmesi ve işlenmiş bir suç ile ilgili delillere ulaşılması için soruşturma makamlarına tanınan en önemli yetkilerden biri aramadır. Konut başta olmak üzere bireylerin en mahrem alanlarına kamu gücüyle yapılan bir müdahale olarak arama oldukça ağır bir koruma tedbiridir. Bu müdahalelerin keyfi ve haksız uygulamalarını sınırlandırmak amacıyla 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) arama tedbirinin hakim kararıyla ve gündüz yapılması gibi bazı güvence ve sınırlamalar getirilmiştir.

Arama kararının ancak hakim tarafından verilmesi temel hak ve özgürlüklerin en önemli güvencelerinden biridir. Suç soruşturmaları Cumhuriyet savcısı ve onun emrindeki kolluk görevlileri tarafından yürütülür. Soruşturma makamları soruşturmanın etkinliğini, işlemlerin çabuk olmasını, delillerin mümkün olduğu kadar hızlı toplanmasını önceler. Bu nedenle özellikle temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale niteliği taşıyan tedbirlere soruşturmanın bir parçası olmayan, objektif bakabilen bir organ olarak hakim karar vermesi keyfi ve haksız uygulamalara karşı güvence teşkil edecektir. Arama tedbirinde hakim kararı şartı bu nedenle büyük önem taşımaktadır.

Aynı şekilde aramanın kural olarak gündüz yapılması arama tedbirine ilişkin önemli bir sınırlama teşkil etmektedir. Gece vakti insanların mahrem alanlarında aile ve arkadaşları ile birlikte vakit geçirdikleri ve dinlendikleri bir vakittir. Bu vakitte arama yapılması temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ağırlığını çok daha fazla arttırmaktadır. Aramanın gündüz yapılması kuralı bu nedenle önemli bir sınırlamayı ifade etmektedir.

Bunun yanında, özgürlük ve güvenlik dengesinin sağlanması amacıyla bu güvence ve sınırlamalara getirilen istisnalar bulunmaktadır. Suçla mücadelenin etkili olabilmesi, toplumsal güvenliğin sağlanması, delillerin kaybolmadan toplanabilmesi ve suçluların yakalanması için soruşturma makamlarının istisnai durumlarda bazı yetkiler ile donatılması gerekmektedir. Arama tedbiri açısından bu istisnaların en önemlisi "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*" kavramına ilişkindir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakim kararı ve gündüz vakti arama kuralı uygulanmayacaktır.

Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hal ile ilgili düzenlemelerde kullanılan kavramlar oldukça muğlak ve belirsizdir. Bunun yanında kanunda düzenlenen güvence hükümlerini etkisiz kılan çeşitli uygulamalar bulunmaktadır. Hatta istisnaların kural olduğu eleştirisi oldukça yaygındır. Bunun neticesinde hem temel hak ve özgürlükler ciddi ölçüde ihlal edilmekte hem de hukuka aykırı olarak elde edilen deliller nedeniyle çoğu zaman ceza adaleti sağlanamamaktadır. Bu ince dengenin gözetilmemesi hem bireylerin hem de toplumun mağdur olduğu, bu esnada ciddi emek ve zaman israfının gerçekleştiği bir tabloyu karşımıza çıkarmaktadır.

Yukarıda ifade edilen kötü tablonun ortadan kaldırılmasına katkı sağlamak adına bu çalışmamızda adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının içeriğini, sınırlarını ve kapsamını tespit etmeye ve çözüm önerileri sunmaya çalışacağız. Bu doğrultuda arama tedbirinde gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin doktrindeki tartışmaları, ulusal ve yabancı mahkeme kararlarını ve iki büyük hukuk sistemini temsilen Alman ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunu inceleyeceğiz. Bu çalışmanın, arama tedbiri bağlamında gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının daha belirli hale getirilmesine ve temel ölçütlerin ortaya konulmasına katkıda bulunacağına inanıyoruz. Türkçe literatürde gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin az ama kıymetli çalışmalar bulunmaktadır. Bununla birlikte adli aramaya münhasır olarak gecikmesinde sakınca bulunan halleri inceleyen bir çalışma bulunmamaktadır.

Adli arama uygulamada en sık başvuru alan ve temel haklara müdahale anlamında en ağır koruma tedbirlerinden biridir. Bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunan hallerin uygulama alanı içerisinde arama tedbirinin öncelik ve önem arz ettiği kanaatindeyiz. Önleme aramasına ilişkin tartışmalara ise hem aramanın adli boyutuna yoğunlaşmak hem de çalışmanın hacmini daha fazla genişletmemek adına yer vermedik. Fakat adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin ölçüt ve eleştiriler öz olarak önleme aramasına ve diğer koruma tedbirlerine de ışık tutacaktır.

I. GENEL OLARAK ARAMA TEDBİRİ

Arama, ceza muhakemesi hukukunda genel olarak “*şüpheli veya sanığın, delillerin veya müsadereye konu olan eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik araştırma işlemi*” olarak tanımlanmaktadır¹.

Arama amacına göre değerlendirildiğinde suç işlenmesini önlemek amacıyla yapılan “*önleme araması*” ve bir suç soruşturması ve kovuşturması esnasında yapılan “*adli arama*” şeklinde ikiye ayrılabilir². Bu çalışmamızda üzerinde duracağımız esas arama türü adli arama olacaktır için önleme araması konumuz dışında kalmaktadır.

Diğer koruma tedbirleri gibi arama da muhakemenin temel amacı olan gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etmektedir. Arama ile sanık veya şüpheli yakalanacak veya tutuklanacak, muhakemede kullanıla-

¹ Bahri Öztürk vd., Anahatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 318; Ahmet Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi 2023), 461-462; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 298; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi 2022), 403; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınları 2020), 461; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2019), 411; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınevi 2010), 1033; Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü (İstanbul: Duygu Matbaası, 1950), 184. Alman hukukunda aynı yönde tanım için; Claus Roxin ve Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, (Beck C. H. 2017), 288; Jörn Hauschild, "StPO § 105 [Anordnung; Ausführung]", içinde Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, Band 1: §§ 1-150 StPO, ed. Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider, (München: C. H. Beck Verlag 2023), kn 2; Lutz Meyer-Grossner ve Bertram Schmitt, Strafprozessordnung, (München: Verlag C.H. Beck 2015), §103 kn 4-7; Werner Beulke, Strafprozessrecht, (Augsburg: C.F. Müller Verlag 2004), 139. Doktrinde genel kabul gören bu tanımın yanında 01.05.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) m. 5'te de adli 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, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

² Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 340-341.

cak olan delillere de elkonulacaktır. Dolayısıyla arama yakalama, tutuklama ve elkoyma gibi tedbirler için bir vasıta niteliğindedir³.

Aramanın amacı gizli olan bir şeyin açığa çıkarılmasıdır. Dolayısıyla duyu organlarıyla algılanan ve varlığı tespit edilen delil ve emareler arama kapsamında değildir. Bu nedenle polisin bir vasıta yoluyla veya gözlem ile delil veya emare oluşturabilecek bir varlığı görmesi, fotoğrafını çekmesi veya dinlemesi arama kapsamına girmez⁴. Arama bir kimsenin evinde, işyerinde, vasıtalarında, etrafı çevrili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılabilir. Aramaya konu olan kişi, şüpheli sanık veya herhangi bir şahıs olabilir⁵.

Arama soruşturma sürecinde en çok başvurulanan koruma tedbirlerinden biridir. Duruma göre arama kişi dokunulmazlığı, özel hayat, aile hayatı veya konut dokunulmazlığına müdahale eden bir koruma tedbiridir. Arama aynı zamanda uygulamada en çok hata ve ihlalin gerçekleştiği koruma tedbirlerinden biridir⁶. Bu nedenle Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve 5271 s. CMK başta olmak üzere mevzuatımızda aramaya ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır⁷.

Aramanın koşulları veya şartları adı altında doktrinde yapılan incelemelerde bir birlik yoktur. Aramanın tek şartının aramanın konu-

³ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, (Ankara: Adalet Yayınevi 2022), 515; Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları 2018), 317; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 412; Faruk Erem, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh), (Ankara: 1996), 202.

⁴ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 419; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 298.

⁵ Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 317; Yenisey ve Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 379.

⁶ Hauschild, Münchener Kommentar, § 102 kn. 1.

⁷ Erem, CMUK (Şerh), 201-202; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1033-1034; Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 319; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınevi 2021), 283; Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 428; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 462. Arama ile ilgili temel düzenlemeler 5271 s. CMK'da bulunmaktadır. Bunun yanında 2559 s. PVSK, 2803 s. Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu, 5607 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 6831 s. Orman Kanunu, 211 s. TSK İç Hizmet Kanunu m. 56/A ve 1136 s. Avukatlık Kanunu gibi diğer bazı kanunlarda da aramaya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Son olarak adli ve önleme aramalarının nasıl uygulanacağına dair 01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) arama mevzuatında önem arz etmektedir.

sunu oluşturan kişi veya şeylerin elde edilebileceği hususundaki şüphe olduğunu ileri süren yazarlar olduğu gibi⁸; aramanın makul şüphe, hakim kararı veya yetkili merciin yazılı emri ve aramanın yapılacağı kişi, yer ve zamana ilişkin koşullar olmak üzere daha geniş bir incelemede bulunan yazarlar da bulunmaktadır⁹.

Arama tedbiri ile ilgili özet bilgileri bu şekilde verildikten sonra aşağıda gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı üzerinde durulacaktır.

II. GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI

A. Tanım ve Teorik çerçeve

Toplumsal huzur ve güvenliğin sağlanması ve bu amaçla suçla mücadele edilmesi devletin temel vazifelerinden biridir. Bu vazifenin icrası sırasında bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale etme mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Bu müdahalenin mümkün olduğu kadar az ve sadece gerekli olduğu zaman yapılması için mevzuatta çeşitli güvence ve sınırlamalar öngörülmüştür. Fakat suçların aydınlatılması ve kamu güvenliğinin sağlanması ile temel hak ve özgürlüklerin korunması arasında makul bir dengenin bulunması gerekmektedir¹⁰.

Arama tedbirine ancak hakim kararıyla başvurulabilmesi temel hak ve özgürlüklerin korunması adına öngörülmüş en önemli güvenecedir. Çünkü koruma tedbirlerine başvurma konusunda suç soruşturmasının tarafı ve yürütücüsü olan savcılık ve kolluktan objektif olmaları her zaman beklenemeyecektir. Bunun yanında kamu gücü kullanan soruşturma makamları ile birey arasında birey aleyhine keskin bir asimetrik güç ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle hakimlik makamı, soruşturmanın dışında yer alan, objektif ve tarafsız bir makam olarak koruma tedbirlerinde karar merciî tayin edilmiştir. Özgürlük ve güvenlik dengesi bağlamında bireyin temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesi, suç soruşturmalarının da kanunda öngörülen sınırlar

⁸ Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 342; Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 423; Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, 516 ; Dülger ve Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, 430; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 463.

⁹ Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 320 vd; Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 466 vd; Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 408 vd.

¹⁰ Özbeke, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 321.

lar içerisinde yapılabilmesi, hakimin objektif konumunu ve tarafsızlık rolünü en iyi şekilde ifa etmesine bağlıdır¹¹.

Aramada hakim şartı kuraldır. Bununla birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerde suç soruşturmasını yürüten savcılık makamı ile kolluk amirinin hakim kararı olmadan arama emri vermesi mümkün olmaktadır¹². Bu istisna, uygulamada aciliyet arz eden bazı durumlara hızlı bir müdahale ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal düzenlemesinin öncelikli amacı delillerin ortadan kaybolmasını veya yok edilmesini önlemek ve şüphelilerin kaçmadan yakalanmasını sağlamaktır¹³. Ayrıca soruşturmanın en kısa sürede bitirilmesi, hükmün infazının sağlanması ve sosyal düzenin etkin bir şekilde korunması gecikmesinde sakınca bulunan hal düzenlemesi ile ulaşılmak istenen hedefler arasındadır¹⁴.

¹¹ Hâkim kararının güvence niteliğine ilişkin uygulamadan kaynaklanan önemli bir itiraz getirilebilir. Buna göre sulh ceza hâkimleri koruma tedbirlerine ilişkin karar verirken etkili ve titiz bir inceleme yapmamakta, Cumhuriyet savcısından gelen talepleri yeterli bir inceleme yapmadan onaylamakta, dolayısıyla hâkim kararı şartı uygulamada temel hak ve özgürlüklerin güvencesinden ziyade bir formaliteye dönüşmektedir. Bu itirazın ciddi haklılık payı bulunmaktadır. Fakat uygulamada koruma tedbirlerine karar verirken etkili bir denetim ve inceleme yapan hâkimler de bulunmaktadır. Yargıtay kararlarını incelediğimiz başlıkta kanun yararına bozmaya konu olan hâkimlik kararları buna örnek teşkil edecektir. Bunun dışında soruşturmanın dışında olan bir makam olarak karar yetkisinin hâkimde olması ilkesel olarak olması gereken durumu yansıtmaktadır. Yetki ve sorumlulukların kamu gücü kullanan makamların birinde temerküz etmesi yerine bu makamlar arasında bölüştürülmesi, bir sürecin farklı sùjeler tarafından görülmesi ve incelenmesi bütün sorunlara rağmen temel hak ve özgürlüklerin lehine olacaktır. Dolayısıyla uygulamadaki sorunların arama tedbirinin de dahil olduğu koruma tedbirlerinde hâkim kararının önemini ve işlevini azaltmayacağı düşüncesindeyiz. Benzer eleştiriler ve tartışmalar için ayrıca bkz. Z. Özen İnci, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65/4 (2016): 2018.

¹² Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 427; Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 344-345. Kolluk ifadesi; jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini kapsamaktadır. Kolluk âmiri de konuyla ilgili yetkili ve görevli olan kolluk biriminin âmirini ifade edilmektedir (AÖAY m.4).

¹³ Mert Karakoyunlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Ekseninde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı", International Anatolia Academic Online Journal Social Sciences Journal, 8/1 (2022): 9.

¹⁴ Hakan Serdar Çöpöđlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, (Ankara: Adalet Yayınevi 2023), 93; Karakoyunlu, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 9 vd.

5271 s. CMK'da gecikmesinde sakınca bulunan hal düzenlemesine arama dışında başka koruma tedbirleri ve yargısal işlemlerde de yer verilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal, 5271 s. CMK'nın sistematüğinde kendisine yer verilen durumlarda kuraldan istisnaya geçişi sağlama işlevi görmektedir¹⁵.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. Bunun yerine çeşitli yönetmeliklerde bu hale ilişkin tanımlara yer verilmiştir¹⁶. Bu tanımlar arasında konumuz açısından önem arz eden tanım Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğİ (AÖAY) m. 4'te düzenlenmiştir. Buna göre adli aramalar bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hal; *“derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini”* ifade eder¹⁷.

Mülga 1412 s. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK), gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı *“tehirinde mazarrat bulunan hal”* olarak ifade edilmekteydi¹⁸. Mülga CMUK'taki ifadede zarar anlamına gelen *“mazarrat”* kelimesi¹⁹, 5271 s. CMK'da *“sakınca”* olarak değiştirilmiştir. Sakınca kelimesinin sözlük anlamı ise *“çekinilmesi, dikkatli olunması gereken, sakınmayı gerektiren durum, mahzur”*

¹⁵ 5271. s. CMK şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması (75/1), yakalama (m. 90/1), arama (m. 118/2 ve m. 119/1), elkoyma (m. 127/1 ve m. 129/1), telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesi (m. 135/1-5) ve teknik araçlarla izleme (m. 140/2) gibi koruma tedbirlerinde gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına yer vermiştir. Bunların yanında temel hak ve özgürlüklere müdahalenin olmadığı; mahkemelerin yetkisine ilişkin durumlarda (CMK m. 21), reddi istenen hâkimin yapabileceğİ işlemler (CMK m. 29), tanıkların dinlenmesi (CMK m. 52/2) ve keşifte (m. 83) de gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına yer verilmektedir.

¹⁶ 2000 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) Tasarısı m. 2/7 maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hal, *“derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun delil, iz ve emarelerinin ortadan kaybolması olasılığının ortaya çıkması hali”* şeklinde tanımlanmıştır. İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2001. Bu tanım daha sonra Kanun taslağından çıkarılıp çeşitli yönetmeliklerde kullanılmıştır.

¹⁷ Bunun dışında Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğİ'nde (m. 4) ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'te (m. 3) AÖAY'de adli aramaya ilişkin tanım aynen tekrarlanmaktadır.

¹⁸ Erem, CMUK (Şerh), 203, 206.

¹⁹ Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 04.01.2024).

olarak ifade edilmektedir²⁰. Sakınca kavramı, zarar kavramına göre daha soyut ve oldukça geniştir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (Al. CMK), gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına karşılık "*gecikmede tehlike*" anlamına gelen "*gefahr im verzug*" ifadesi kullanılmaktadır. Tehlike "*büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum*"²¹ olarak tanımlanmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının istisnai nitelikte olması ve dar yorumlanması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda kanunda "*sakınca*" yerine "*tehlike*" kavramının kullanılması daha doğru görünmektedir²².

Kanunda kullanılan ifadelerin anlamı, maddenin yorumuna ilişkin sınırları belirlediği için oldukça önem taşımaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan haller kural olan hakim kararının istisnalarıdır. İstisnalar ise dar yorumlanmak mecburiyetindedir. Temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak getirilen hakim kararına karşı bu istisnai hallerde yetki devri meydana gelmekte ve güvencenin getirdiği koruma azalmakta veya ortadan kalkmaktadır.

Nitekim 5271 s. CMK'nın kanunlaşması sürecinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM), Kanun'da gecikmesinde sakınca bulunan hal istisnalarının çokluğu nedeniyle, bu yasanın "*gecikmesinde sakınca bulunan hal yasası*"na dönüştüğü, böyle bir yasada özgürlüklerin olmayacağı, bu hallerin istisna olarak konulsa dahi uygulamada esas haline geleceği, bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunan hallerin teker teker tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir²³. TBMM'deki komisyon görüşmelerinde, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının belirsiz bir kavram olması nedeniyle Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde kolluk amirine yetki verilmesi gerekip gerekmediği uzun uzun tartışılmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin çok olmasının antidemokratik uygulamalara yol açabileceği endişesinden dolayı 5271 s. CMK'da kolluğa arama yetkisi verilmemişti. Fakat daha

²⁰ Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 04.01.2024).

²¹ Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (Son Erişim Tarihi: 05.01.2024).

²² İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2003; Yenisey ve Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 333. Nitekim 5271 s. CMK'nın kabulünden önce doktrinde "*gecikmede tehlike*" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Nurlullah Kunter ve Feridun Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (İstanbul: Beta Yayınevi, 1998), 683.

²³ Erdal Noyan, Ceza Muhakemesi, (Ankara: 2005), 273.

sonra 5353 s. Kanun m. 15 ile konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılan aramalar istisna olmak üzere Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirine de arama yetkisi verilmiştir²⁴.

B. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Temel Özellikleri

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin en önemli özelliği soruşturma makamları arasında yetki devrine neden olmasıdır. Anayasa, AİHS ve CMK'da garanti altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahale eden ceza muhakemesi tedbirleri kural olarak hakim kararına bağlanmıştır. Çünkü şüpheli veya sanığın suçluluğu hükümle sabit değildir. Bu yüzden temel hak ve özgürlükler hakim kararı güvencesi ile koruma altına alınmıştır²⁵. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise bu tedbire karar verme yetkisinin Cumhuriyet savcısına veya adli kolluğa geçeceği öngörülmektedir. Dolayısıyla bu hallerde etkin soruşturma yürütülebilmesi adına hakim güvencesinden taviz verilmektedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan halin yasal bir dayanağının olması gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan haller yukarıda ifade edildiği üzere esas olarak koruma tedbirlerindeki yetki devirlerine ilişkindir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirleri AY m. 13 gereği kanun ile düzenlenir. Koruma tedbirlerinde kıyas yasaktır ve bu tedbirlerdeki kavramlar dar yorumlanır. Gecikmesinde sakınca bulunan haller, koruma tedbirlerindeki hakim şartı gibi güvenceleri esnetmelerinden ötürü daha sıkı bir "*istisna*" rejimine tabi tutulmalıdır²⁶.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal, soruşturma evresine ait bir kavramdır. Kovuşturma evresinde bu tür tedbirlere karar verme yetkisi münhasıran mahkemeye aittir²⁷. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ağırlığı nedeniyle tutuklama, adli kontrol ve gizli soruşturma görevlendirilmesi tedbirlerinde gecikmesinde sakınca bulunan hal düzenlemesine yer verilmemiştir.

²⁴ Noyan, Ceza Muhakemesi, 274.

²⁵ İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2006; Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 478.

²⁶ Karakoyunlu, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 11-12.

²⁷ İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2007.

Bu konuya ilişkin ifade edebileceğimiz bir diğer husus gecikmesinde sakınca bulunan halin “belirsiz” bir kavram olduğudur²⁸. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının tanımına baktığımızda “*derhal işlem yapılmadığı takdirde, suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali söz konusu ise gecikmede sakınca var*” denilmektedir. Bu kavramlar soyut ve objektiflikten uzaktır. Dolayısıyla her somut olayda Cumhuriyet savcısı veya adli kolluk gecikmesinde sakınca bulunan hal olup olmadığını subjektif olarak değerlendirecek ve buna göre hareket edecektir. Kavramın belirsizliği yetki devri yapılan makamlar için geniş bir takdir alanı oluşturmaktadır²⁹. Bu takdir hakkı kullanılırken her bir olayda hukuki ve olgusal olarak meselenin karmaşıklığı ve bunların incelenmesi için gereken zaman dilimi de göz önüne alınmalıdır³⁰. Aksi takdirde yakalama, arama, elkoyma, telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirlerine, kolayca keyfiliğe kaçabilecek nitelikte subjektif ve takdiri gerekçelerle karar verilebilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına ilişkin bu belirsizlik ve muğlaklık en önemli tartışma noktalarından birini oluşturmaktadır. Bu çalışmanın temel hedefi de özellikle yargısal içtihatlardan yararlanarak bu kavramsal belirsizliği azaltmaktır.

III. ADLİ ARAMADA GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI

A. Arama Mevzuatında Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal

Arama tedbiri ile ilgili Anayasa, AİHS, CMK, PYSK ve bazı özel kanunlarda çeşitli hükümler bulunmaktadır. Öncelikle Anayasa m. 13, temel haklara olağan dönemde getirilebilecek sınırlamaları düzenlemektedir. Bu maddeye göre “*temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*”. Bir koruma tedbiri olarak arama da de temel hak ve hürriyeti sınırlandıran bir işlem olduğu için kanunla düzenlenmiştir. Temel hak ve özgürlüklere müda-

²⁸ İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2011.

²⁹ İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2011.

³⁰ Michael Greven, “StPO § 98 Verfahren bei der Beschlagnahme”, içinde Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, ed. Christoph Barthe ve Jan Gericke, (München: Verlag C.H.Beck 2023), § 98 kn 13-14a.

haleyi kolaylaştıran bir etken olarak gecikmesinde sakınca bulunan haller de bu nedenle kanun ile düzenlenmek zorundadır³¹.

Özel hayatın gizliliğini düzenleyen Anayasa m. 20/2'ye göre "milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara elkonulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içerisinde açıklar." Bu Anayasa hükmü ile arama kararı verilebilmesi kural olarak usulüne göre verilmiş hakim kararına bağlı kılınmış, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla "yetkili kılınmış merciin yazılı emri şartı" getirilmiştir. Anayasa'nın bu hükmünde getirilen yazılılık şartı ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde keyfilik önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Konut dokunulmazlığı başlığı altında Anayasa m. 21'de yukarıda saydığımız dayanak ve şartlar tekrar edilerek bu şart ve koşullar oluşmadan "kimsenin konutuna girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyaya el konulamayacağı" belirtilmiştir. Konutta arama açısından Anayasa m. 20'de öngörülen hakim kararı güvencesi ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama için yazılı emir şartı burada da düzenlenmiştir. Bu iki hüküm gecikmesinde sakınca bulunan hallerde özgürlük ve güvenlik dengesini en iyi şekilde yansıtmaya çalışan ve somut güvencelere tabi tutan bir sistem getirmeye çalışmıştır³².

5271 s. CMK'da adli aramayı düzenleyen hükümler arasında gecikmesinde sakınca bulunan haller iki maddede düzenlenmiştir. İlk olarak CMK m. 118'de "konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz" denilerek belirtilen yerlerde aramanın kural olarak gündüz yapılacağı düzenlenmiştir. Sonrasında CMK m. 118/2'de "Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda,

³¹ Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 319.

³² Veli Özer Özbek ve Pınar Bacaksız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", Ceza Hukuku Dergisi, 1/1 (2006): 177.

birinci fıkra hükmü uygulanmaz” denilerek gecikmesinde sakınca bulunan halin ilk fıkrada getirilen kısıtlamanın istisnası olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde gece vakti konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde arama yapılabilecektir. Bu hükümde kastedilen aramanın gece başlayamayacağıdır. Yoksa gündüz başlayan bir arama gece vaktine kadar devam edebilir³³.

Gecikmesinde sakınca bulunduğu gerekçesiyle gece vakti arama yapılabilmesi için aramanın gündüz vaktine bırakılması halinde şüpheli veya sanığın kaçacak olması, arama ile elde edilmesi amaçlanan delillerin yok edilmesi veya kaybolması, kısaca aramanın sonuçsuz kalacak olması gerekmektedir. Bu gerekçelerin soyut olarak beyan edilmesi ya da sadece ilgili hükme atıfla yapılması yeterli olmayacak, gecikmede sakınca bulunan hale ilişkin gerekçelerin somut ve detaylı bir şekilde arama kararında belirtilmesi gerekecektir³⁴.

Çalışmamızın esas konusunu teşkil eden düzenleme adli aramada arama kararını düzenleyen CMK m. 119’da yer almaktadır. Madde hükmüne 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.”*

CMK m. 119’dan anlaşılacağı üzere adli aramada arama kararını kural olarak hakim³⁵ verecek, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde

³³ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 466; Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, (İstanbul: Beta Yayınevi 2009), 192; Mehmet Kahraman, "Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", Yargıtay Dergisi, 33/3 (2007): 365. CMK m. 118/2’de sayılan haller dışında gündüz başlayan aramanın gündüz bitirilmesi gerektiği, dolayısıyla gece aramaya devam edilemeyeceği yönünde bkz. Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, Yeni İçtihatlarla Yorumlu ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt (Ankara: Seçkin Yayınevi 2022), 917. Gece vakti, 5237 s. Türk Ceza Kanunu m. 6/1-e’de *“güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi”* olarak tanımlanmıştır.

³⁴ Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 432.

³⁵ Adli aramaya soruşturma evresinde karar vermeye yetkisi aramanın yapılacağı yerdeki sulh ceza hâkimidir (CMK m. 162/1). Kovuşturma evresinde ise arama kararını mahkeme acele hallerde mahkeme başkanı (CMK m. 192) verecektir.

ise Cumhuriyet savcısı, ona da ulaşılamadığında kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri³⁶ arama yapılabilecektir.

Arama kararının veya emrinin içermesi gereken şartlar bulunmaktadır. Öncelikle arama kararı veya emrinin genel ifadeler içermesi yeterli olmayacaktır. Aramanın hangi fiile dayanarak yapıldığı, aramanın yapılacağı konut veya yerlerin adresleri, aramanın konusu olan eşya ve arama kararının veya emrinin geçerli olduğu süre gösterilmek zorundadır³⁷.

Genel aramayı düzenleyen CMK m. 119'a göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetki iki aşamalı olarak devredilebilmektedir. İlk aşamada yetki Cumhuriyet savcısına devredilmektedir. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunması ve hakimden karar alınmasına imkan bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabilecektir. Cumhuriyet savcısının arama yetkisinin kapsamına CMK'da bir tahdit getirilmemiştir. Dolayısıyla konut, işyeri ve kapalı alanlar dahil bu kapsamda aranabilecektir. Bu tür durumlar göz önüne alınarak arama kararı vermesi için Cumhuriyet başsavcılıkları 24 saat süre ile nöbetçi Cumhuriyet savcısı görevlendirmektedir³⁸. Cumhuriyet savcısı arama kararını yazılı vermek zorundadır. Ayrıca arama emrinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerin de belirtilmesi gerekmektedir³⁹.

CMK m. 119'a göre yetki devrinde ikinci aşama kolluk amirinin emri ile arama yapılmasıdır. CMK m. 119 Cumhuriyet savcısına da ulaşılamaması halinde kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerinin konut, işyeri veya kamuya açık olmayan yerler dışında arama yapabileceğini belirtmiştir. Yetki alanı sınırlandırılmış olsa dahi kolluk amirine tanınan bu yetki oldukça titiz uygulanmalıdır. Yetki devrinin gerçekleşebilmesi için hakim veya Cumhuriyet savcısına ulaşıl-

³⁶ AÖY m. 4'te kolluk kavramı "*jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlileri*" şeklinde tanımlanmaktadır. "*En yüksek kolluk amiri; il ve ilçe emniyet müdürleri, il ve ilçe Jandarma komutanlarıdır. Bu durumda, ilgili kurumların yönetmeliklerine göre emniyet müdür yardımcısı, şube müdürleri, karakol amir veya komiseri, jandarma karakol komutanı olarak kabul edilmelidir*". Murat Koper, Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma (Ankara: Seçkin Yayınevi 2023), 111.

³⁷ Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 345.

³⁸ Hüsnü Aldemir, Adli - Önleme Arama ve Elkoyma, (Ankara: Bilge Yayınevi 2012), 27.

³⁹ Koper, Arama ve Elkoyma 111.

maya çalışılmış olması, bütün çabalara rağmen bunun gerçekleşmesi halinde gecikmede sakınca bulunan hal hükümlerinin uygulanması gerekir. Mesai saatleri içerisinde yetkili mercilere ulaşamama gibi bir ihtimalin olmadığı kabul edilmelidir. Mesai saatleri dışında ise nöbetçi hakim ve savcılar bulunmakla birlikte uygulamada nöbetçi hakim ve savcılara ulaşmakta sorunlar yaşandığı görülmektedir⁴⁰.

Arama mevzuatında gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili en önemli düzenlemelerden bazıları AÖAY'de düzenlenmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal tanımı adli ve önleme aramaları için Yönetmelik m. 4'te ayrı ayrı yapılmıştır. Bunun dışında Yönetmelik m. 7'de arama kararı ile ilgili olarak CMK m. 119'da bulunan düzenlemeler tekrar edilmiştir. Konumuz açısından özellikle önem taşıyan bir düzenlemeye Yönetmelik m. 7/3'te yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen arama ve elkoyma işlemi üzerine; ilgili kolluk görevlilerince "*neden Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı, Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla arandığını*" belirten ayrıntılı tutanak düzenlenerek soruşturma evrakına ekleneceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin önemi kolluğun gecikmesinde sakınca bulunduğu ve Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı gerekçesiyle kolluk amirinin emriyle yaptığı aramaların hukuka uygunluğunu denetlemek ve keyfilik önüne geçmektir. Kanaatimizce bu kadar önemli bir hükmün yönetmelik yerine CMK'da yer alması daha doğru olacaktır.

B. Aramada Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal ile İlgili Temel Tartışmalar

Bu kavram ile ilgili tartışmalar temel olarak; kavramın belirsizliği, mevzuattaki düzenlemeler ve uygulamadaki sorunlar olarak ayrılabilir. Aşağıda her bir başlık ayrı ayrı ele alınarak incelenecektir.

1. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Belirsizliğinden Kaynaklanan Tartışmalar

Öncelikle gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının belirsiz olduğu, uygulamada bu kavramın geniş yorumlanarak çoğu durumun bu kapsamda incelenebileceği, bu şekilde istisnanın kural haline gele-

⁴⁰ Donay, CMK Şerhi, 195; Yaşar ve Otacı, Ceza Muhakemesi Kanunu, 925; Karakoyunlu, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 14-15.

bileceği, dolayısıyla da temel hak ve özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirleri için öngörülen tedbirlerin anlamsız kalabileceği ifade edilmektedir⁴¹. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Kanun'un kullandığı ifade kavramın uygulama alanının oldukça geniş yorumlanmasına imkân tanımaktadır. Kanun'da kullanılan ve geniş yorumlanmaya müsait olan "sakınca" kavramı bu kurumun istisnai niteliği ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla bu kavram yerine "tehlike" kavramının kullanılması daha uygun düşmektedir. Çünkü tehlike kavramı daha somut ve yoğun bir durumun varlığını gerektirmektedir.

Ayrıca CMK m. 119/1'de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde "Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde" arama emri verme yetkisinin kolluk amirine geçeceği düzenlenmiştir. Bu maddede yer alan "ulaşılamadığı haller" kavramı da muğlaklık taşımaktadır. Bu nedenle "gecikmesinde sakınca" kavramı gibi yeterince belirsiz bir kavramın yanına "Cumhuriyet savcısına ulaşılamama" gibi başka bir belirsiz kavramın getirilmesi eleştirilmektedir⁴². AÖAY m.7/3'te bu konuyla ilgili kolluk görevlilerinin neden C. Savcısına ulaşılamadığı, C. Savcısın hangi vasıtalarla arandığını belirten ayrıntılı tutanak düzenleyerek ilgili soruşturma evrakına eklenmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme ile buradaki C. savcısına ulaşılamaması kavramındaki belirsizliğin somut olay çerçevesinde ortadan kaldırılması ve denetlenebilir hale gelmesi amaçlanmaktadır⁴³.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının belirsiz olması esasında kavramın tabiatıyla ilişkilidir. Gündelik hayatta bu kavramın kapsamına giren çok çeşitli olaylar meydana gelebilmektedir. Bütün ihtimalleri tüketecek belirlilikte bir tanım mümkün değildir. Dolayısıyla her somut olayda ilgili memur durumun özellikleri çerçevesinde subjektif bir değerlendirme yaparak karar verecektir⁴⁴. Fakat kolluğun subjektif değerlendirmesi de oldukça sorunludur. Subjektif değerlendirmeye dayanılması durumunda hemen her durumun gecik-

⁴¹ Özbek ve Bacaksız, Arama, 183; Çöpoğlu, Arama ve Elkoyma, 96.

⁴² Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 325-326; Donay, Ceza Yargılama Hukuku, 143.

⁴³ Dülger ve Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, 432; Yaşar ve Otacı, Ceza Muhakemesi Kanunu, 924.

⁴⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 320; Süheyl Donay, Ceza Yargılama Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012), 143

mede sakınca bulunan hal olarak değerlendirilebileceği, bir delilin hemen arama yapılmadığı takdirde kaybolmayacağına hiçbir zaman garanti edilemeyeceği eleştirisi getirilmektedir⁴⁵. Bu durum kavramın belirsizliğini belli ölçüde giderebilecek, belli bazı objektif kural ve mekanizmaların uygulanması ile çözülebilecektir. Doktrinde Özbek şöyle bir çözüm yolu önermektedir; hâkim özellikle kolluk amiri tarafından verilen arama emrini ilgili kıstaslara göre değerlendirecek ve aynı koşullarda başka bir memurun da aynı değerlendirmeyi yapacağı sonucuna ulaşıyorsa arama emrini hukuka uygun bulmalıdır⁴⁶. Kurumsal bir çözüm olarak da gecikmesinde sakınca bulunan haller vasıtasıyla yapılabilecek keyfi ve haksız aramaları önlemek adına “*her zaman ulaşılabilecek hâkim*” kurumunun yaratılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁷.

2. Mevzuattaki Düzenlemelerden Kaynaklanan Tartışmalar

Gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili bir diğer önemli tartışma konusu bu kavramın mevzuatta düzenlenme şekli ile ilgilidir. Bu konuda kanunlaşma sürecinde de yoğun şekilde tartışılan kolluğa gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama yetkisi verilip verilmeyeceği hususu ilk olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁸. Kolluğa bu yetkinin verilmek istenmemesinin nedeni kolluğa duyulan güvensizliktir. Nitekim CMK m. 119’un ilk halinde kolluğa hiçbir şekilde tek başına arama emri verme yetkisi tanınmamışken, 5353 s. Kanunla Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile kolluğun “*konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar*” dışında arama yapabileceği hükmü getirilmiştir⁴⁹. Bu değişiklikte kolluğun sadece hâkim ve savcının verdiği kararları yerine getirmekle yükümlü bir kurum olarak görüldüğü anlayışı değişmiş ve denge sağlanmaya çalışılmıştır⁵⁰.

⁴⁵ Ayhan Önder, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 29/3 (1963): 437.

⁴⁶ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, (Ankara: Seçkin Yayınevi 1999), 101.

⁴⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 325.

⁴⁸ Noyan, Ceza Muhakemesi, 273.

⁴⁹ Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2005), 337-338.

⁵⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 326.

5271 s. CMK'nın ilk taslağında kolluk amirine arama emri verme yetkisi verilmediği de göz önüne alınarak kolluğa arama emri verme yetkisinin kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Çünkü gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının belirsizliğinin en büyük risk alanı kolluk amirinin emri ile yapılacak aramalardır. Elkoyma işlemi gerçekleşmediği takdirde sadece Cumhuriyet savcısına bildirilen ve hâkim onayına sunulmayan bu arama kararları keyfiliğe açık büyük bir denetimsiz alana işaret etmektedir. Bu nedenle doktrinde iletişimin bu kadar ilerlediği bir çağda yürütmenin yargıya müdahalesi anlamına gelebilecek böyle bir istisnaya yer vermenin doğru olmayacağı, teknik alt yapı ve gerekli düzenlemeler ile ulaşılamama sorununun çözülebileceği ifade edilmektedir⁵¹. Her halükarda özellikle kolluk amirinin emri ile aramanın yapılabilmesine ilişkin istisnanın sıkı bir şekilde denetlenmesi gerekmektedir. Kolluk amirinin arama emri yetkisi sıkı bir şekilde denetlenmediği takdirde kolluğun kendisine tanınan istisnai yetkiyi en geniş şekilde, bazı durumlarda keyfi olarak kullanması, ilgisiz kişileri de araştırması söz konusu olabilecektir⁵².

Kanaatimizce yargı kararı olmadan temel hak ve özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirlerinin uygulanmasında, verilen yetkinin istisnai olması, denetlenebilir olması ve sıkı şartlara tabi tutulması halinde kolluğa da belli durumlarda yetki verilebilir. Bu, suçla etkin mücadele için gerekli bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Farklı hukuk sistemlerinde de bu tür yetkilerin tanındığı görülmektedir⁵³. Önemli olan kolluğun keyfi uygulamalarını denetleyen kurumların varlığı ve etkililiğidir.

Arama tedbirinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tartışma konusu olan bir diğer düzenleme, Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin emri ile yapılan aramalarda elkoyma işleminin gerçekleşmemesi halinde arama emrinin hâkim denetimine sunulmasının yanında düzenlenmemiş olmasıdır. Dolayısıyla ne Cumhuriyet savcısının ne de kolluk amirinin emriyle gerçekleşen aramalarda bu işleme-

⁵¹ Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, 520; Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 417.

⁵² Kahraman, Adli Arama, 351.

⁵³ Bkz. Al. CMK §105. ABD'de de gecikmesinde tehlike bulunan hallerde kolluğun arama yapma yetkisi bulunmaktadır. Bkz. Alman ve ABD Hukukunda Arama ve Gecikmesinde Sakınca Bulunan Haller, "ABD" Başlığı.

re yönelik onay suretiyle denetim olanağı tanınmamış ve istisnai yetkiyle yapılan bu aramalar hâkim güvencesi dışında bırakılmıştır⁵⁴.

CMK m. 119 ve CMK m. 127 birlikte incelendiğinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı ve kolluk amiri tarafından verilen arama emirlerinde eğer bu aramalar neticesinde elkoyma tedbiri uygulanmışsa, bu kararların yirmi dört saat içerisinde hakim onayın sunulması gerektiği, eğer Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen arama emirleri neticesinde elkoyma tedbiri uygulanmamışsa bu arama emirlerinin hakim onayına sunulmasına gerek olmadığı anlaşılmaktadır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde istisnai yetkiyle verilen arama emirlerinin hakim onayına sunulmasını arama sonucunda elkoyma yapılması şartına bağlayan bu düzenleme eleştiri konusu olmuştur. Öncelikle arama ve elkoyma tedbirleri arasında neden bu şekilde bir ayırım yapıldığı anlaşılamamaktadır. Bu farklılık nedeniyle arama tedbirine başvurulması noktasında keyfi uygulamalara imkan verilmektedir. Uygulamada bu tedbirlere gecikmesinde sakınca bulunma hal gerekçesiyle daha çok Cumhuriyet savcısı ve kolluk amiri tarafından karar verilmektedir. Bu durum çok sayıda arama kararının hakim denetiminden geçmediği denetimsiz bir gri alanın oluşmasına neden olmaktadır. Arama tedbirinin temel hak ve özgürlüklere müdahalesinin ağırlığı da göz önüne alındığında karşımıza vahim bir tablo çıkmaktadır. Bu nedenle hakim güvencesini daha etkin kılmak için Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen ve neticesinde elkoyma tedbirine başvurulmayan arama emirleri için zorunlu hakim onayının getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵. Kanaatimizce böyle bir düzenleme arama tedbirine istisnai yetkiyle başvuru-

⁵⁴ Yaşar ve Otacı, Ceza Muhakemesi Kanunu, 926; İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2031. Benzer bir durum Al. CMK §105'te bulunmaktadır. İlgili madde de arama emrinin hâkim onayına sunulması düzenlenmemiştir.

⁵⁵ İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2032. Uygulamada arama kararlarının çoğunlukla Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin emriyle yapılması, keyfi ve haksız bir uygulamaya işaret edebileceği gibi bu hallerin uygulamada çok sık karşılaşılmaması nedeniyle de olabilir. Önder, 1963 tarihli makalesinde "*tatbikatta tehirinde zarar umulan hallerin fazlalığı nedeniyle*" arama işlemine istisnaen yetkili makamların başvurduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre uygulamadaki durumun esas nedeni karşılaşılan olayların mahiyetinin hâkim kararı prensibinin uygulamasına mahal vermemesinden kaynaklanmaktadır. Önder, Arama, 428.

rulmasında keyfiligi azaltacağı ve objektifligi arttıracığı yerinde olacaktır.

Doktrinde mevzuat değişikliğine gerek olmadan Anayasanın “*kendiliğinden uygulanabilecek nitelikteki*” hükümleri yoluyla bu tür emirlerin derhal hakim onayına sunulması gerektiği de ileri sürülmektedir⁵⁶. Fakat uygulamada bu tür arama kararlarının hakim onayına sunulmadığı görülmektedir.

5271 s. CMK’da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yukarıda ifade edilen tartışmaların yanında eleştirilen bazı ifade ve düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5271 s. CMK m. 119’da konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama ile özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının daha ağır bir müdahaleye maruz kalacağı, dolayısıyla bu alanların daha etkin bir koruma altında olması gerektiği düşüncesi ile kolluk amirine bu alanlarda arama emri verme imkanı tanınmamıştır. Bu alanlarda sadece hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının emriyle arama yapılabilecektir. Kolluk amirinin istisnai yetkiyle arama yapabileceği kişinin üstü ve eşyası konut veya belirtilen diğer kapalı yerlerden daha az korumaya layık değildir. Ayrıca kişinin üstü ve eşyasında ya-

⁵⁶ Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 431; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan ve Mustafa Ruhan Erdem, Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: 2022), 549; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 327; Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 470; Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, 521. Her ne kadar CMK’da savcılık veya kolluk amiri tarafından verilen arama emrinin hâkim onayına sunulması düzenlenmemişse de kamu davası açıldıktan sonra yargı makamlarının arama emrini ve ona dayanak olan gecikmede sakınca bulunan hal koşullarını denetlemesi mümkündür. Özbek, Arama, 75. Bunun yanında denetim yolu olarak aramanın ölçüsüz gerçekleştirilmiş olması nedeniyle tazminat yoluna başvurulması (CMK m. 141/1-i) ve söz konusu aramanın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru imkanı bulunmaktadır. Yaşar ve Otacı, Ceza Muhakemesi Kanunu, 926. Fakat bu durum aramanın sonuçsuz kaldığı ya da tazminat koşullarını sağlamadığı durumlar için yeterli bir çözüm ve güvence sunmamaktadır. Kovuşturma aşamasında aramanın hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesinin sanık açısından somut bir faydası bulunmamaktadır. Çünkü arama neticesinde bir delil bulunamadığı için hukuka aykırı delil tartışması da söz konusu olmayacaktır. Bunun yanında iddianamenin düzenlenmediği durumlar için aramanın hukuka aykırılığının tespiti dahi yapılamayacaktır. Bireysel başvurunun amacı ve kapsamı da bu sorunu çözecek genişlikte değildir. Sonuç olarak savcılık veya kolluk amiri tarafından verilen arama emrinin hâkim onayına sunulmadığı durumlar için etkili ve kapsamlı bir denetim yolunun bulunmadığı ve bir mevzuat değişikliği ile bu sorunun çözülmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

pılan arama ile özel hayatın gizliliğine yapılan müdahale, konut ve diğer kapalı alanlara yapılan müdahaleden daha ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Dolayısıyla bu düzenleme hem kişinin üstü ve eşyası üzerinde yapılacak bir aramaya daha az önem atfedildiği izlenimi uyandırmakta hem de uygulamada bu haklara daha kolay müdahale edilebileceği algısına neden olmaktadır⁵⁷.

3. Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar

Gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili en önemli sorunlar uygulamada yaşanmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal terimi son derece belirsiz ve geniş yorumlanmaya müsait bir kavramdır. Nitekim uygulamada da bu kavram oldukça geniş yorumlanarak kötüye kullanılmaktadır⁵⁸. Gece arama yapılması istisna iken uygulamada bu kavram kullanılarak gece arama yapılması kural haline gelmiştir. Kavramın muğlaklığı ve sınırlarının belli olmaması açıkça kötüye kullanılmaktadır⁵⁹. Kişinin üstünün ve eşyasının aranması uygulamada genellikle kolluk amirinin emri ile gerçekleşmektedir. Halbuki kolluk amirine yetki devrinin gerçekleşebilmesi için Cumhuriyet savcısına ulaşamıyor olması gerekmektedir⁶⁰.

Uygulamadaki bu durum arama tedbirinde hakim kararı ile getirilen güvencenin anlamını ve etkisini kaybetmesine neden olmaktadır. Fakat uygulamanın kötü olması bu düzenlemeyi de kötü hale getirmez. Aksine gecikmesinde sakınca bulunan hal düzenlemesi suçla mücadele açısından oldukça önem taşımaktadır. Gecikmede sakınca halinin varlığı bir zarurettir. Burada düzeltilmesi gereken uygulamadır.

Uygulamada anayasal ve kanuni güvencelerin bu şekilde dolaşması ve etkisizleştirilmesi hukuk devleti kültürünün eksikliği ve uygulamacı tarafından özümsememesinin bir neticesi olarak değer-

⁵⁷ İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2031-2032.

⁵⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 325-326.

⁵⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 320.

⁶⁰ İnci, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 2032; Özbek ve Bacaksız, Arama, 183. Alman hukukunda uygulamada benzer bir sorunun varlığı konusunda bkz. Martin Hussels, Strafprozessrecht-schnell erfasst, (Springer-Verlag 2014), 90. Alman Anayasa Mahkemesi de 2001 yılındaki kararında arama tedbirinde kural olan hâkim kararı şartının uygulamada istisna haline geldiğine değinmektedir. Bkz. BVerfG, 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00, <https://dejure.org/> (E.T.: 11.02.2024).

lendirilebilir. Fakat kültürel boyutunun yanında soruşturma makamlarının ve özellikle kolluğun suçla mücadele görevinin tabiatından kaynaklanan ve hemen hemen bütün ülkelerde görülen benzer sorunlar bulunmaktadır. Şüpheliye ulaşma ve delil elde etme amacıyla kolluk tarafından kuralların esnetilmesi, geniş yorumlanması ve hatta ihlal edilmesi yaygın olarak görülen bir problemdir. Bu durumun engellenmesi ancak koruyucu yasal düzenlemeler ve hakim kararına dayanan etkili bir denetim mekanizması ile gerçekleştirilebilir.

Özellikle uygulama ile ilgili sorunların çözümünde temel hakları koruyucu ve yapılan adli işlemleri denetleyici bir mekanizma olarak yargısal içtihatlar büyük önem taşımaktadır. Hukuka aykırı bir arama neticesinde elde edilen delilin yargılamada kullanılamaması, soruşturma makamlarını daha dikkatli olmaya itecektir. Bu nedenle yargısal içtihatların gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin yorum ve değerlendirmeleri büyük önem taşımaktadır. Aşağıda ulusal ve yabancı mahkeme kararları incelenecektir.

IV. MAHKEME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE ARAMADA GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI

A. Yargıtay Kararları

Arama tedbiri, uygulamada en çok başvurulmuş koruma tedbirlerinden ve en önemli delil elde etme yollarından biridir. Bu nedenle pek çok davada usule uygun arama yapılmadığı önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Uyuşturucu suçları, kaçakçılık suçları, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen suçlar başta olmak üzere suçun konusunun somut bir nesne olduğu suçlara ilişkin soruşturmalarda arama tedbiri uygulanırken gecikmesinde sakınca bulunan hallere sıkça başvurulduğu görülmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal olmadığı halde aramanın bu gerekçe ile yapılması bu tür davalarda en çok ileri sürülen itirazlardan biridir. Yargıtay'ın bu konuyu nasıl ele aldığı bu nedenle büyük önem taşımaktadır.

Yargıtay ceza daireleri bazı kararlarında gecikmesinde sakınca bulunan halin yokluğuna veya bu halin dayandığı gerekçelerin belirtilmemiş olmasına dayalı itirazları tartışma konusu dahi yapmamak-

tadır⁶¹. Buna karşın başta Yargıtay 7. Ceza Dairesi olmak üzere farklı ceza daireleri gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanarak yapılan aramaların hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle pek çok bozma kararı vermiştir.⁶²

- ⁶¹ Y. 10. CD., E. 2022/352 K. 2023/10693 T. 6.12.2023; Y. 10. CD., E. 2023/17627 K. 2023/10997 T. 13.12.2023; Y. 10. CD., E. 2023/12126 K. 2023/10643 T. 6.12.2023; Y. 7. CD., E. 2013/14070 K. 2014/8491 T. 5.5.2014; Y. 7. CD., E. 2013/17333 K. 2014/9493 T. 12.5.2014. "Lexpera İçtihat Veritabanı", <https://www.lexpera.com.tr>, E.T.:02.03.2024).
- ⁶² "Cumhuriyet Savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunduğundan bahisle verilmiş yazılı bir arama izni bulunmasına rağmen arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin belirtilmediği, dosya içerisinde bulunan 02.02.2011 tarihli arama tutanağının tarih ve saati incelendiğinde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması nedeniyle arama kararının savcılık tarafından verilemeyeceği, buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu, sanık aşamalarda ki savunmalarında ise sigaraları içmek amacıyla aldığını, ticari amacının olmadığını beyan etmiş olup işyerinde yapılan aramada da herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı, usulsüz arama sonucu kanuna aykırı olarak elde edilen delil (eşya) dışında sanığın mahkumiyetini gerektirecek başkaca bir delil de elde edilemediği ve kaçak eşyanın miktar ve mahiyeti gözetildiğinde, dava konusu eşyayı ticari amaçla bulundurduğuna dair sanığın savunmasının aksine mahkumiyeti için her türlü şüpheden uzak, kesin, yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığı halde, beraati yerine yazılı gerekçeyle mahkumiyetine karar verilmesi(...)" Y. 7. CD., E. 2014/1269 K. 2014/20809 T. 08.12.2014, "Legalbank Elektronik Hukuk Bankası", <https://legalbank.net>, E.T.: 10.03.2024). "(...)Arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin belirtilmediği, kaldı ki bir gün önce aynı olayla ilgili mahkemenin adli arama kararı alınabilmesi nedeniyle ortada gecikmede sakınca bulunan bir halden de bahsedilemeyeceği, dosya içerisinde bulunan 25.11.2011 tarihli arama tutanağının tarih ve saati incelendiğinde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması nedeniyle arama kararının gecikmesinde sakınca olduğuna dair gerekçe belirtilemeksizin savcılık tarafından verilemeyeceği buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu, (...)" Y. 7. CD., E. 2021/4375 K. 2021/15668 T. 24.11.2021. Aynı yönde; "Cumhuriyet Savcısından arama kararı talep edilmesini gerektirir nitelikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerin neler olduğu açıkça gösterilmeden, Cumhuriyet Savcısı tarafından da gecikmesinde sakınca bulunan ve aciliyeti haklı kılan halin ne olduğu belirtilmeden gündüz vakti saat 14:00 ila 16:00 saatlerini kapsayacak şekilde CMK.nun 119. maddesine ve hukuka aykırı şekilde arama kararı verilmesini, (...)" Y. 7. CD., E. 2015/18389 K. 2017/9112 T. 9.11.2017; "Arama kararı hâkim tarafından verilmemiş, jandarma komutanlığının istemi üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından verilen yazılı arama ve el koyma kararında gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığından ve derhal arama yapılmaması halinde delillerin kaybolacağından bahsedilmediği (...) Bu tespitlere göre, yasanın emredici hükümlerine uyulmadan yapılan arama sonucu elde edilen deliller ve bu kapsamda el konulan eşyanın, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil niteliğinde olması nedeniyle hükme esas alınamayacağı ve dosya içeriğinde bundan başkaca sanığın cezalandırılmasına yeterli delillerin bulunmadığı gözetilerek, atılı suçtan sanığın beraati yerine, delillerin takdirinde yanılığa düşülmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması", Y. 7. CD., E. 2014/2979 K. 2015/15219 T.

Yargıtay ceza dairelerinin kararları incelendiğinde; arama emrinde gecikmesinde sakınca bulunan halden ya da derhal arama yapılmaması halinde delillerin kaybolacağından bahsedilmemesi, arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halden bahsedilmekle birlikte gerekçesinin belirtilmemesi ve son olarak aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması aramanın gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle hukuka aykırılığına karar verilmesindeki temel nedenler olarak görülmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009 yılında verdiği bir kararda⁶³; sahte rakı imal edildiği ihbarı üzerine kolluğun yaptığı bir aramada, sahte rakı imalatında kullanılan çok çeşitli alet ve suç eşyası bulunmasına karşın “düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu (...)” kararını vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014 yılında verdiği bir başka kararda; konutta arama talebi sulh ceza hakimi tarafından reddedilen Cumhuriyet savcısının bu karara karşı kanun yoluna başvurmadan ret kararından bir gün sonra gecikmede sakınca bulunan hal nedeniyle arama emri vermesi hukuka aykırı bulunmuştur. Kararda gecikmede sakınca bulunan halin varlığından bahsetmenin yeterli olmadığı, soruşturma evraklarından şüphelinin konutundan ayrılacağına, suça konu eşyanın kaybolmasına, elden çıkarılmasına veya yok edilme riskine ilişkin ek bilginin bulunmadığı, hakime karar için başvurmanın deliller için ne gibi sakıncalar ortaya çıkaracağına somut olgular ile ortaya konma-

15.4.2015; “Cumhuriyet savcısından arama kararı talep edilmesini gerektirir nitelikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerin neler olduğu açıkça gösterilmeden, Cumhuriyet savcısı tarafından da gecikmesinde sakınca bulunan ve aciliyeti haklı kılan halin ne olduğu belirtilmeden gündüz vakti saat 15:00 ila 17:00 saatlerini kapsayacak şekilde CMK’nin 119. maddesine ve hukuka aykırı şekilde arama kararı verilmesi ve hukuka aykırı elde edilen delillere göre mahkumiyet hükmü kurulması, (...)” Y. 7. CD., E. 2014/23490 K. 2015/20388 T. 19.10.2015; Y. 7. CD., E. 2014/30389 K. 2016/9769 T. 29.9.2016; Y. 20. CD., E. 2018/1394 K. 2018/4241 T. 15.10.2018; Y. 8. CD., E. 2021/9409 K. 2023/9760 T. 11.12.2023. (Lexpera)

⁶³ Y. CGK., E. 2009/160 K. 2009/264 T. 17.11.2009. (Lexpera)

dığı veya aciliyeti gösteren haklı bir halden söz edilmediği gerekçe olarak gösterilmiştir⁶⁴.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun arama tedbirini ve gecikmesinde sakınca bulunan hali ayrıntılı olarak ele aldığı 2019 tarihli bir kararında ise arama tedbirinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerle ilişkin çok daha esnek bir tutum sergilediği görülmektedir. Bu kararda Cumhuriyet savcısının emriyle yapılan aramada arama emrinde gecikmesinde sakınca bulunan hale ilişkin şekli, yüzeysel ve hatta örtük ifadelerin yeterli olduğunu, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına ilişkin açık ve anlaşılır ifadelerle gerek olmadığını kabul etmiştir⁶⁵.

Arama tedbirinde gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili sorunlar kanun yararına bozma yoluyla da Yargıtay dairelerinin önüne gelmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı gerekçesiyle yapılan arama ve elkoyma işlemlerinin onay için sunulduğu Sulh Ceza Hakimliği tarafından; gecikmesinde sakınca bulunan halin şartlarının yokluğu, arama emrinde bu gerekçeden bahsedilmemesi, gecikmede sakınca bulunduğu dair bilgi ve belgenin bulunmayışı gerekçeleriyle reddedildiği görülmektedir. Kanun yararına bozma yoluyla Yargıtay önüne gelen bu dosyalarda gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı geniş yorumlanarak Cumhuriyet savcısının kararı ile yapılan aramanın hukuka uygun olduğuna karar verilmektedir⁶⁶.

Yargıtay kararları birlikte değerlendirildiğinde istikrarlı bir uygulamanın görülmediği anlaşılacaktır. Bazı kararlarda gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına ilişkin itirazlar tartışma konusu dahi yapılmamaktadır. Buna karşın çeşitli Yargıtay Ceza Daireleri'nin ve Ceza Genel Kurulu'nun verdiği pek çok kararda; gecikmesinde sakınca bulunan halin somut gerekçeleri ile birlikte arama emrinde belirtilmesi gerektiği, mesai saatleri içerisinde gecikmesinde sakınca hal kavramına başvurulamayacağı ve hakim şartını dolanmaya yönelik tutumların aramayı hukuka aykırı hale getireceği ifade edilmektedir.

⁶⁴ Y. CGK., E. 2014/166 K. 2014/514 T. 25.11.2014. (Lexpera)

⁶⁵ Y. CGK., E. 2016/75 K. 2019/18 T. 17.1.2019. (Lexpera)

⁶⁶ Y. 10. CD., E. 2018/786 K. 2018/4486 T. 24.5.2018; Y. 1. CD., E. 2016/6175 K. 2017/253 T. 6.2.2017; Y. 7. CD., E. 2021/419 K. 2021/2555 T. 22.2.2021. (Lexpera)

Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının daha esnek yorumlandığı kararlar da mevcuttur. Kanun yoluna bozma yoluyla önüne gelen dosyalarda ise Yargıtay'ın gecikmesinde sakınca bulunan halin şartlarını yüzeysel olarak ele aldığı ve bu hükümlere dayanarak arama tedbirini hukuka uygun bulduğu, daha açık bir ifadeyle elde edilen delilleri koruyucu bir tavır sergilediği görülmektedir. Bununla birlikte Yargıtay kararlarında, pek çok istisnaya rağmen, gecikmesinde sakınca bulunan hale ilişkin soruşturma makamlarını daha titiz davranmaya yönelten genel bir tavrın varlığından söz edilebilir.

B. Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi (AYM), hukuka aykırı arama iddiası ile yapılan Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz başvurusunda, soruşturma makamlarının gecikmesinde sakınca bulunan halin olup olmadığını değerlendirmede Anayasa Mahkemesine göre daha iyi konumda olduğunu ifade etmekte ama kendi denetim yetkisinin varlığını da saklı tutmaktadır. AYM somut olayda gecikmesinde sakınca bulunan halin değerlendirilmesinde “*bariz bir takdir hatası veya açık bir keyfilik*” olmadığı gerekçesiyle bu karara müdahale etmeye gerek görmemiştir⁶⁷.

Jakop Gabriel başvurusunda, başvurusunun konutunda savcılık kararı ile gece vakti arama yapılmış, başvuru gecikmesinde sakınca bulunmadığı halde gece ve savcılık kararı ile arama yapılması nedeniyle aramanın ve elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. AYM, başka bir nedenden dolayı aramayı hukuka aykırı bulmakla birlikte mezkur iddiayı ayrıca tartışmamıştır⁶⁸.

AYM'nin konuyla ilgili verdiği kısıtlı sayıdaki kararda elde edilen delillerin niteliğine ve soruşturma makamlarının değerlendirmesine ağırlık verdiği görülmektedir. Fakat AYM verdiği kararlarda konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğine ilişkin güvencelerin kısıtlanmasında bariz bir keyfilik bulunması halinde hak ihlali kararı verebileceğini vurgulamaktadır.

⁶⁷ Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz, B. 2019/21704 T. 20.9.2023, §66-§73. Aynı yönde bkz. Ali Turan, B. 2016/11516 T. 28.11.2019, §32. Bu çalışmada atıf yapılan bütün Anayasa Mahkemesi kararları için; “Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası”, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

⁶⁸ Jakop Gabriel, B. No: 2013/2392, 15/4/2015, § 43 vd; Hasan Akboğa, [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019 §55, §96.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHS m. 8'de "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlığı altında herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Maddede kamu makamları tarafından bu hakkın kullanılmasına yapılacak bir müdahalenin 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 olabileceği" belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı ya da aciliyet arz eden durumların bulunduğu gerekçesiyle hakim kararı alınmadan yapılan aramaları AİHS m. 8'in sağladığı ölçütler çerçevesinde incelemektedir. Bu konuda verilen pek çok karar olmakla birlikte aşağıda AİHM'nin bu konuda verdiği belli başlı kararlar incelenecektir.

AİHM 2021 tarihli Tortladze/Gürcistan kararında belirttiği üzere, AİHS m.8'de yer alan hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmesi için müdahalenin hukuka uygun olması, meşru bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmesi ve demokratik bir toplumda gerekli olması kriterlerine uygunluğu aramaktadır⁶⁹. Acil durumlar nedeniyle hakim kararı olmadan yapılan arama, yürütülen suç soruşturmalarında kullanılacak delillerin elde edilmesi amacıyla yönelik olduğundan, AİHM tarafından kamu güvenliği, suçun önlenmesi ve başkalarının haklarının korunmasına hizmet ettiği gerekçesiyle meşru bir amaca yönelik bir müdahale olarak görülmektedir⁷⁰. Demokratik toplumda müdahalenin gerekliliği kavramı ise AİHM tarafından söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığına göre değerlendirilmektedir. Arama ve elkoyma tedbiri özelinde, bu tedbirler için ileri sürülen gerekçelerin yeterli ve ilgili olup olmadığı, orantılılık ilkesine bağlı

⁶⁹ Tortladze/Gürcistan, B. No: 42371/08, (AİHM 18 Mart 2021) §55; Aynı yönde; K.S. ve M.S./Almanya, B. No: 33696/11, (AİHM 6 Ekim 2016) §43; Smirnov/Rusya, B. No 71362/01, (AİHM 7 Haziran 2007) §38-41. Bu çalışmada yer verilen bütün AİHM kararları, mahkemenin resmi sayfasında (<https://www.echr.coe.int/hudoc-database>) yer alan karar bilgi bankasından alınmıştır.

⁷⁰ Tortladze/Gürcistan §57.

kalınıp kalınmadığı, kötüye kullanıma ilişkin mevzuat ve uygulamada yeterli ve etkili güvencelerin varlığı göz önüne alınmaktadır. Hakim kararı olmadan yapılan aramalarda AİHM, sözleşmecî devletlerin takdir yetkisinin varlığını kabul etmekle birlikte takdir yetkisi kullanan makamların bu konuda dikkatli olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede AİHM'e göre her somut olayda suçun ağırlığı, arama emrinin verildiği şartlar ve usul, mevcut delil durumu, arama emrinin içerik ve kapsamı ve arama nedeniyle kişinin itibarı üzerinde oluşacak etkiler gibi durumlar dikkat alınmalıdır⁷¹.

Tortladze/Gürcistan kararındaki somut olaya ilişkin olarak AİHM, aramanın aciliyetini gösteren şartların neler olduğuna ilişkin bir açıklama yapılmamasına değinmiş ve aramadan bir gün önce konsolosluk binasında arama yapılmasının uygunluğu için Dışişleri Bakanlığı ile görüştükleri halde aynı sürede hakim kararının alınmamasının gerekçesiz kaldığını ifade etmiştir. Ayrıca aramadan sonra yeterli ve etkili bir hakim denetimi de yapılmamıştır. Sonuç olarak aramanın aciliyet koşulları içinde yapılmasına ilişkin prosedürlerin makul bir gerekçesinin olmadığı ve aramadan sonra etkili ve detaylı bir hakim denetiminin yapılmadığı anlaşılmıştır. AİHM bu nedenle söz konusu aramanın makul ve yeterli güvencelere sahip olmadığına ve AİHS m. 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir⁷².

AİHM yine 2021 yılında verdiği Kuzminas/Rusya kararında;⁷³ bir evin içerisinde uyuşturucu olduğuna ilişkin bilgi alındıktan bir gün sonra aramanın yapıldığını, bu sürede neden hakim kararı alınamadığının belirsiz bırakıldığını, savcılığın "*acilen arama yapılmadığı takdirde delillerin kaybolacağı*" ifadesi dışında aramanın aciliyetini gösteren ek bir bilgi ve açıklamanın olmadığını tespit etmiştir⁷⁴. AİHM'e göre aciliyet arzettiği gerekçesiyle hakim kararı olmadan yapılan bu tür aramaların daha sonra geçmişe dönük olarak (*ex post factum*) detaylı ve özenli bir yargısal inceleme ile dengelenmesi gerekmektedir. Fakat somut olayda arama kararını denetleyen mahkemenin aciliyet koşullarını detaylı ve

⁷¹ Tortladze/Gürcistan §58; Smirnov/Rusya §44; K.S. ve M.S./Almanya §44.

⁷² Tortladze/Gürcistan §64, §68. Aynı yönde bkz. Bakradze/Gürcistan, B. No:21074/09, (AİHM 10 Aralık 2020) §25, §26.

⁷³ Kuzminas/Rusya, B. No: 69810/11, (AİHM 21 Aralık 2021)

⁷⁴ Kuzminas/Rusya §23.

özenli bir şekilde incelemeyeceği anlaşılmıştır. Mahkeme ayrıca arama kararını inceleyen mahkemeye sadece arama kararı ve arama tutanağının sunulduğunu, bu durumun aramanın aciliyet koşullarını incelemek için yeterli olmadığını ifade etmiştir. Sonuç olarak AİHM, gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle (*urgent procedure*) başvurusunun evinde savcılık kararıyla yapılan aramanın hukuka aykırı olduğuna, aramanın yapılmasından sonra gerçekleştirilen hakim denetiminin de yetersiz olduğuna hükmetmiştir⁷⁵.

Smirnov/Rusya kararında savcılığın arama emrinin çok geniş terimler ile ifade edilmesi, arama emrinde herhangi bir sınırlama olmaksızın soruşturması dosyası ile ilgili olabilecek herhangi bir belge ve nesnenin bulunmasının istenmesi, arama emrinin soruşturmaya ilişkin bir bilgi içermemesi ve aramanın amacının belirtilmemesi eksiklik olarak tespit edilmiş, aramadan sonra arama emrini inceleyen mahkemenin de yüzeysel bir denetim yaptığı ifade edilmiştir. Sonuç olarak AİHM savcılık emriyle yetersiz ve ilgisiz sebeplere dayanarak aramanın yapıldığına, etkili koruyucu mekanizmaların olmadığına ve (diğer gerekçeler ile birlikte) AİHS m. 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁶.

K.S. ve M.S./Almanya kararından anlaşılacağı üzere AİHM gecikmede sakınca bulunan hallerde yapılan aramanın bir hakim denetiminden geçerek onaylanmasını önemli bulmakta, fakat bu durumun tek başına müdahalenin keyfiliğine ve kötüye kullanımına karşı bir koruma sağlamadığını belirtmektedir. AİHM'e göre incelemeyi yapacak mahkemenin olaya özgü şartları inceleyerek yasal çerçeve ve yetkilere ilişkin sınırların yetkililerin keyfi kararlarına karşı yeterli bir koruma sağlayıp sağlamadığını değerlendirmesi gerekmektedir⁷⁷.

Kararlar bir bütün olarak incelendiğinde, AİHM'in adli aramada şekli bir mekanizmaya değil, mevzuat ve uygulamadaki güvencelerin somut varlığına ve bunların etkililiğine baktığı anlaşılmaktadır. Aramanın acilen yapılmasını gerektiren koşulların bulunduğu gerekçesiyle hakim kararı alınmadan yapılan aramalarda; hakimden karar alınmama nedenlerinin gerekçelendirilmesi, aramanın aciliyet arz etti-

⁷⁵ Kuzminas/ Rusya §24-§26.

⁷⁶ Smirnov/Rusya §47, §49.

⁷⁷ K.S. ve M.S./Almanya §45. Benzer değerlendirme için bkz. Smirnov/Rusya §45.

ği aksi takdirde delillerin kaybolacağı gibi genel ifadeler ile yetinilmemesi, bu durumun ek bilgiler ile somutlaştırılması gerektiği ifade edilmektedir. AİHM aramadan sonra arama kararı hakkında yapılacak etkili bir yargısal denetime bir güvence mekanizması olarak önem atfetmektedir. Hakim kararı olmadan yapılan aramanın detaylı ve özenli bir yargısal denetimden geçmesi, geçmişe dönük yapılacak olan incelemenin (ex post factum) şekli ve yüzeysel olmaması ve bu incelemenin gerekli bütün evraklar incelenerek yapılması AİHM için bu güvencenin etkiliğini sağlayan asgari ölçütlerdir.

AİHM kararları Türkiye'deki hukuksal durum ile karşılaştırıldığında Türk hukukunda özellikle aramadan sonra etkili bir hakim denetiminin eksikliği göze çarpmaktadır. Türk hukukunda gecikmesinde sakınca bulunan hal ile verilen arama emirleri ancak elkoyma kararına ihtiyaç duyulursa hakim onayına sunulmaktadır. Bu durumda yapılan hakim denetimlerinin etkili olmadığı, hukuka aykırı arama yapıldığı gerekçesiyle sulh ceza hakimleri tarafından onaylanmayan arama ve elkoyma kararlarının da kanun yoluyla bozulduğunu daha önce ifade etmiştik. Arama emri ile yapılan ve sonuçsuz kaldığı için sulh ceza hakiminden onay istenmeyen kararlar ise bu tür bir *ex post factum* hakim denetiminden tamamen yoksundur. Dolayısıyla Türk hukuku ve uygulamasında adli arama ve gecikmesinde sakınca haline ilişkin güvencelerin AİHM kriterlerini karşılamadığı açıkça ortadadır.

V. ALMAN VE ABD HUKUKUNDA ARAMA VE GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HALLER

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına ilişkin başka ülkelerin mevzuat ve mahkeme kararlarının incelenmesi büyük önem taşımaktadır. Fakat çalışmamızın kapsamı karşılaştırmalı hukuk açısından geniş bir inceleme yapmaya imkan vermemektedir. Bu nedenle Kita Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde önde gelen ülkeler olarak sadece Alman ve ABD hukuku ele alınacaktır.

A. Almanya

Türk hukukunda "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*" olarak adlandırılan kavram Alman hukukunda "*gecikmesinde tehlike bulunan hal*" (Gefahr in Verzug) olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla Alman hukuku ile ilgili açıklamalarda biz de "*gecikmesinde tehlike bulunan hal*" ifadesini kullanacağız.

Alman hukukunda arama ile ilgili düzenlemeler, konunun öneminden dolayı Anayasada ve Alman Ceza Muhakemesi Kanununda (Al. CMK) düzenlenmiştir. Alman Anayasası (Grundgesetz) m. 13'te konut dokunulmazlığı düzenlenmiştir⁷⁸. Mezkur maddenin ilk fıkrasında konut dokunulmazlığı hakkı düzenlendikten sonra, ikinci fıkrada aramaların kural olarak hakim kararı, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde ise kanunlar tarafından öngörülen organlar tarafından ve ancak önceden belirlenen şekilde yürütülerek yapılabileceği düzenlenmiştir. Al. CMK'nda ise arama (Durchsuchung) ile ilgili düzenlemeler §102 ve §107 arasında düzenlenmiştir. Gecikmesinde tehlike bulunan hal kavramına ilk olarak kapalı yerlerde gece vakti yapılacak aramayı düzenleyen §104'te yer verilmiş ve suçüstü hali ile firar eden tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması ile birlikte gecikmesinde tehlike bulunan hal gece arama yapılmasının istisnaları arasında sayılmıştır. Gecikmesinde tehlike bulunan hal kavramının yer aldığı diğer düzenleme ise aramanın usulünü düzenleyen Al. CMK §105'dir. Alman Anayasası m. 13'e uygun olarak burada da aramanın kural olarak hakim kararı ile yapılacağı düzenlenmiştir. Gecikmesinde tehlike bulunan hallerde ise savcılık ve ona bağlı kolluğun arama yapabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Al. CMK §103'de sayılan belli bazı suçlardan dolayı şüphe altındaki kişilerin yakalanması için konutta ve diğer kapalı alanlarda arama yapılabilmesine sadece hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı karar verebilecektir. Bu düzenlemede kolluğa yetki tanınmamıştır⁷⁹.

Arama kararlarında gereken hakim kararının şekline dair Anayasa'da bir hüküm bulunmamaktadır. Al. CMK § 34'ten yola çıkarak kural olarak hakimlik kararlarında yazılı bir gerekçenin emredildiği düşünülse de doğrudan arama kararını düzenleyen Al. CMK § 105'te

⁷⁸ Alman Anayasası m. 13 "(1) Konuta dokunulamaz. (2) Aramalar, ancak yargıç kararı, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yasaların öngördüğü diğer organların kararı üzerine ve yalnız yasalarda yazılı şekilde yapılabilir. (...)" Çeviri için bkz. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>

⁷⁹ Roxin ve Schünemann, Strafverfahrensrecht, 288. Al. CMK § 98'e göre elkonulması sadece hâkim kararıyla mümkün olan basın ve yayın araçlarının bulunduğu yerlerde arama da ancak hâkim kararıyla olabilir. Bu tür yerlerde gecikmesinde tehlike bulunan hallerde dahi hâkim kararı olmadan savcı veya kolluk arama yapamayacaktır. Hans Kudlich, Strafrecht Allgemeiner Teil, (München: C. H. Beck Verlag 2006), 1341.

belli bir şekil öngörülmemiştir. Dolayısıyla hakim kararının yazılı olmasına gerek yoktur. Zamanın kısıtlı olmasından dolayı delillerin kaybolması tehlikesi varsa ve hakim tarafından arama kararının faks ya da email ile gönderilmesi mümkün değilse, telefon yoluyla sözlü olarak da arama kararı verilebilir⁸⁰. Dolayısıyla Anayasa tarafından öngörülen hakim güvencesinin etkin olarak kalabilmesi ve yargılama aşamasında bu tedbirlere ilişkin etkili bir denetimin yapılabilmesi için, soruşturma makamları mümkün olduğunca arama için bir hakim kararı elde etmeye çalışmalıdırlar. Bu anlamda telefon ile yapılan bir konuşma dahi yeterlidir⁸¹. Fakat sözlü olarak alınan arama emrinin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi için sonradan yazıya dökülmesi gerekmektedir⁸².

Al. CMK §105 hükmü gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk ve savcılık arasında açık bir öncelik sıralaması yapmamıştır. Al. CMK §105 lafzında Türk CMK 119/1’de olduğu gibi savcıya ulaşılamayan hallerde kolluğa arama yapma yetkisi tanınmamış, onun yerine gecikmesinde tehlike bulunan hallerde savcı ve ona bağlı kolluğun arama yapmaya yetkili olduğu ifade edilmiştir. Her ne kadar Al. CMK §105’te savcılık ve kolluk arasında yetki devri açısından bir öncelik sonralık sırası açıkça ifade edilmemiş olsa da, arama tedbiri ile temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin yoğunluğu nedeniyle öğretilerde kolluğun öncelikle savcılıktan bir arama emri almaya çalışması gerektiği ifade edilmektedir⁸³. Savcılık veya kolluk tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanarak Al. CMK §105’e göre alınan arama emirleri için hakim onayına sunma şartı düzenlenmemiştir⁸⁴. Bu yönüyle Türk hukuku ile benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Fakat arama devam ederken veya tamamlandıktan sonra gecikmesinde tehlike bulunan hal nedeniyle Cumhuriyet savcısı ve kolluk tara-

⁸⁰ Sigrig Hegmann, "StPO § 105 Verfahren bei der Durchsuchung", içinde Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, ed. Jürgen Graf, (München: 27. Edition C. H. Beck Verlag 2024), § 105 kn 8.

⁸¹ Meyer-Grossner ve Schmitt, Strafprozessordnung, §105, kn. 2; Kudlich, Strafrecht AT, 1342; Hauschild, Münchener Kommentar, § 105 kn 9.

⁸² Björn Gercke, "StPO § 105 Verfahren bei der Durchsuchung", içinde Heidelberger Kommentar zur StPO. ed. Björn Gercke, vd. (Freiburg: Verlag C. F. Müller 2012), § 105 kn. 42.

⁸³ Gercke, Heidelberger Kommentar, §105 kn. 46; Kudlich, Strafrecht AT, 1343..

⁸⁴ Meyer-Grossner ve Schmitt, Strafprozessordnung, §105, kn. 2.

findan verilen arama emirlerinin hukuka aykırılığı için Al. CMK §98'e dayanarak mahkemeye başvurulabilir. Mahkeme yapacağı incelemede gecikmesinde tehlike bulunan halin yokluğuna hükmederse arama emrini iptal eder⁸⁵. Mahkeme gecikmesinde tehlike halini her yönüyle değerlendirecektir. Fakat mahkemenin bu incelemeyi *ex ante* olarak yapması gerekmektedir⁸⁶.

Alman hukukunda başta arama tedbiri olmak üzere gecikmesinde tehlike bulunan hallerin sağladığı yetkiler uzun süre cömertçe kullanılmıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi 2001 yılında arama ile ilgili önemli bir karar⁸⁷ vermiş ve bu kurumun uygulanmasına ilişkin çeşitli kriterler tespit etmiştir⁸⁸. Karara göre aramada hakim kararı kuralı (Richtervorbehalt), tarafsız ve bağımsız bir mercii olarak arama tedbirini kontrol etme imkanı vermektedir. Soruşturmayı yürüten kamu makamları olan savcılık ve kolluğun hakimler gibi tarafsız ve bağımsız olması beklenemeyeceği için hakim kararı kuralı önem taşımaktadır. Bütün devlet organları, temel hakların korunmasını sağlayan hakim kararı kuralının pratikte etkisiz hale gelmemesi için çaba göstermelidir. Mahkeme buna karşın gecikmede yakın tehlike gibi acil durumlarda kolluğa tanınan yetkilerin kullanımında aşırıya kaçılması ve kötüye kullanma eleştirileri bulunduğunu belirtmektedir⁸⁹. Mahkeme bir diğer önemli sorun olarak denetimi sağlayacak olan soruşturma hakimlerinin personel yetersizliği, zaman baskısı, kapsamlı dosyalarda yeterli bilgi sahibi olamaması gibi önemli eksiklikler nedeniyle yeterli denetimi sağlayamadığını ifade etmiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi, bu kararında gecikmede tehlike halinin hem istisnai karakteri hem de temel hakları koruyucu işlevi nedeniyle dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme gecikmede tehlike halinin saf spekülasyona, varsayımsal düşüncelere ya da yalnızca suçluluğa ilişkin gündelik tecrübeye ve somut olaydan bağımsız tahminlere dayandırılmayacağını ifade etmiştir. Gecikmede

⁸⁵ Meyer-Grossner ve Schmitt, Strafprozessordnung, §105, kn. 16.

⁸⁶ Gercke, Heidelberger Kommentar, §105 kn 56.

⁸⁷ BVerfG, 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00. Aynı yönde; BVerfG, 3. 12. 2002 - 2 BvR 1845/00; BVerfG, 16.6.2015 - 2 BvR 2718/10; BGH, 19.7.2023 - 5 StR 165/23.

⁸⁸ Roxin ve Schünemann, Strafverfahrensrecht, 234; Beulke, Strafprozessrecht, 140.

⁸⁹ Aynı yönde bkz. Hussels, Strafprozessrecht, 90.

tehlike halinin yalın bir delil kaybı olasılığına dayandırılması yeterli olmayıp, olgusal olarak gerekçelendirilmesi ve somut olay ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesi aynı kararında arama gerçekleştikten sonra hakimın gecikmede tehlike halini etkili bir şekilde denetleyebilmesinin şartlarını da ifade etmiştir. Gecikmede tehlike haline dayanarak aramayı yapan kolluğun aramadan önce veya hemen sonra suç şüphesine ilişkin belirtileri, aranan delilleri, içinde bulunulan koşulları tasvir ederek gecikme halinde delillerin kaybolması tehlikesini izah etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sadece gecikmede tehlikenin varlığından bahsedilemeyecek, hakim ayrıca gecikmede tehlike kararının verilmesinin koşulları ile ilgili olarak ayrıntılı şekilde bilgilendirilecektir⁹⁰.

Gecikmede tehlike haline dayanarak alınan bir arama emrinin hukuka aykırı olduğunun tespiti bu aramada elde edilen delillerin her zaman hukuka aykırı olduğunu göstermeyecektir. Ciddi, kasıtlı veya keyfi usul ihlallerine söz konusu olduğu, soruşturma makamlarının gecikmede tehlike halini hakim kararı şartını dolanmak için kullandığı durumlarda arama sonucunda elde edilen deliller kullanılamayacaktır⁹¹. Fakat bu şekilde kasıtlı ve keyfi olmayan, gecikmesinde tehlike bulunduğunu yeterince belgelemeyen arama emirleri, gece aramaları için nöbetçi bir mahkemenin bulunmaması vs. gibi daha hafif veya keyfi nitelikte olmayan durumlarda delil değerlendirme yasağı olmadığı kabul edilmektedir⁹². Maddi veya hukuki bir hata nedeniyle gecikmesinde sakınca bulunan hal hükmüne başvurulduğu takdirde

⁹⁰ Gecikmesinde sakınca bulunan halin ilgili memur tarafından en kısa sürede ayrıntılı olarak belgeye dökülmesi şartı için ayrıca bkz. Meyer-Grossner ve Schmitt, Strafprozessordnung, §105, kn. 3. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, koruma tedbirlerinde hâkim kararının aranması kuralını özgürlüklerin korunması için temel bir kavram olarak görmekte ve önem atfetmektedir. Uygulamada ise bu kural daha çok bir formalite olarak görülmektedir. Mahkemenin bu kararında da özgürlüklere müdahale eden koruma tedbirlerine ilişkin hâkim kararı şartına yaptığı vurgu görülmektedir. Bu kararların temel hakların korunmasına ilişkin fiili duruma etkisi ise belirsizdir. Christoph Gusy, "BVerfG, 20. 2. 2001—2 BvR 1444/00. Richtervorbehalt bei „Gefahr im Verzug“, JuristenZeitung, /Nr. 20 (2001 (51 Jahrg.)): 1033.

⁹¹ Hussels, Strafprozessrecht, 90; Meyer-Grossner ve Schmitt, Strafprozessordnung, §105, kn. 11; Beulke, Strafprozessrecht, 141.

⁹² Roxin ve Schünemann, Strafverfahrensrecht, 289; Hauschild, Münchener Kommentar, § 105 kn. 37-38.

keyfi veya kasti bir yetki aşımı olmadığından elde edilen delillerin hukuka aykırı hale gelmeyeceği kabul edilmektedir⁹³.

Sonuç olarak Alman hukukunda aramaya ilişkin hukuki mekanizma temel olarak Türk hukukuna benzemektedir. Alman hukukunda arama için hakim kararı şartı bulunmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 2001 yılındaki kararında belirttiği ölçütler bizim için de önem taşımaktadır. Buna göre gecikmede tehlike halinin spekülasyon veya varsayımlara dayandırılmaması, somut olayla ilişkilendirilmesi temel ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Aramadan sonra yapılacak hakim incelemesi için gecikmede sakınca halinin ayrıntılı bir şekilde belgelendirilmesi bir diğer önemli gerekliliktir.

B. ABD

ABD federal bir ülke olduğundan dolayı ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin hüküm ve düzenlemelerin kaynağını federal anayasa ve yasalar, eyalet yasaları ve Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararlar teşkil etmektedir. Arama hukukuna ilişkin en önemli düzenleme ise Amerikan Anayasası'na IV. Değişiklik (IV. Amendment) ile eklenen düzenlemedir⁹⁴. IV. Değişiklik düzenlemesi "*herkesin evi onun kalesidir*" kavramını kabul etmiş ve özel mülkler ile kişilerin üstlerinin haksız arama ve elkoymalara karşı federal düzeyde korunmasını sağlamıştır⁹⁵.

⁹³ Tido Park, Beschlagnahme and Durchsuchung, (C.H. Beck 2022), kn 113.

⁹⁴ ABD Anayasası IV. Değişiklik : "*Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranması ve bunlara el konulmasına karşı bağımsızlıkları ihlal edilemeyecek ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir.*" Amerika Hakkında Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>, E.T. 21.02.2024. IV. Değişikliğin kabulünden önce Haklar Bildirisi (Bill of Rights) garantisi Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından sadece federal hükümeti kısıtlayacak şekilde yorumlanıyordu. Buna göre haksız arama ve elkoymaya maruz kalmama hakkı gibi temel haklar sadece federal mahkemelerdeki davalarda korunuyordu. Eğer eyalet anayasası ve yasalarındaki bir hüküm bu hakları koruma altına almamışsa, sanığın veya şüphelinin eyalet mahkemelerinde bu hakları ileri sürme imkanı bulunmamaktaydı. 1868'de ABD Anayasasında IV. Değişiklik kabul edildi. Bu değişiklik ile haksız arama ve elkoymaya maruz kalmama hakkı eyaletlerin yasal düzenlemelerine karşı da korunma altına alınmıştır. Daniel E. Hall, Criminal Law and Procedure, (New York: Delmar Cengage Learning 2012), 339.

⁹⁵ Walter P. Signorelli, Criminal Law, Procedure, and Evidence, (Florida: CRC Press 2011), 179; John M. Scheb, Criminal Law and Procedure, (Belmont: 2008), 390.

IV. Değişiklik ile ABD Anayasasına arama ile ilgili iki temel koşul getirilmiştir. Bunlardan ilki, kişileri makul olmayan arama ve elkoyma işlemlerine karşı koruyan uygunluk/makuliyet (reasonableness) ilkesidir. İkincisi de hukuka uygun bir arama için arama emrinin varlığını zorunlu kılan (hakimden alınacak) arama kararı (search warrant) ilkesidir⁹⁶. Fakat arama kararı olmadan yapılan aramaların nasıl olacağı ve ne tür etkiler doğuracağı madde metninden anlaşılamadığı gibi Amerikan Yüksek Mahkemesi de maddenin bu konuda nasıl yorumlanması gerektiği konusunda daimi ve tutarlı bir yorum geliştirememiştir⁹⁷.

ABD’de arama için hakim kararı kural olmakla birlikte gecikmesinde tehlike bulunan hallerde arama kararı olmadan arama yapma (warrantless search) imkanı bulunmaktadır. Ülkemizde gecikmesinde sakınca bulunan hallere karşılık gelen durumlar ABD’de “exigent circumstances” adlandırılmaktadır⁹⁸. Gecikmesinde sakınca bulunan hal (exigent circumstances) bir arama kararı alınmasının elverişsiz, faydasız, tehlikeli ya da gereksiz olduğu acil durumları⁹⁹; kolluğun bir yakalama veya arama emri için geçerli bir sebebinin (probable cause) olduğu fakat bu kararı almak için süresinin olmadığı bir durumu¹⁰⁰; kolluğun kanıtların ortadan kaldırılması, şüphelinin kaçması veya herhangi bir kişinin ciddi şekilde yaralanmasının veya ölmesinin engellenmesi için bir arama kararı almaya vakti olmayacak kadar hızlı hareket etmesi gereken zamanlar olarak tarif edilmektedir¹⁰¹. Fakat sadece delillerin yok olması bir arama emri olmadan kolluğun arama yapabilmesi için yeterli görülmemekte, örneğin bir ev araması için öncelikle evin güvenliğinin sağlanması, eve girişlerin engellenmesi ve bir arama kararının beklenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰². Ayrıca

⁹⁶ Di Jia, Kallee Spooner ve Rolando V. Del Carmen, "An Analysis and Categorization of US Supreme Court Cases Under the Exigent Circumstances Exception to the Warrant Requirement", *George Mason University Civil Rights Law Journal*, 27/1 (2016): 37.

⁹⁷ Mack Allen Player, "Warrantless Searches and Seizures", *Georgia Law Review*, 5/2 (1970): 269.

⁹⁸ Scheb, *Criminal Law* 407.

⁹⁹ Jia, Spooner ve Del Carmen, *Exigent Circumstances*, 38.

¹⁰⁰ Signorelli, *Criminal Law*, 185-186.

¹⁰¹ Hall, *Criminal Law and Procedure*, 386.

¹⁰² Signorelli, *Criminal Law*, 186.

delillerin yok edilmesi sadece bir ihtimale dayanıyorsa arama kararı olmadan arama yapılmasını mümkün kılacak bir gecikmenin varlığından söz edilemeyecektir¹⁰³.

Gecikmede tehlike oluşturacak ağır ve acil durumlar dışında IV. Değişiklik, vatandaş ile kolluk arasına hakimi yerleştirerek, kanunların uygulanması adına mahremiyetin ihlaline gerek olup olmadığını objektif bir zihnin tartmasını istemiştir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkı, görevi suçun tespiti ve suçluların yakalanması olan kişilerin takdirine emanet edilmek için fazla kıymetli bulunmaktadır¹⁰⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında sıcak takip, delillerin ortadan kaldırılması ve kamu/polis güvenliği olmak üzere üç temel koşulda zaruret nedeniyle (exigent circumstances) arama kararı olmadan arama yapılabileceği kabul etmektedir¹⁰⁵.

Sıcak takip durumu ile ilgili olarak; Amerikan Yüksek Mahkemesi Warden v. Hayden¹⁰⁶ davasında, silahlı soygun yapan kişinin polisler gelmeden hemen önce o eve girdiğinin tanıklar tarafından bildirildiği olayda, soyguncuyu ve silahları bulmak ve kendilerine karşı saldırının önlenmesi amacıyla hakim kararı olmadan kolluk memurunun eve girme ve arama yetkisi olduğunu kabul edilmiştir¹⁰⁷.

Delillerin korunması ile ilgili olarak; Amerikan Yüksek Mahkemesi Johnson¹⁰⁸ kararında, ev içinde “*delilin kaybolmasını ve yok olmasını önlemek amacıyla derhal harekete geçmek zaruretinin olduğu hallerde*” hakimden karar alınmasına gerek görmemiştir¹⁰⁹. Aynı şekilde Roaden v. Kentucky kararında¹¹⁰ kolluğun mevcut bir olayda anlayış ve tecrübesine göre hemen arama yapmadığı takdirde o delilin ortadan kaybolacağını düşündüğü ve “*ya şimdi ya da asla*” (now or never) ola-

¹⁰³ Scheb, Criminal Law 409.

¹⁰⁴ Hall, Criminal Law and Procedure, 378.

¹⁰⁵ John Mark Huff, "Warrantless Entries and Searches Under Exigent Circumstances: Why Are They Justified and What Types of Circumstances Are Considered Exigent", University of Detroit Mercy Law Review, 87/3 (2009): 381.

¹⁰⁶ Warden v Hayden, 387 U.S. 294 (1967). Bu çalışmada yer verilen Amerikan Yüksek Mahkemesi kararları <https://supreme.justia.com/> sitesinden alınmıştır.

¹⁰⁷ Jia, Spooner ve Del Carmen, Exigent Circumstances, 50.

¹⁰⁸ Johnson v United States, 333 U.S. 10 (1948).

¹⁰⁹ Huff, Exigent Circumstances, 375.

¹¹⁰ Roaden v Kentucky, 413 U.S. 496 (1973).

rak ifade edilen bir durumda hakim kararı olmadan arama yapılmasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir¹¹¹.

Kamu ve polis güvenliği ile ilgili olarak; Amerikan Yüksek Mahkemesi *Brigham City, Utah v. Stuart*¹¹² davasında kolluğun bir kişinin ağır bir şekilde yaralandığı veya yaralanma tehlikesi altında olduğuna ilişkin objektif olarak makul bir temele sahip olması halinde bir arama kararı olmadan eve girebileceğini ve arama yapabileceğini kabul etmiştir¹¹³.

Yukarıda yer verilen kararlarda genel olarak hakim kararı olmadan bir arama yapılmasında zaruret bulunan hallerin (*exigent circumstances*) varlığı kabul edilmiştir. Fakat bazı kararlar hakim kararının gerekliliğine istisna teşkil eden zaruret hallerine sınır çizmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin gecikmesinde sakınca bulunan halleri (*exigent circumstances*) kavramsal olarak incelediği iki temel karardan *Mincey v. Arizona*¹¹⁴ kararında; cinayet, yaralama ve uyuşturucu suçlarının söz konusu olduğu bir olayda sadece olaydaki suç ve/veya suçların ağırlığının hakim kararı olmadan arama yapılması için yeterli olmadığını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı için zaman baskısı ve delillerin ortadan kaybolması riskinin varlığı olmak üzere iki şartın varlığını aramıştır¹¹⁵. Amerikan Yüksek Mahkemesi *Riley v. California* kararında¹¹⁶ ise başka bir suçtan dolayı yakalanan kişinin arabasının ve cep telefonunun hakim kararı olmadan aranmasını, cep telefonlarının günümüzde özel alana ilişkin taşıdığı devasa bilgiler nedeniyle hukuka aykırı bulmuştur¹¹⁷. *Vale* davasında Yüksek Mahkeme suç belirti ve emarelerinin ortadan kaldırılacağını veya başka bir yere götürüleceğini gösteren bir olgu bulunmadığı için polisin hakim kararı olmaksızın arama yapma yetkisini doğuracak gecikmede tehlike koşullarının oluşmadığına karar vermiştir¹¹⁸. Amerikan Yüksek Mahkemesi *Welsh* kararın-

¹¹¹ Jia, Spooner ve Del Carmen, *Exigent Circumstances*, 45.

¹¹² *Brigham City v. Stuart*, 547 U.S. 398 (2006).

¹¹³ Signorelli, *Criminal Law*, 188 vd.

¹¹⁴ *Mincey v. Arizona*, 437 U.S. 385 (1978)

¹¹⁵ Jia, Spooner ve Del Carmen, *Exigent Circumstances*, 41.

¹¹⁶ *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014).

¹¹⁷ Jia, Spooner ve Del Carmen, *Exigent Circumstances*, 41.

¹¹⁸ *Vale v. Louisiana*, 399 U.S. 30 (1970).

da delillerin ortadan kaldırılmasının basit suçlar için (minor crimes) aramada gecikmesinde sakınca bulunan hal teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir¹¹⁹.

Sonuç olarak, Amerikan hukukunda kişilerin özel alanı IV. Değişiklik ile koruma altına alınmıştır. Hakim kararı olmadan yapılan arama ve elkoymalar hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu kurala istisna olarak getirilen zaruret hallerinde ise kriterlerin ne olacağı Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında çizilmeye çalışılmıştır. Bütün bu kararların özünde başta konut olmak üzere özel alanın mümkün olduğu kadar güçlü şekilde korunması, hakim kararına getirilen istisnanın da ancak gerçekten gerekli olduğunda kullanılmasıdır. Bu gereklilik sınırı ise somut olaylar çerçevesinde belirlenmeye çalışılmıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları'nın Türk hukuku açısından faydalı görüş ve değerlendirmeler taşıdığı kanaatindeyiz. Yukarıda yer verilen kararlarda daha önceki incelemelerimizde yer verilmeyen ölçütler olarak; sadece olaydaki suç ve/veya suçların ağırlığının hakim kararı olmadan arama yapılması için yeterli olmaması ve delillerin ortadan kaldırılmasının basit suçlar için aramada gecikmesinde sakınca bulunan hal teşkil etmeyeceği değerlendirmeleri önem taşımaktadır. Yüksek Mahkeme kararlarında zaman baskısı, delillerin kaybolma tehlikesinin bulunması iki temel şart olarak kabul edilmekle beraber bunların varsayıma veya sadece bir ihtimale dayalı olarak kabul edilmesi hukuka aykırı olacaktır.

VI. KANUN YOLU DENETİMİ

Gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle yapılan yetki devrinin kanun yolu ile denetlenmesi ve hukuka aykırı olarak yapılan aramaların yargısal bir karar ile tespit edilmesi gerekmektedir. Fakat diğer pek çok koruma tedbirinin aksine aramaya özgü bir itiraz kanun yolu düzenlenmemiştir. Bu nedenle hukuka aykırı aramaların yargısal denetimi için ancak genel hükümlere başvurulabilecektir¹²⁰.

¹¹⁹ Welsh v Wisconsin, 466 U.S. 740 (1984).

¹²⁰ Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 407; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 341-342.

Olağan kanun yolları; itiraz, istinaf ve temyiz olduğundan gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanarak yapılan yetki devrinin bu kanun yolları bakımından nasıl denetleneceğini ele almamız gerekmektedir.

İtiraz kanun yolu hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı yapılabilir (CMK m. 267). Dolayısıyla itiraz kanun yoluna konu olabilmesi için öncelikle bir hakim kararının mevcut olması gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal ise hakimlik makamından diğer makamlara yetki devri sağlayan bir kurumdur. Bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı gerekçesiyle arama emri veren Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amirinin yaptığı işlemlere doğrudan itiraz etme imkanı bulunmamaktadır. Bu kararlar sulh ceza hakiminin denetiminden geçtikten sonra sulh ceza hakiminin kararına itiraz etmek mümkündür¹²¹. Gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanılarak verilen arama emirlerinin neticesinde elkonulacak bir delil bulunmadığında tek başına arama emrinin hakim onayına sunulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durum söz konusu işlemlerin itiraz kanun yolu ile denetlenmesine engel olacaktır. Bu tür arama kararları için de hakim onayı ve denetimine ihtiyaç olduğunu tekrardan belirtmekte yarar bulunmaktadır.

İtiraz kanun yolu dışında yapılan soruşturma işlemlerinin hukuka aykırılığı istinaf ve temyiz aşamasında kanun yolu denetimine tabi olacaktır. Bu aşamalarda gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanılarak yapılan yetki devirlerinin hukuka uygun olup olmadığı incelenebilecektir. Fakat bu denetim kendiliğinden gerçekleşen bir denetim olmayıp ancak ilgili kişilerin başvurusu ile mümkün olacaktır.

¹²¹ Karakoyunlu, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, 17. Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı da itiraz yoluna gidilebileceği dolayısıyla Cumhuriyet savcısının usulsüz arama kararına karşı sulh ceza hâkimine itiraz edilebileceği yönünde bkz. Kahraman, Adli Arama, 356. Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebileceği yönünde ayrıca bkz. Cengiz Apaydın, Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2020), 125.

VII. GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL HÜKÜMLERİNE AYKIRI YAPILAN ARAMANIN SONUÇLARI

Gecikmede sakınca bulunan hallerin şartları bulunmadığı halde bu halin varlığına dayanarak hakim kararı olmadan yapılan aramalar hukuka aykırılık taşıyacaktır. Gecikmede sakınca bulunan hale ilişkin tartışmaların asıl önemi hukuka aykırı bir uygulamanın elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasını engelleme gücünden kaynaklanmaktadır¹²².

Türk hukukunda mevzuat göz önüne alındığında kanun koyucunun hukuka aykırı yollar ile edilmiş deliller için mutlak değerlendirme yasağını kabul ettiği görülmektedir. Anayasa m. 38/6 “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” hükmü ile hukuka aykırı delillerin kullanımına kesin bir yasak getirmektedir. Bunun yanında, 5271 sayılı CMK m. 206/2-a, kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada reddedileceğini, CMK m. 217/2, yüklenen suçun hukuka uygun deliller ile ispat edilebileceğini, CMK m. 230/1-b, mahkumiyet hükmünde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla mevzuatta hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinin açık ve istisnasız olarak yasaklandığı, ispat vasıtası yapılamayacağı, hükümde ayrıca ve açıkça gösterileceği belirtilmiştir¹²³. Türk ceza hukuku öğretisinde de baskın görüş mutlak değerlendirme yasağının kabulü yönündedir¹²⁴. Mutlak değerlendirme yasağı sisteminde kabul

¹²² Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 468.

¹²³ Çöpoğlu, Arama ve Elkoyma, 159. Fakat Türk hukukunda kanun maddelerindeki ifadelerden de anlaşılacağı üzere kavram birliği yoktur. Kanuni düzenlemelerde bazı yerlerde “*kanuna aykırılık*” bazı yerlerde de “*hukuka aykırılık*” ifadesi kullanılmıştır. Fakat açık olan husus Türk hukukunda delile değil hukuka üstünlük tanınmasıdır. Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, (Ankara: Adalet Yayınevi 2016), 281 vd; Cem Şenol, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2018), 73-74.

¹²⁴ Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 479; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 344-345; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 848-849; Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku; Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 409; Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku, 538-539; Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 470-471; Dülger ve Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, 432; Birtek, Delil ve İspat, 314-315. CMK m. 217'nin açık hükmüne karşın, Türk öğretisi ve uygulamasında yaygın görüşün sanığın haklarını ihlal etmeyen hukuka aykırılıkların

edilen “Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” prensibi gereğince hukuka aykırı elde edilen delillerden yola çıkarak elde edilen deliller de hukuka aykırılık taşıyacaktır¹²⁵.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009 yılında verdiği bir kararda, gecikmesinde sakınca bulunan halin şartları oluşmadığı halde bu hükme dayanarak yapılan aramada elde edilen suç delillerini hukuka aykırı kabul etmiş ve bu hukuka aykırılığın sonuçlarını geniş bir şekilde tartışmıştır. Bu tartışmanın neticesinde, hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen delillerin yargılamada değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir¹²⁶. Yargıtay’ın sonraki yıllarda verdiği kararlarında gecikmede sakınca bulunan hale dayanılarak yapılan hukuka aykırı aramalarda elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağı görüşü devam etmiştir¹²⁷.

delil yasağına yol açmayacağı yönünde olduğu değerlendirmesi de mevcuttur. Bkz. Birtek, Delil ve İspat, 307-312. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda mutlak kabul, nispi değerlendirme ve mutlak red olmak üzere üç temel yaklaşım bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şenol, Hukuka Aykırı Deliller, 79 vd.

¹²⁵ Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 597; Birtek, Delil ve İspat, 338.

¹²⁶ Y. CGK., E. 2009/160 K. 2009/264 T. 17.11.2009 (Lexpera).

¹²⁷ “Esrar bulundurduğu yönünde gelen ihbar üzerine, hâkim kararı alınmaksızın yapılan aramada ele geçen suça konu kurusıkıdan çevrilme tabancaya elkonulmuş ise de, arama emrinin verilmesinden bir gün önce arama kararı verilmesi talebinin sulh ceza hâkimi tarafından reddedildiği ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulmadığı gibi, gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının ya da hâkim tarafından verilen ret kararına karşı kanun yoluna başvurulmasının gecikmeye neden olacağı ve bunun da telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de dosyada mevcut değildir. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcısının arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken kanuni şartlar oluşmadan, verilen arama emri ile buna dayalı olarak gerçekleştirilen arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonucu elde edilen suça konu tabanca ve eklerinin de hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” Y. CGK., E. 2014/166 K. 2014/514 T. 25.11.2014; “(...) Gecikmesinde sakınca bulunan hal bulunduğu belirtilerek Cumhuriyet Savcılığından arama kararı talep edilen olayda; Cumhuriyet Savcısından arama kararı talep edilmesini gerektirir nitelikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerin neler olduğu açıkça gösterilmeden, Cumhuriyet Savcısı tarafından da gecikmesinde sakınca bulunan ve aciliyeti haklı kılan halin ne olduğu belirtilmeden gündüz vakti saat 14:00 ila 16:00 saatlerini kapsayacak şekilde CMK.nun 119. maddesine ve hukuka aykırı şekilde arama kararı verilmesi, bu şekilde; Hukuka aykırı arama sonucu ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğu, bu eşyanın kaçak olmasının durumu değiştirmeyeceği, Anayasa’nın 38/2, 5271 sayılı CMK.nun 206/2-a, 217/2, 230/1. Madde ve firkalarına göre hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması, Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 321. maddesi uyarınca bozulmasına (...) oybirliğiyle karar verildi.” Y. 7. CD., E. 2015/18389 K. 2017/9112 T.

Türk hukukunda hukuka aykırı delillere ilişkin kabul edilen mutlak değerlendirme yasağı görüşü Amerikan hukuku kaynaklıdır. Amerikan hukukunda da hukuka aykırı deliller yargılamada hükme esas alınmamaktadır. “Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” prensibinin kaynağı da Amerikan hukukudur¹²⁸. Yukarıda değinildiği üzere gecikmede tehlike bulunmadığı halde hakim kararı alınmadan yapılan aramalarda elde edilen delillerden yola çıkılarak elde edilen deliller de hukuka aykırı olarak kabul edilmekte ve yargılamada kullanılmamaktadır¹²⁹.

Gecikmede sakınca bulunan hal istisna olmasına rağmen uygulamada yaygın olarak kullanılmaktadır. Soruşturma makamları ve kolluk soruşturmanın bir tarafı olduğundan dolayı bazen keyfiliğe varan bir yaklaşım içerisinde bulunabilmektedir. Ev ve işyerlerinin aranması başta olmak üzere arama tedbiri oldukça ağır etkileri ve sonuçları olan bir tedbirdir. Hukuka aykırı delilleri değerlendirme yasağına ilişkin katı tutum kolluk başta olmak üzere soruşturma makamlarının bu konuda daha disiplinli ve dikkatli olmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu meselenin ülkemizde de büyük bir sorun olduğu açıktır. Bu gerekçeler ile gecikmede sakınca bulunan hallere ilişkin hukuka aykırı aramalarda elde edilen delillerin mutlak bir değerlendirme yasağına tabi tutulmasını isteyen görüşe katılmaktayız.

SONUÇ

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı adli aramada hakim kararı şartının ve aramanın gündüz yapılması kuralının en önemli istisnasını oluşturmaktadır. Bu istisnai halin uygulamada yoğun ve keyfi kullanımları temel hak ve özgürlüklere ölçsüz bir şekilde müdahale edilmesine neden olmaktadır.

9.11.2017; “Bu tespitlere göre, yasanın emredici hükümlerine uyulmadan yapılan arama sonucu elde edilen deliller ve bu kapsamda el konulan eşyanın, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil niteliğinde olması nedeniyle hükme esas alınmayacağı ve dosya içeriğinde bundan başkaca sanığın cezalandırılmasına yeterli delillerin bulunmadığı gözetilerek, atılı suçtan sanığın beraati yerine, delillerin takdirinde yanılıya düşülmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması (...)” Y. 7. CD., E. 2014/2979 K. 2015/15219 T. 15.4.2015. (Lexpera)

¹²⁸ Öztürk vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 256; Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 853; Yenisey ve Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 597.

¹²⁹ Çöpoğlu, Arama ve Elkoyma, 163.

Adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle ortaya çıkan sorunlar; bu kavramın belirsizliğinden kaynaklanan sorunlar, mevzuattaki düzenlemelerden kaynaklanan sorunlar ve uygulamadan kaynaklanan sorunlar olmak üzere üç temel başlık altında incelenmiştir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının belirsizliğine ilişkin yaptığımız incelemede öncelikle kavramın kendisinin çok geniş bir kavram olduğu, “*sakınca*” ifadesi yerine “*tehlike*” ifadesinin kullanılmasının kavramın dar yorumlanması için daha uygun olacağı görüşüne katılmaktayız. Bu kavramla ilgili bir diğer belirsizlik “*Cumhuriyet savcısına ulaşılabilmesi halinde*” ifadesinden kaynaklanmaktadır. Bunun çözümü olarak hem yargı kararlarında hem de AÖAY m.7/3’te kolluğun Cumhuriyet savcısına neden ulaşamadığını veya nasıl ulaşmaya çalıştığını ayrıntılı olarak belgelendirip soruşturma evrakına eklemesi gerektiği belirtilmektedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının genişlik ve belirsizliğinden ötürü somut olayda ilgili memurun gecikmesinde sakınca bulunan halin uygulanması hakkında bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Bu değerlendirme sübjektif bir değerlendirme olup kötüye kullanıma da alan açmaktadır. Bu durumun engellenmesi için kolluğun her zaman ulaşabileceği adli makamların varlığı ve bu mercilerin “*pratikte de ulaşılabilir olması*” sağlanmalıdır. Ayrıca kolluk amirinin emrine ilişkin incelemenin sıkı ve titiz bir şekilde yapılması gerekmektedir. Kolluk amiri tarafından verilen arama emirlerinin keyfi olmaması, kurları dolanma amacı taşımaması ve mesleğin ortalama tecrübe ve standartlarına uygun olması özellikle göz önüne alınmalıdır.

Mevzuattaki düzenlemelerden kaynaklanan tartışmalardan ilki Cumhuriyet savcısına ulaşılabilmesi halinde kolluk amirine “*konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar*” dışında arama emri verme yetkisine ilişkindir. 5237 s. CMK’nın ilk halinde bulunmayan kolluk amirine arama yetkisi daha sonra sınırlı olarak kanuna eklenmiştir. Bu düzenleme Türk hukukunda kolluğa olan güvensizliği göstermektedir. Bu sınırlı yetkinin kaldırılması ileri sürülmüşse de buna gerek olmadığı, suç ile mücadele çerçevesinde böyle bir hükme ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Nitekim farklı ülkelerde de benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Temel sorun uygulamadır ve kötü uygulamanın çözülmesi gerekmektedir.

Mevzuatta asıl düzenlenmesi gereken sorun Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin emriyle yapılacak aramaların elkoyma tedbirine başvurulmaması halinde hakim onayından geçmemesine ilişkindir. Doktrinde bu sorunun Anayasa'daki hükümlerin uygulanması ile çözülebileceği ifade edilmekte, fakat uygulamada buna başvurulmamaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan haller ile somutlaşan istisnalar rejimi üzerinden kuralların ve yasal güvencelerin aşındırılmasına ve geniş bir denetimsiz alanın inşasına neden olan bu durumun hakim onayı şartı ile düzeltilmesi gerekmektedir.

Son olarak uygulamadaki sorunlar adli aramada gecikmesinde sakınca bulunan haller ile ilgili en önemli sorunu oluşturmaktadır. Uygulamada istisnalar kurala dönüşmüş, haksız ve keyfi uygulamalar normalleşmiş, hakim kararı şartı bir formalite dönüşmüştür. Hem Türk hukukunda hem de örnek olarak incelediğimiz Alman ve ABD hukukunda uygulamadaki bu durum ciddi eleştiri konusu olmuştur. İncelediğimiz yargı kararları çerçevesinde bu sorunun çözümüne ilişkin çeşitli kriterlere değinmekte fayda bulunmaktadır.

Uygulamadaki sorunlar öncelikle keyfiligi azaltacak kriter ve yükümlülüklerin ihdası ile mümkündür. Bunun için bu hale dayanılarak yapılan aramaların açık ve denetlenebilir şekilde belgelendirilmesi gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hale başvuran makamlar aciliyet arz eden koşulları, delillerin neden kaybolma tehlikesi altında olduğunu, zaman baskısının gerekçesini somut olayla ilişkilendirerek arama emrinde açıklamak zorundadırlar. Genel ve yüzeysel ifadeler gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı için yeterli olmayacaktır. Spekülasyona, varsayımlara dayanarak bu tehlikenin varlığı kabul edilemeyecektir. Somut olayla ilişkilendirilen gerekçelerin arama emrinde belirtilmesi keyfiligin azaltılması için hayati önem taşımaktadır. Nitekim AÖAY m. 7/3'te Cumhuriyet savcısına ulaşamayan haller için düzenleme yapmıştır. Fakat bütün gecikmesinde sakınca bulunan haller için bu şartın sıkı bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Ulusal yargı kararları, AİHM ile Alman ve ABD hukukunda incelediğimiz mahkeme kararları bu hususa önemle vurgu yapmaktadır.

Uygulamadaki sorunları çözmek için bir diğer önemli gereklilik aramadan sonra etkin ve titiz bir hakimlik denetiminin yapılmasıdır. AİHM hakim kararı olmadan yapılan aramalarda etkili ve titiz bir ex

post factum denetimin önemine hemen her kararında vurgu yapmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan halin şartları oluşmadan yapılan haksız bir aramanın hakim onayı alamayacağı ve hukuka aykırı kabul edileceğini bilen soruşturma makamları delillerin zayi olmaması adına çok daha dikkatli hareket edecektir. Türk hukukundaki durum ise maalesef tam tersidir. Titiz bir denetim yapan ve hukuka aykırılık kararı veren sulh ceza hakimlerinin kararları kanun yararına bozma yoluyla Yargıtay'dan dönmektedir. Aramanın sonuçsuz kaldığı aramalar ise zaten hakimlik denetiminin dışında kalmaktadır. Kanaatimizce bu konuyla ilgili en temel sorun burada yatmaktadır. Yapılabilecek en güçlü çözüm hamlesi de bütün arama kararlarını hakim onayına sunmak ve uygulamanın daha etkili ve temel hak özgürlükleri de gözetilen dengeli bir yol izlemesini sağlamaktır.

Sonuç olarak mevzuattaki düzenlemelere ve uygulamadan kaynaklanan sorunlara ilişkin çözüm önerimiz mevzuatta belirtilen değişikliklerin yapılması ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin artırılmasıdır. Uygulamaya ilişkin sorunlar kısmen mevzuatla kısmen hukuk kültürünün ve bilincinin daha çok içselleştirilmesi ile çözülebilecektir.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

Aldemir, Hüsnü. Adli - Önleme Arama ve Elkoyma. Ankara: Bilge Yayınevi, 2012.

Apaydın, Cengiz. Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.

Beulke, Werner. Strafprozessrecht. Augsburg: C.F. Müller Verlag, 2004.

Birtek, Fatih. *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Centel, Nur ve Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.

Çöpoğlu, Hakan Serdar. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Donay, Süheyl. *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.

Donay, Süheyl. *Ceza Yargılama Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.

Dülger, Murat Volkan ve Taşkın, Şaban Cankat. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Erem, Faruk. *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)*. Ankara: 1996.

Gercke, Björn, "StPO § 105 Verfahren bei der Durchsuchung". İçinde Heidelberg Kommentar zur StPO. ed. Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming ve Mark A. Zöllner. Freiburg: Verlag C. F. Müller, 2012.

Gökçen, Ahmet vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Greven, Michael, "StPO § 98 Verfahren bei der Beschlagnahme". İçinde Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, ed. Christoph Barthe ve Jan Gericke. München: Verlag C.H.Beck, 2023.

Gusy, Christoph. "BVerfG, 20. 2. 2001—2 BvR 1444/00. Richter vorbehalt bei „Gefahr im Verzug“". *JuristenZeitung*. Nr. 20 (2001 (51 Jahrg.)): 1029-1036.

Hall, Daniel E. *Criminal Law and Procedure*. New York: Delmar Cengage Learning, 2012.

Hauschild, Jörn, "StPO § 105 [Anordnung; Ausführung]". İçinde Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, Band 1: §§ 1-150 StPO, ed. Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider. München: C. H. Beck Verlag, 2023.

Hegmann, Sigrid, "StPO § 105 Verfahren bei der Durchsuchung". İçinde Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, ed. Jürgen Graf. München: C. H. Beck Verlag, 2024.

Huff, John Mark. "Warrantless Entries and Searches Under Exigent Circumstances: Why Are They Justified and What Types of Circumstances Are Considered Exigent". *University of Detroit Mercy Law Review*. 87/3 (2009): 373-414.

Hussels, Martin. *Strafprozessrecht-schnell erfasst*. Berlin: Springer-Verlag, 2014.

İnci, Z. Özen. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 65/4 (2016): 1997-2046.

Jia, Di, Spooner, Kallee ve Del Carmen, Rolando V. "An Analysis and Categorization of US Supreme Court Cases Under the Exigent Circumstances Exception to the Warrant Requirement". *George Mason University Civil Rights Law Journal*. 27/1 (2016): 37, 76.

Kahraman, Mehmet. "Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama". *Yargıtay Dergisi*. 33/3 (2007): 327, 390.

Karakoyunlu, Mert. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Ekseninde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı". *International Anatolia Academic Online Journal Social Sciences Journal*. 8/1 (2022): 6-23.

Koper, Murat. *Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma* Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Kudlich, Hans. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck Verlag, 2006.

Kunter, Nurullah ve Yenisey, Feridun. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1998.

Kunter, Nurullah ve Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.

Meyer-Grossner, Lutz ve Schmitt, Bertram. *Strafprozessordnung*. München: Verlag C.H. Beck, 2015.

Noyan, Erdal. *Ceza Muhakemesi*. Ankara, 2005.

Önder, Ayhan. "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 29/3 (1963): 424, 457.

Özbek, Veli Özer. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

Özbek, Veli Özer, Bacaksız, Pınar. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama". Ceza Hukuku Dergisi. 1/1 (2006): 145, 206.

Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Özen, Mustafa. Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Öztürk, Bahri vd. Anahatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi 2023.

Öztürk, Bahri ve Tezcan, Durmuş ve Erdem, Mustafa Ruhan. Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara, 2022.

Park, Tido. Beschlagnahme and Durchsuchung. Münschen: C.H. Beck, 2022.

Player, Mack Allen. "Warrantless Searches and Seizures". Georgia Law Review. 5/2 (1970): 269, 293.

Roxin, Claus ve Schünemann, Bernd. Strafverfahrensrecht. Münschen: C. H. Beck, 2017.

Scheb, John. M. Criminal Law and Procedure. Belmont: Cengage Learning, 2008.

Signorelli, Walter P. Criminal Law, Procedure, and Evidence. Florida: CRC Press, 2011.

Soyaslan, Doğan. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.

Şahin, Cumhur. Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.

Şahin, Cumhur ve Göktürk, Neslihan. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Şenol, Cem. Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Taner, Tahir. Ceza Muhakemeleri Usulü. İstanbul: Duygu Matbaası, 1950.

Toroslu, Nevzat ve Feyzioğlu, Metin. Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.

Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Yaşar, Osman ve Otacı, Cengiz. Yeni İçtihatlarla Yorumlu ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Yenisey, Feridun ve Nuhoğlu, Ayşe. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.

Yurtcan, Erdener. Ceza Yargılaması Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.

İnternet Kaynakları

- “ABD Anayasası”, <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>.
- “Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası”, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.
- “Büyük Türkçe Sözlük”, <http://www.tdk.gov.tr>.
- “Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası”, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>.
- “HUDOC ECHR Database”, <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.
- “Legalbank İçtihat Veritabanı”, <https://legalbank.net>.
- “Lexpera İçtihat Veritabanı”, <https://www.lexpera.com.tr>.
- <https://dejure.org/>

Mahkeme Kararları

Yargıtay

Y. CGK., E. 2009/160 K. 2009/264 T. 17.11.2009. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2013/14070 K. 2014/8491 T. 5.5.2014. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2013/17333 K. 2014/9493 T. 12.5.2014. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. CGK., E. 2014/166 K. 2014/514 T. 25.11.2014. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2014/1269 K. 2014/20809 T. 08.12.2014. <https://legalbank.net>

Y. 7. CD., E. 2014/2979 K. 2015/15219 T. 15.4.2015. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2014/23490 K. 2015/20388 T. 19.10.2015. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2014/30389 K. 2016/9769 T. 29.9.2016. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 1. CD., E. 2016/6175 K. 2017/253 T. 6.2.2017. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2015/18389 K. 2017/9112 T. 9.11.2017. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 10. CD., E. 2018/786 K. 2018/4486 T. 24.5.2018. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 20. CD., E. 2018/1394 K. 2018/4241 T. 15.10.2018. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. CGK., E. 2016/75 K. 2019/18 T. 17.1.2019. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2021/419 K. 2021/2555 T. 22.2.2021. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 7. CD., E. 2021/4375 K. 2021/15668 T. 24.11.2021. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 10. CD., E. 2022/352 K. 2023/10693 T. 6.12.2023. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 10. CD., E. 2023/12126 K. 2023/10643 T. 6.12.2023. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 8. CD., E. 2021/9409 K. 2023/9760 T. 11.12.2023. <https://www.lexpera.com.tr>

Y. 10. CD., E. 2023/17627 K. 2023/10997 T. 13.12.2023. <https://www.lexpera.com.tr>

AYM

Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz, B. 2019/21704 T. 20.9.2023. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

Ali Turan, B. 2016/11516 T. 28.11.2019. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

Jakop Gabriel, B. No: 2013/2392, 15/4/2015. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

Hasan Akboğa, [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

AİHM

Bakradze/Gürcistan, B. No:21074/09, (AİHM 10 Aralık 2020). <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.

K.S. ve M.S./Almanya, B. No: 33696/11, (AİHM 6 Ekim 2016). <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.

Kuzminas/Rusya, B. No: 69810/11, (AİHM 21 Aralık 2021). <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.

Smirnov/Rusya, B. No 71362/01, (AİHM 7 Haziran 2007). <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.

Tortladze /Gürcistan, B. No: 42371/08, (AİHM 18 Mart 2021). <https://www.echr.coe.int/hudoc-database>.

Alman Anayasa Mahkemesi

BVerfG, 20.02.2001 - 2 BvR 1444/00. <https://dejure.org/> (E.T.: 11.02.2024).

Amerikan Yüksek Mahkemesi

Warden v Hayden, 387 U.S. 294 (1967). <https://supreme.justia.com/>
Johnson v United States, 333 U.S. 10 (1948). <https://supreme.justia.com/>

Roaden v Kentucky, 413 U.S. 496 (1973). <https://supreme.justia.com/>
Brigham City v Stuart, 547 U.S. 398 (2006). <https://supreme.justia.com/>

Mincey v Arizona, 437 U.S. 385 (1978). <https://supreme.justia.com/>

Riley v California, 573 U.S. 373 (2014). <https://supreme.justia.com/>

Vale v Louisiana, 399 U.S. 30 (1970). <https://supreme.justia.com/>

Welsh v Wisconsin, 466 U.S. 740 (1984). <https://supreme.justia.com/>

