

ULUSLARARASI BELGE VE RAPORLAR IŞIĞINDA CEZAEVLERİNDEKİ ARAMA USULÜNE İLİŞKİN TEMEL ESASLAR

(FUNDAMENTALS PRINCIPLES OF SEARCH PROCEDURE IN PRISONS IN THE
LIGHT OF INTERNATIONAL DOCUMENTS AND REPORTS)

Dr. Bahattin Aras* **

ÖZ

Çağdaş infaz rejiminde etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz süreci için tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulması gerekmektedir. Cezaevlerinde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurularak uygulanması gereken tedbirlerden biri de cezaevlerindeki arama işlemleridir. Burada sorun olan husus aramanın bir gereklilik olmaktan çıkarılarak hükümlü ve tutuklunun haklarını ihlal eden, onları rencide eden ve bir noktada onları huzursuz etmek için kullanılan bir genel uygulamaya dönüşmesidir. Mevcut çalışmada infaz hukukuna ilişkin temel kavram ve ilkeler ışığında hükümlü ve tutukluların cezaevlerinde aranmasına ilişkin temel esaslar ve uygulamada yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: *İnfaz Hukuku, Cezaevi, Hükümlü, Tutuklu, Arama Usulü*

ABSTRACT

A balance must be struck between the rights of the detainees and convicts and the security, discipline and order of the institution, for an effective, remedial and restorative execution process in the contemporary execution regime. One of the measures that should be implemented by balancing the rights of the detainees and convicts in prisons with the security, discipline and order of the institution is the search procedures in the prisons. The problem here is that the search is no longer a necessity and turns into a

Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.02.2022. İlk hakem raporu tarihi: 08.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 09.06.2022. Onaylanma tarihi: 20.06.2022.

* Freelance Editör/Danışman.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3551-7363.

Esere Atıf Şekli: Bahattin Aras, “Uluslararası Belge Ve Raporlar Işığında Cezaevlerindeki Arama Usulüne İlişkin Temel Esaslar”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.499-579.

general practice that violates the rights of convicts and detainees, offends them and is used to make them uncomfortable at some point. In the current study, the basic principles of searching convicts and detainees in prisons and the problems and violations of rights in practice will be discussed in the light of the basic concepts and principles of the law of execution.

Keywords: *Law On Criminal Execution, Prison, Detainee, Convict, Search Procedure*

GİRİŞ

Çağdaş infaz sisteminde cezaevleri ceza verme yerleri değildir. Suç işlemiş kişinin cezası mahkemeler tarafından verildikten sonra kişinin bir taraftan suçunun cezasını çekeceği bir taraftan da suçlu kişiliğinden arınarak yeniden toplum içine geri dönüşünü sağlayacak toplumsal geri dönüşüm merkezi konumundadırlar. Bu nedenle etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz süreci hedefleyen çağdaş infaz rejiminde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulması gerekmektedir. Cezaevi idaresinin güvenliği, disiplini ve düzeni sağlamak için kaçınılmaz olarak alması gereken bir kısım istisnai önlemler olsa da bunun idari ve yargısal denetime imkân verecek şekilde somut olarak gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Ancak her halükarda alınacak kısıtlamaların temel hakların özüne zarar veren, onların kullanılmasını imkânsız hale getiren, ayrımcı ve insan onuruna aykırı nitelikte olmaması gerekir. Burada mevzuat hükümlerinin açık, anlaşılır, etkin ve uygulanabilir olması önemli olduğu kadar infaz sisteminde yer alan kurum ve personelin bu noktada eğitilmiş ve ihtisaslaşmış olması önem arz etmektedir. İnsan odaklı bir infaz sistemi oluşturulabilmesi bakımından bu gereklidir.

Bu noktada cezaevlerinde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulmadığı için ciddi sorunlar ve hak ihlallerine neden olan konulardan biri de cezaevlerindeki arama işlemleridir. Burada kurum güvenliğinin ve düzenin sağlanması bakımından çerçevesi kanunlarla belirlenmiş ve evrensel hukukun temel esaslarına uygun aramaların yapılması bir gerekliliktir. Burada sorun olan husus aramanın bir gereklilik olmaktan çıkarılarak hükümlü ve tutuklunun haklarını ihlal eden, onları rencide eden ve bir noktada onları huzursuz etmek için kullanılan bir genel uygulamaya dönüşmesidir. Arama cezaevlerinde güvenliği ve düzeni sağlama noktasında en önemli tedbirlerden biri olsa da bu tedbirin, mevzuatın belirlediği esasların dışında keyfi bir uygulamaya dönüşmemesi gerekir. Burada bu tedbirin uygulanması için makul sebeplerin ortaya çıkması, aramanın orantılı olarak

yapılması ve arama sırasında insan onuruna saygılı davranılması gerekir. Bu esasların dışına çıkıldığında hak ihlalleri ortaya çıkmaktadır.

Mevcut çalışmada infaz hukukuna ilişkin temel kavram ve ilkeler ışığında hükümlü ve tutukluların cezaevlerinde aranmasına ilişkin temel esaslar ve uygulamada yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri ele alınacaktır. Bu konular ele alınırken ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın konuya ilişkin uygulama ve içtihatlarına yer verilecektir¹.

CEZAEVLERİNDE ARAMA İŞLEMLERİNE İLİŞKİN TEMEL ESASLAR

GENEL OLARAK BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA

Ceza muhakemesi sisteminde bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olan arama tedbiri, suç delillerinin veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla, kişinin konutunda, işyerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir². Öğretide arama tedbiri ceza muhakemesinin amacına erişmesi maksadıyla, saklanan şüpheli veya sanığın ve delillerin ele geçirilmesi için bir kimsenin konutunda, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemi olarak da tanımlanmaktadır³.

Arama tedbirinde kişinin özel yaşamına ve vücut bütünlüğüne bir müdahale vardır. Kişinin özel hayatının gizli alanına devletin müdahale etmesi Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinin ihlali anlamına gelecektir.

¹ Çalışmamızda atıf yapılan AIHM kararlarının orijinal metnine "<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>"; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine "<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>" adresinden dosya bilgilerini yazmak suretiyle ulaşılabilmesi mümkün olduğundan dolayı atıf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atıf yapılmamıştır.

² Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 242; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F. /Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can (Öztürk ve Diğerleri): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 498; ; Sokullu Akıncı, Füsun: "Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 262; Özbek Veli Özer/Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 287 vd. ; Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku – 1, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 320.

³ Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2013, s. 1140; Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 413.

Aynı şekilde kişinin beden bütünlüğüne yönelik müdahale de Anayasa'nın 17. maddesinin ihlalidir. Anayasa'nın 13. maddesi ise devletin özel hayatın gizli alanına ve beden bütünlüğüne müdahalede bulunabilmesi için kanuna uygun bir düzenleme ve işlem yapılmasını öngörmektedir. Buna göre, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Bu doğrultuda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir koruma tedbiri olan aramanın, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen sınırlandırma şartlarına uygun yapılması gerekmektedir⁴.

Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde özel hayatın gizliliği güvence altına alınmıştır. Buna göre, herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olup bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir. Görüldüğü üzere, maddenin birinci fıkrasında özel hayatın gizliliği güvence altına alınırken ikinci fıkrasında bu hakka ilişkin müdahale ve bu müdahalenin sınırları ortaya konulmuştur⁵.

Ceza yargılamasında arama tedbiri uygulanma amacına göre “*adli arama*” ve “*önleme araması*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Her iki tür arama arasında ortak özellikler bulunmakla birlikte hukuki nitelikleri, tabi oldukları kanuni düzenlemeler ve kapsamaları bakımından önemli farklılıklar da içermektedir⁶. Bu kapsamda aramanın şüpheli veya sanığı ya da bir delili elde etme amacıyla yapılması adli arama; bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla yapılması ise önleme araması olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifade ile adli arama suç şüphesinden sonra önleme araması ise suç şüphesinden önce gündeme gelmektedir. Bu sebeple

⁴ Yılmaz, Yeşim: “*Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 124, Y. 2016, s. 249-250.

⁵ Öncü, Gülay Arslan : *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 366 vd. ; Yılmaz, s. 251.

⁶ Doğan, Duygu Çağlar: “*Ceza Muhakemesinde Adli Arama*”, TBB Dergisi, S. 92, Y. 2011, s. 161 vd.

iki arama türünün tabi oldukları hukuki rejimler de farklıdır⁷. Bu kapsamda Adli arama ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 ila 122. ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin (AÖAY) 5 ila 12. maddeleri arasında; önleme araması ise 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 9 ve AÖAY'nin 18 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde (AÖAY) adli arama ile önleme araması ayrımı netleştirilerek adli aramanın tanımına da yer verilmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesine yapılan adli arama tanımına göre suç işleyen, suçun işlenmesine yardımcı olan ya da suça katılan şüphelilerin veya sanıkların yakalanması ve gerçeğe ulaşmak için gerekli nesne ya da delillerin bulunabilmesi için kişilerin üstünde, ikamet adreslerinde, evraklarında yapılan araştırmaya adli arama denilmektedir. Adli arama temel kaynağı 5271 sayılı Kanun'dur.

Genel emniyet ve asayişin korunması ile tehlikelerin önlenmesi amacıyla başvurulmuş önleme araması; Yönetmeliğin 19. maddesinde; *"Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir"* şeklinde tanımlanmıştır. Böylelikle kamu güvenliği ile düzenini bozabilecek kişi ve eşya bulunarak muhtemel bir zararın gerçekleşmesine veya suç işlenmesine engel olunarak toplumun yakın bir tehlikeden korunması amaçlanmaktadır⁸.

Düzenleme uyarınca önleme aramasına karar verilebilmesi için belirtilen konulara dair somut ve öngörülebilir bir tehlike olması gerekir. 2559 sayılı Kanun bu nitelikteki tehlike hâlini *"makul sebep"* olarak ifade etmektedir. Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut olgulara dayalı *"makul şüphe"* ile önleme aramasındaki *"makul sebep"* farklı kavramlardır. *"Makul sebep"* konunun uzmanları tarafından ortak görüşle anlamlandırılıp değerlendirilen bir olgu iken *"makul şüphe"* çok sayıda sıradan insanın somut bir olguyu aynı yönde değerlendirmeleri hâlidir⁹.

⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 291-292; Börekçi, Eşref Barış: *"Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları"*, YÜHFD, C. XVII, Özel Sayı, Y. 2020, s. 89-113.

⁸ Yılmaz, s. 253; Seyyidoğlu, Muhammed Siddik: *"Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma"*, İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4 S. 1, Y. 2021, s. 11-31.

⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 410-411.

CEZAEVLERİNDE UYGULANAN ARAMA TÜRLERİ ve HUKUKİ NİTELİKLERİ

Cezaevindeki Arama Çeşitleri

Bir koruma tedbiri olması ve temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahale içermesi nedeniyle arama tedbirinin kanunla düzenlenmiş olması gerekmektedir. Yönetmelik ve diğer alt mevzuat hükümleri ile bir koruma tedbiri olarak arama tedbiri düzenlenemez¹⁰. Ancak kanunda düzenlenmiş olan esaslar çerçevesinde hazırlanacak yönetmelikte aramanın uygulanma esasları düzenlenebilir. Kanundaki düzenlemenin de temel hak ve özgürlükleri güvenceye alması ve koruma tedbirinin keyfi ve kötü niyetli kullanılmasının önlenmesi bakımından aramanın sınır ve koşullarının açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bir koruma tedbiri olan arama tedbiri başta 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir¹¹. Cezaevlerinde yapılacak aramaya ilişkin olarak da 5275 sayılı Kanun'da bir kısım düzenlemeler yapılmıştır.

Hükümlü ve tutuklular ceza infaz kurumunda buldukları süreçte özgürlük haklarından mahrum olmakla birlikte diğer hak ve özgürlüklerini cezaevi koşullarına uygun olarak kullanmaya devam ederler. Cezaevlerinde de kurum güvenliği ile düzeninin ve disiplinin sağlanması bakımından hükümlü ve tutuklularda yönelik bir kısım kısıtlamaların getirilmesi ve tedbirlerin alınması gerekebilmektedir. Bu tedbirlerden biri de arama tedbiridir. Burada kişinin özel hayatının gizliliği hakkı ile kurum güvenliğinin sağlanması çatıştığında; kurumun güvenliğinin sağlanmasına öncelik tanınarak işlem yapılmakta ve kişilerin özel hayatlarının gizliliği haklarının kısıtlanması yoluna gidilmektedir¹². Ancak bu kısıtlama ve

¹⁰ Özel, Kadir Can: “*Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, Y. 2019, s. 1222.

¹¹ Başta 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK)14 116 ve devamı maddelerinde; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun (PVSK) “*Durdurma ve kimlik sorma*” başlıklı 4/A maddesinde, “*Önleme araması*” başlıklı 9'uncu maddesinde, “*Adli görev ve yetkiler*” başlıklı ek 6'ncı maddesinde; 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun “*Önleme araması*” başlıklı 56/A maddesinde; 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun “*Erbaş ve erlerin üst ve eşya aramaları*” başlıklı ek 7'nci maddesinde ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu gibi kanunlarda bir koruma tedbiri olarak arama ve aramaya ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. (Özel, s. 1221)

¹² Yenisey/Nuhoğlu, s. 308; Aksoy, Şemsettin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 136.

müdahalenin orantılı olması ve hakkın özüne zarar vermemesi gerekmektedir.

Cezaevlerinin, hükümlülerin ve personelin güvenliğinin sağlanması, cezaevine girişi ve bulundurulması yasak eşyanın ele geçirilmesi ve hükümlü ve tutukluların birbirlerinin vücuduna vermiş olabilecekleri bedensel zararların tespiti adına beden araması gerekebilir. Cezaevlerinde üç çeşit beden araması bulunmaktadır. Buna göre elle üst araması (*Pat-down/frisk search*), hükümlünün giyinik bedeni üzerinden yapılan aramalardır. Bu nedenle, bu aramalar sırasında personelin mahkûma yönelik fiziksel teması olmakla birlikte bu arama çeşidinde çıplaklık yoktur. Diğer bir arama çeşidi ise çıplak aramadır. Çıplak arama (*Strip search*), fiziksel temas olmaksızın vücudun tüm bölümlerinin görsel olarak incelenmesini sağlamak için hükümlünün giysilerinin bir kısmının veya tamamının çıkarılması anlamına gelir. Bu arama çeşidinde mahkûmların kıyafetlerini çıkarmaları ve olası saklama yerlerini engelsiz bir şekilde göstermeleri gerekir. Ağzılarını açmaları, eğilmeleri ve öksürmeleri istenebilir. Erkeklerden penisini ve testislerini kaldırmaları istenebilirken, kadınların genital bölge muayenesi için bacaklarını açmaları gerekebilir. Bir diğer arama yöntemi olan beden çukurlarında arama (*Body-cavity search*) ise, vücudun mahrem boşluklarının (vajina veya anüs gibi) fiziksel muayenesidir. Bu arama türü rektal ve pelvik muayeneyi içermesi nedeniyle fiziksel ve psikolojik olarak en müdahaleci arama yöntemidir¹³.

Cezaevindeki her türlü arama ister istemez muhatap üzerinde korkutucu ve aşağılayıcı etki bırakabilir. Arama yöntemi ne kadar sert olursa, kişide kendisine yönelik müdahale hissi o kadar güçlü olacaktır. Bu noktada belirli dini, siyasi veya kültürel geçmişe sahip mahpuslar ile savunmasız durumdaki mahpuslar için psikolojik etki ve kişinin onur ve haysiyetin ihlali daha da ağır olabilmektedir. Beden araması, istismar, kötü muamele ve hatta işkence açısından yüksek riskli bir durumu temsil eden bir uygulama olduğundan dolayı gözdağı vermek, taciz etmek, misilleme yapmak veya ayrımcılık yapmak için kötüye kullanılabilir. Bu nedenle, üst aramalara yalnızca personelin ve mahpusların güvenliğini sağlamak için ve kesinlikle gerekli olduğunda son çare olarak başvurulmalı ve kişinin onuruna saygı

¹³ Bernath, Barbara: “*Body searches: Addressing risk factors to prevent torture and ill-treatment*”, Penal Reform International, Detention Monitoring Tool, Second edition, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fcdn.penalreform.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F01%2Ffactsheet-4-searches2ndv5.pdf&clen=291789&chunk=true İET:23/01/2022, s. 1 vd.

duyulacak şekilde yapılmalıdır. Üst aramalarının kanunla düzenlenmesi ve uygulama koşullarının ve yöntemlerinin açıkça tanımlanması için alt mevzuat düzenlemeleri oluşturulması gerekir. Bu noktada mümkün olan her yerde elektronik tarama cihazları gibi alternatifler geliştirilmeli ve kullanılmalıdır. Aramanın kaçınılmaz olduğu durumlarda en az müdahaleci yöntem uygulanmalıdır. Arama işleminden kaynaklı hesap verebilirliği sağlamak için aramaya ilişkin kayıtlar tutulmalıdır¹⁴.

5275 sayılı Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesindeki düzenleme uyarınca gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlileri ile birlikte kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Aynı şekilde 5275 sayılı Kanun'un 86. maddesinin altıncı fıkrası gereğince de hükümlüler, odalarından çıkış ve dönüşlerinde ayrı yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tâbi tutulurlar. Cezaevlerindeki genel arama için hâkim kararına veya mülki idari amirin yazılı kararına gerek olmayıp kanundan kaynaklanan yetki uyarınca kurum en üst amirinin kararıyla yapılmaktadır¹⁵.

Kanuni düzenleme aramanın niteliğini ve çeşidini ortaya koymaktan uzak soyut ve genel bir düzenlemedir. Ancak nitelik olarak önleme araması niteliğinde bir arama tedbiri öngörülmüştür. Esasen cezaevlerinde uygulanacak arama yöntemleri Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'te (İnfaz Yönetmeliği) düzenlenmiştir. İnfaz Yönetmeliği'nin "Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım" kenar başlıklı 34. maddesinde arama tedbirinin amaç, kapsam ve yöntemi ile genel arama, çıplak arama ve beden çukurlarında arama olmak üzere üç çeşit arama yöntemi düzenlenmiştir¹⁶.

¹⁴ George, Amanda: "Strip Searches: Sexual Assault By The State", Alternative Law Journal, Vol. 18, No I, February 1993, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2F138.25.25.65.17%2Fau%2Fjournals%2FAltLawJI%2F1993%2F8.pdf&clen=575867&chunk=true, İET: 23/0172022, s. 32.

¹⁵ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 308; Aydın, Murat: Arama ve El Koyma, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 133; Demirbaş, Timur: İnfaz Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 367; Özkavalcı, Nimet: İnfaz Hakimliği, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 273.

¹⁶ Her ne kadar Yönetmelik değişikliği ile "çıplak arama" kavramı "detaylı arama" olarak değiştirilmiş ise de çıplak aramanın içerik, kapsam ve uygulanma yöntemine yönelik herhangi bir değişiklik yapılmadığından ve detaylı arama da kişinin bedeninin çıplak aranmasını esas aldığından sadece isim değişikliği çıplak arama gerçeğini ortadan kaldıramayacağı için çalışmada çıplak arama kavramı esas alınmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında 5275 sayılı Kanun'daki düzenlemeye paralel olarak genel arama düzenlenmiştir. Buna göre kurumlarda, oda ve eklentilerinde, hükümlünün üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Madde içeriği dikkate alındığında genel arama kurum güvenliği, düzeni ve disiplinini sağlamak bakımından rutin olarak gerçekleştirilen bir aramadır. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ *her ay bir kez mutlaka yapılır*” ibaresinden cezaevlerindeki genel aramanın rutin bir önleyici arama olduğu ve ayda bir defa yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

Maddenin ikinci ve devamı fıkralarında ise “*çıplak arama*” veya İnfaz Yönetmeliği'ndeki yeni ismiyle “*detaylı arama*” ile “*beden çukurlarında arama*” düzenlenmiştir. Buna göre hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda, kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, detaylı olarak veya beden çukurlarında aşağıda belirtilen usullere göre arama yapılabilir:

a) Detaylı arama, hükümlünün utanma duygusunu ihlal etmeyecek şekilde ve görevli dışında kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir. Arama sırasında hükümlüye tek kullanımlık giyim önlüğü verilir.

b) Arama sırasında önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır, bedenin alt kısmındaki giysiler üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysiler de mutlaka aranır.

c) Detaylı arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir ve görevli tarafından eldiven kullanılır. Aranılan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir.

d) Detaylı arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir ve işlem tutanağa bağlanır, tutanakta arama yapan görevliler ile hükümlünün imzası bulunur. Hükümlünün imzadan kaçınması hâlinde bu durum tutanağa geçirilir.

Kanun ve İnfaz Yönetmeliği'ndeki düzenleme uyarınca cezaevinin disiplin, düzen ve güvenliğinin sağlanması bakımından hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya

bulduğuna dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması halinde ise çıplak arama yapılmaktadır.

Diğer taraftan İnfaz Yönetmeliği'nde genel arama ve çıplak arama haricinde bir de “*beden çukurlarında arama*” tedbiri düzenlenmiştir. Çıplak aramanın bulunduğu kısımda düzenlenmiş olsa da bu arama tedbiri çıplak aramadan daha ağır nitelikte bir arama çeşididir. Bu arama türünde tutuklu veya hükümlünün beden çukurlarında bir madde veya eşyayı sakladığına dair makul ve ciddi emarelerin bulunması nedeniyle kurum hekimi tarafından beden çukurlarında arama yapılmaktadır. Beden çukurlarında arama doğrudan hükümlünün bedenine teması gerektiren bir arama olduğundan bu arama çeşidinin kurum görevlileri tarafından yapılması mümkün olmayıp bu aramanın muhakkak kurum hekimi tarafından yapılması gerekmektedir. Burada da çıplak arama da olduğu gibi güvenliği sağlamanın yanında bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılan bir arama söz konusudur.

Ceza yargılamasında başvuru koruma tedbiri olan arama için hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekirken cezaevinde başvuru arama çeşitlerine karar verme yetkisi kurum en üst amirine aittir.

Cezaevlerindeki Aramada Temel Amaç

Hükümlüler özgürlükleri kısıtlanmış olsa da Anayasa'da ve sözleşmelerde belirtilen hakları kullanmaya devam ederler. Bununla birlikte cezanın hukuka uygun usullerle infazından dolayı bir kısım hakları kısıtlanabilir. Buradaki kısıtlamanın da Kanun'da belirlenen esaslar çerçevesinde olması gerekir. Kanun'da belirtilmeyen bir kısıtlamanın idari bir kararla uygulanması mümkün değildir. Bu kısıtlamaların da temel amacı kurum düzen ve disiplininin korunmasını, hükümlünün ve diğer hükümlülerin güvenliğinin teminini ve hükümlünün infazın amaçları çerçevesinde etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz süreci yaşamasını sağlamaktır. Dolayısıyla bu amaçları ihtiva etmeyen kısıtlama hukuki bir kısıtlama olmayacaktır.

Yukarıda da vurgulandığı üzere bir koruma tedbiri olan aramanın genel amacı; kamu düzeninin sağlanması, suç ve suçlularla mücadele edilmesidir. Arama tedbirinde kişilerin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı çakışmakta ve koşulların varlığı halinde kamu yararı üstün tutulduğundan kişilerin bazı hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunulmaktadır¹⁷. Bu kişi hak ve hürriyetlerine müdahale suretiyle yapılan arama tedbirinde de suç

¹⁷ Seyyidoğlu, s. 15.
YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)

delillerinin elde edilmesi, müsadereye tabi eşyanın bulunması veya aranan kişilerin yakalanması amaçlanmaktadır¹⁸. Aynı şekilde cezaevi düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ve hükümlülerin cezaevinde suç işlemlerinin önlenmesi bakımından cezaevi koşullarının ve hükümlülerinin aranması bir gerekliliktir. Cezaevlerindeki genel aramada temel amaç güvenliğin ve düzenin sağlanması iken; çıplak ve beden çukurlarında aramada ise cezaevine sokulması yasak eşyanın bulunması temel amaçtır. Ancak bu amaçlarla cezaevlerinde yapılan aramaların keyfiyete dönüşmemesi ve hükümlülerin haklarının ihlal edilmemesi bakımından bu işlemlerin sıkı kurallara bağlanması gerekmektedir¹⁹.

Cezaevlerinde Yapılan Aramaların Hukuki Niteliği

Genel Aramanın Hukuki Niteliği

Cezaevlerinde yapılan aramanın hukuki niteliğinin ortaya konulabilmesi bakımından öncelikle 5275 sayılı Kanun ve İnfaz Yönetmeliği'nde öngörülen arama tedbirinin amaç, kapsam ve yönteminin ele alınması gerekmektedir. 5275 sayılı Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesindeki düzenleme uyarınca kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir. Kanuni düzenleme içeriğinde aramanın temel amacını ortaya koyan bir hüküm bulunmamaktadır.

Diğer taraftan İnfaz Yönetmeliği'nin "Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım" kenar başlıklı 34. maddesinde arama tedbirinin amaç, kapsam ve yöntemi ile genel arama ve çıplak arama yapılmasının esaslarına yer verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında Kanun'daki düzenlemeye paralel olarak kurumlarda, oda ve eklentilerinde, hükümlünün üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabileceği düzenlenmiştir. İkinci ve devamı fıkralarında ise çıplak arama veya Yönetmelik'teki yeni ismiyle detaylı aramanın esasları yer almaktadır. Kanun ve İnfaz Yönetmeliği'ndeki düzenleme uyarınca cezaevinin disiplin, düzen ve güvenliğinin sağlanması bakımından genel arama yapılırken hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması halinde ise çıplak arama yapılmaktadır. Bu iki tip aramanın haricinde bir de beden çukurlarında arama yapılacağı düzenlenmiştir.

¹⁸ Özel, s. 1223.

¹⁹ Aras, Bahattin/Güverçin, Sezgin: İnfaz Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 554.
YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

Kanun ve yönetmelik hükümleri ile arama tedbirine ilişkin genel hükümler birlikte değerlendirildiğinde uygulanma amaç ve koşulları itibariyle cezaevlerindeki genel arama nitelik olarak bir idari önleme aramasıdır²⁰. Burada esasen yürütülen işin vaziyeti veya o yerin konumu sebebiyle oluşabilecek tehlikeye karşı kişilerin can ve mal güvenliğinin korunmasının yanı sıra cezaevi disiplininin ve düzeninin sağlanması bakımından önleyici arama yapılabilmektedir²¹.

Çıplak Aramanın Hukuki Niteliği

İnfaz Yönetmeliği'nin "*Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım*" kenar başlıklı 34. maddesinin ikinci ve devamı fıkralarında çıplak arama veya Yönetmelik'teki yeni ismiyle detaylı aramanın esasları yer almaktadır. Buna göre hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda, kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, detaylı olarak veya beden çukurlarında arama yapılabilir.

Görüldüğü üzere çıplak veya diğer ismiyle detaylı arama, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu noktasında oluşan makul ve ciddi şüphe nedeniyle diğer bir ifade ile hükümlünün suç sayılan bir eylemi işlediği şüphesiyle gerçekleştirilmesi nedeniyle adli arama niteliğindedir²². Cezaevindeki genel aramada cezaevinin disiplin, düzen ve güvenliğinin sağlanması amaçlanırken çıplak aramada ise kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşyanın ele geçirilmesi amaçlanmaktadır. Genel aramada ortada bir suç şüphesi bulunmazken çıplak aramada kuruma yasak eşya sokma şüphesi bulunmaktadır. Dolayısıyla adli aramada olduğu gibi çıplak arama, bir suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra başvurulmuş bir tedbirdir. Zira 5237 sayılı TCK'nın 297. maddesinde "*İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak*" suçu düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokan veya bulunduran kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşte cezaevinde yapılan çıplak aramadaki amaç bu suçla ilişkin delillerin ele geçirilmesidir.

²⁰ Öztürk, Bahri/Eker Kazancı, Behiye/Soyer Güleç, Sesim: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2021, s. 127.

²¹ Centel, Nur/ Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 396.

²² Şen, Ersan: "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

Beden Çukurlarında Aramanın Hukuki Niteliği

İnfaz Yönetmeliği'nde öngörülen bir diğer arama ise beden çukurlarında arama yapılmasıdır. Esasen çıplak arama sırasında bedene dokunulmaması ve görevli tarafından eldiven kullanılması gerekmektedir. Ancak yapılan çıplak aramanın yeterli olmaması ve kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde cezaevi tabibi tarafından beden çukurlarında arama yapılır. Görüldüğü üzere burada suç delilinin elde edilmesi amacıyla beden bütünlüğüne müdahale edilmekte ve beden çukurlarında arama yapılmaktadır. Bu tedbir esasen 5271 sayılı CMK'nın "*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*" kenar başlıklı 75. maddesinde yer alan beden muayenesi tedbiri ile nitelik olarak benzerdir. 5271 sayılı Kanun'un 75. maddesindeki düzenleme uyarınca bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Esasen bilim ve teknolojide yaşanan gelişmelere paralel olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve delil elde etme yöntemi olarak suç ve suçlularla mücadelede etkin uygulanan tedbirlerden biridir. Kişilik haklarına doğrudan müdahale niteliğinde olması, tedbiri daha da önemli hale getirmektedir²³.

Kanun'un 75. maddesindeki temel amaç beden muayenesi yapmak suretiyle bir suça ilişkin delil elde etmektir. Cezaevlerinde beden çukurlarında yapılan aramada da bir suça ilişkin delil elde etme amacı vardır. Dolayısıyla her iki uygulama birbirine benzer uygulamalardır.

Cezaevlerindeki Arama Tedbiri İle İdari Denetim İşleminin Karşılaştırılması

Diğer taraftan cezaevlerinde yapılan genel arama, çıplak arama ve beden çukurlarında arama tedbirlerinin hukuki niteliğinin tespitine ilişkin olarak

²³ Aygün, Aydın: "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, Y. 2016, s. 49; Dursun, Gizem: "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", D. E. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017, s. 2955; Aksoy İpekçioğlu, Pervin: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 1, Y. 2012, s. 20; Bağlar, Yunus Emre: Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 21.

bir diğ er değ erlendirme konusu da bu aramaların bir idari denetim olup olmadığıdır. Bilindiđ i üzere önleme araması niteliğ inde sayılmayan idari denetimler için herhangi bir arama emir veya kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. İdari denetim yapılması konusunda Kanun veya alt mevzuat hükümlerinde ilgili kamu görevlilerine yetki verilmiş olması yeterlidir. Bir yerin faaliyeti bakımından uymakla yükümlü bulunduğ u kurallara uygun olarak çalışıp çalışmadığı nın tespiti bakımından o yerde yapılan iş lem bir idari denetlemedir²⁴.

İdari denetimler esasen bir yerde sürdürülen kamusal veya özel sektör hizmetlerinin belirlenen standartlarda yürütülmesinin için yapılan denetimler olup bunların önleme araması olarak tanımlanması mümkün değildir. İdari denetimler, yapıldıkları yerlerde üst veya eş yaya da özel evrak aramasına olanak vermeyen ve belirli faaliyetlerin yürütülme koşullarının veya bu faaliyetlerin devam edip etmediğ inin denetlenmesi için kolluk kuvvetlerine verilmiş bir teftiş iş lemidir. İdari denetimler kolluk tarafından kendiliğ inden yapılabilmeyle birlikte beden veya özel evrak arama yetkisini sağlamamaktadır.

İdari denetim halleri çeş itli faaliyetleri düzenleyen normlarda dağ ınık olarak yer almakla birlikte bir kısım idari denetim hali AÖAY'nin 18. maddesinde düzenlenmiştir²⁵. Yönetmeliğ in "*Denetim yapılacak hâller*" baş lıklı 18. maddesinde kolluk tarafından kendiliğ inden denetim yapılabilecek hâller gösterilmiştir. Bu kapsamda örneğ in; umuma açık istirahat ve eğ lence yerlerinin genel güvenlik ve asayiş yönünden denetimi, kimlik sorma, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre araçlarda bulunması gerekli belgeler ve eş yalarla ilgili yapılan denetimler, elektromanyetik aygıtlar ve detektör köpekleri aracılığ ıyla yapılan tarama şek lindeki denetimler kolluk tarafından herhangi bir arama emir veya kararına gerek olmadan kendiliğ inden yapılabilecektir. Önleme araması niteliğ inde sayılmayan idari denetimler yönetmelikte sayılanlardan ibaret olmadığı ndan daha pek çok özel kanunda ve düzenleyici iş lemde idari denetimlere dair hükümler yer almaktadır.

Diğ er taraftan 2559 sayılı Kanun'da ve AÖAY'de hâkimden arama kararı alınması gerekmeyen hâller gösterilmiştir. 2559 sayılı Kanun'un 9/7. maddesine göre polisin, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğ ini sağ ladiğı bina ve tesislere gelenlerin herhangi bir emir

²⁴ Aydın, s. 137.

²⁵ Yenisey/Nuhođ lu, s. 306; Alpsoy, Zeliha: Önleme Araması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 115; Börekçi, s. 95.

veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etme ve arama yetkisi bulunmaktadır. Bunun dışında Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 25. maddesi uyarınca;

- Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,
- 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun Ek 1. maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında,
- 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanununun 11. maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 3. maddesi kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasî parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, işyerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında,
- Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında,
- 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanun'un 79. maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında

ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmeyecektir. Yine 2559 sayılı Kanun'un 20. maddesi gereğince; bir hukuka uygunluk nedenine bağlı olarak yapılan aramalarda da örneğin imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi hâllerinde de arama emir veya kararına gerek yoktur.

İdari denetime ilişkin bu bilgiler ışığında cezaevlerinde yapılan aramalar değerlendirildiğinde özellikle cezaevlerinin yukarıda istisna tutulan kurumlar arasında açıkça belirtilmediği görülmektedir. Cezaevinin de bir

kamu kurumu olduğu dikkate alındığında birinci fıkra kapsamında belirtildiği üzere devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında bir karar ihtiyacı yoktur. Bu noktada 5275 sayılı Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesindeki düzenleme uyarınca kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman kurum görevlileri tarafından genel arama yapılabilir. Bu haliyle cezaevlerindeki genel arama yukarıda bahsedilen idari denetim benzeri bir durumdur. Esasen idari denetim denilen husus da bir önleyici aramanın değişik bir halidir. Yalnızca burada kanun bu denetim için belli kurum ve kişileri yetkili kıldığından ayrıca bu idari denetimler için karar alma ihtiyacı bulunmaktadır. Cezaevlerindeki genel aramada da kanun açıkça cezaevi idaresini önleyici ve güvenlik amaçlı olarak arama yapma yetkisi vermiştir.

Buna karşılık cezaevlerinde yapılan çıplak ve beden çukurlarında arama tedbirlerini bir idari denetim olarak kabulü mümkün değildir. Zira çıplak ve beden çukurlarında aramada bir suç şüphesine istinaden delil elde etmek amacıyla yapılan bir arama söz konusudur. Burada rutin bir idari denetimden ziyade delil elde etme amaçlı bir arama söz konusudur. Dolayısıyla çıplak arama ve beden çukurlarında aramanın idari denetim olarak kabulü mümkün değildir. Her iki arama çeşidinin de adli arama tedbirine olan benzerliği çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir.

CEZAEVLERİNDE YAPILACAK ARAMANIN KANUNİ DAYANAĞI

Genel Olarak

İşledikleri bir suçun cezasını çekmek için cezaevine alınan hükümlülerin kurum güvenliği, disiplini veya düzenini bozmamaları, kurum personeli ve diğer hükümlülere zarar vermemeleri bakımından koşullarının oluşması halinde üstleri, eşyaları ve kaldıkları yerler aranabilir. Bu bağlamda 5275 sayılı Kanun'un "Arama" başlıklı 36. maddesinde de cezaevlerinde yapılacak aramalara ilişkin esaslara yer verilmiştir. Buna göre ceza infaz kurumlarında, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Ayrıca aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir. Kanun'un "Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar" kenar başlıklı 86.maddesinde ise hükümlülerin, odalarından çıkış ve dönüşlerinde ayrı

yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tâbi tutulacakları ancak aramalarda insan onuruna saygının esas olduğu belirtilmiştir. Kanun'da yer alan düzenlemeye paralel olarak İnfaz Yönetmeliği'nin "*Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım*" kenar başlıklı 34. maddesinde genel arama ve çıplak arama esaslarına yer verilmiştir.

Yukarıda da vurgulandığı üzere hangi sebep ve koşullarda olursa olsun cezaevi idaresinin yapacağı uygulamaların insan onurunu rencide etmemesi esastır. Bu hususta farkındalık adına gerek Kanun'da gerekse Yönetmelik'te bu hükme yer verilmiştir. Kurum güvenliği, düzeni, disiplini bakımından arama bir gereklilik olmakla birlikte hiçbir gereklilik insan onurunu rencide etme hakkı vermez. Aramaların insan onurunu rencide etmeden ve kötü muameleye dönüşmeden gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılması gerekir. Zaten Avrupa Cezaevi Kuralları'nda, aramayı yapan personelin aradıkları kişilerin insan onuruna ve kişisel eşyalarına karşı saygılı davranması, onları küçük düşürmemesi ve özel yaşamlarına saygı göstermesinin aramanın en temel ilkeleri olduğu vurgulanmıştır²⁶.

Hukuki Belirlilik İlkesine Uygun Arama Yapılması

Hükümlü cezaevinde özgürlük hakkından mahrum olsa da cezaevi koşullarının elverdiği ölçüde diğer haklarını kullanmaya ve diğer özgürlük alanlarını muhafaza etmeye devam eder. Bu nedenle kişinin hükümlü veya tutuklu olması idareye onun özel yaşamına veya vücut bütünlüğüne müdahale hakkı verilmemektedir. Cezaevinin güvenliği, disiplini ve düzeni gereğiyle alınacak önlemlerin de hükümlünün temel haklarının özüne zarar vermeyen, onu rencide etmeyen, insan onuruna uygun ve orantılı olması gerekmektedir. Dolayısıyla burada hak ihlallerinin önlenmesi bakımından yapılacak müdahalenin sınırlarının başta kanun olmak üzere diğer alt mevzuat hükümleri ile belirli hale getirilmesi gerekmektedir. Bu noktada özellikle temel haklara olan müdahalesi nedeniyle hükümlü ve tutuklulara yönelik yapılacak aramanın usul ve esasları, uygulanma koşullarının açık ve belirli olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle hukuki belirlilik ilkesine uygun arama yapılması gerekmektedir.

Genel olarak arama tedbirinde belirlilik ilkesi, tedbirin sınırlarının belirli olmasını; neyin ya da kimin, hangi gerekçeyle, hangi zaman süresince ve nerede aranacağını, hem aramaya maruz kalan kişiler hem de arama işlemini yerine getirecek görevliler bakımından, herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmasını ifade etmektedir. Sınırları kanunla açıkça çizilmiş olan arama

²⁶ Aras/Güverçin, s. 556.

işleminin uygulanmasında belirlilik ilkesinin dikkate alınmaması, işlemi hukuka aykırı hale getirir. Bu durumda, ceza hukuku anlamında, haksız arama suçunun oluşmasına; tazminat hukuku anlamında, ölçüsüz bir şekilde yerine getirilen arama işlemine karşı maddi ve manevi tazminata hak kazanılmasına ve delil hukuku anlamında ise tedbirden elde edilen delillerin hukuka aykırı hale gelerek muhakemede kullanılamaz hale gelmesine neden olacaktır²⁷.

Hukuki belirlilik ilkesinin bir gereği olarak cezaevlerinde hükümlü ve tutuklulara yönelik yapılacak arama uygulamalarından kaynaklı hukuka aykırılıkların ortaya çıkmaması bakımından arama uygulamasının sınırları, koşulları ve kimler tarafından yerine getirileceği gibi temel hususların başta kanun olmak üzere diğer alt mevzuat hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

5275 sayılı Kanun'un cezaevlerindeki aramaya ilişkin hükümleri incelendiğinde esasen hukuki belirlilik ilkesine uygun olmadığı görülmektedir. Şöyle ki 5275 sayılı Kanun'un "Arama" başlıklı 36. maddesinde de cezaevlerinde yapılacak aramalara ilişkin genel ve soyut esaslara yer verilmiştir. Buna göre Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesindeki düzenleme uyarınca kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir. Görüldüğü üzere madde düzenlemesi çok soyut ve genel bir düzenlemedir. Cezaevlerinde çıplak aramanın da olduğu dikkate alındığında kanun hükmünün çok yetersiz olduğu ve aramanın sınırlarını belirlemediği açıktır. Kanun hükmünün bu haliyle arama işlemini yapacak ve dolayısıyla alt mevzuat hükümlerini hazırlayacak idari mekanizmaya geniş bir takdir alanı bıraktığı görülmektedir. Kanunda sınırları çizilmemiş bir uygulamanın tüzük ve yönetmelikle sınırlarının çizilmesi yeterli olmayacaktır. Her şeyden önce hükümlü ve tutukluların haklarının korunması noktasında yeterli bir güvenceye sahip olmayacaktır. Zira özellikle ülkemizdeki alt mevzuat değişikliklerinin yoğunluğu ve sıklığı düşünüldüğünde kanun haricindeki düzenlemeler hukuki belirlilik ilkesinin işlevini yerine getirmekten uzak düzenlemeler olacaktır. Bundan dolayı cezaevlerindeki arama

²⁷ Çöpoğlu, Hakan Serdar: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2019, s. 221.

uygulamalarının öncelikle 5275 sayılı Kanun'da ayrıntılı düzenlenmesi gerekmektedir.

Yukarıda özetlenmeye çalışıldığı üzere cezaevlerindeki genel arama önleme aramasıyla, çıplak arama adli aramaya ve beden çukurlarında arama ise beden muayenesi tedbiriyle nitelik olarak aynı kategoridedir. Ancak ceza yargılamasında uygulanan adli ve önleme araması ile beden muayenesine ilişkin tedbirler sıkı koşullara ve özellikle temel olarak hâkim kararına bağlanmışken cezaevlerinde uygulanacak arama tedbiri kanunda çok soyut olarak düzenlenmiştir. Bu noktada Kanun'da genel arama düzenlenmiş ancak çıplak arama ve beden çukurlarında aramaya ilişkin Kanun'da bir düzenleme dahi bulunmamaktadır. Hükümlü ve tutuklunun beden bütünlüğüne ve özel yaşamına ağır müdahale içeren bu ağır tedbirlerin kanuni dayanağının olmaması ve sınırlarının kanun tarafından çizilmemesi ciddi bir eksikliklerdir. Her ne kadar İnfaz Yönetmeliği'nde bir kısım hükümler olsa da bu hükümler yetersiz ve tamamen cezaevi idaresine takdir hakkı veren düzenlemelerdir. Bu bağlamda öncelikle bu hususların 5275 sayılı Kanun'da düzenlenmesi gerekmektedir. Genel arama, çıplak arama ve beden çukurlarında aramanın uygulanma koşulları ve sınırlarının açık bir şekilde kanunda yer alması gerekmektedir. Hak ihlallerine çokça konu olması nedeniyle özellikle çıplak arama ve beden çukurlarında arama yapılmasına karar verme yetkisinin kurum en üst amirinden alınarak cezaevinden sorumlu Cumhuriyet savcısına verilmesi gerekir. Bu şekilde ağır bir uygulamanın idare tarafından rutin bir uygulama hâline getirilmesi önleneceği gibi kararların bir yargı mercii tarafından verilmesi hükümlü ve tutukluların hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından önemli bir güvence olacaktır.

ULUSLARARASI BELGELERDE CEZAEVLERİNDEKİ ARAMA İÇİN GELİŞTİRİLEN STANDARTLAR

Avrupa Cezaevi Kuralları

Cezaevlerinde disiplin, düzen ve güvenliğin sağlanması için yapılacak aramanın hükümlü ve tutukluların temel haklarına zarar vermeden yapılmasını sağlamak bakımından birçok uluslararası belgede bu konuda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu belgelerin başında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı gelmektedir²⁸.

²⁸ Avrupa Cezaevi Kuralları, https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151_705_tavsiye_kararlari.pdf, İET: 21/01/2022.

Bu bağlamda Avrupa Cezaevi Kuralları'nın "Arama ve kontroller" kenar başlıklı bölümün 54. maddesinde cezaevlerindeki aramanın usulüne dair önemli kurallar belirlenmiştir. Buna göre; her şeyden önce cezaevi personelinin, mahpusların yaşadığı, çalıştığı ve toplandığı her yeri, mahpusları, ziyaretçiler ve onların eşyalarını ve personeli ararken uymak zorunda olduğu detaylı prosedürler olmalıdır. Bu tür aramaların gerekli olduğu durumlar ve aramaların biçimi ulusal mevzuatta belirtilmelidir. Bu husus cezaevinde yapılacak aramanın yasallığı bakımından bir gerekliliktir. Bunun yanında hak ihlali oluşturmayacak bir aramanın nasıl olacağına dair de aşağıdaki esaslar benimsenmiştir:

- Personele, aradıkları kişilerin insan onuruna ve kişisel eşyalarına karşı saygılı davranmak suretiyle, herhangi bir firar veya suç eşyası gizleme teşebbüsünü ortaya çıkaracak ve önleyecek şekilde arama eğitimi verilmelidir.
- Aranılan kişiler, arama yöntemleri nedeniyle küçük düşürülmemelidir.
- Kişiler sadece hemcinsleri olan personel tarafından aranmalıdır.
- Mahpusların beden boşluklarındaki aramalar cezaevi personelince yapılmamalıdır.
- Arama esnasında, mahrem yerler ile ağız, burun ve kulak içinde yapılacak inceleme sadece doktor tarafından yapılmalıdır.
- Araştırma teknikleri veya personele yönelik potansiyel tehlike buna engel değilse, şahsi eşyaları aranırken mahpuslar da hazır bulundurulmalıdır.
- Cezaevinin emniyet ve güvenliğinin sağlanması zorunluluğu ile ziyaretçilerin özel yaşamına saygı arasında denge kurulmalıdır.
- Yasal temsilciler, doktorlar, sosyal çalışanlar vb. gibi uzman ziyaretçilerin aranmasına ilişkin prosedürler, kurum emniyet ve güvenliği ile özel mesleki giriş hakkı arasında bir denge sağlanması için onların meslek kuruluşlarıyla anlaşmaya varılarak düzenlenmelidir.

Görüldüğü üzere Avrupa Cezaevi Kuralları'nda genel ve çıplak aramanın nasıl ve kimler tarafından yapılması gerektiği ve en önemlisi bu aramanın insan onurunu kırıcı ve kötü muameleye dönüşmeden gerekli ve dikkat ve özen gösterilerek yapılması zorunluluğu vurgulanmıştır. Personel tarafından aranan kişilerin insan onuruna ve kişisel eşyalarına karşı saygılı davranılması, onların küçük düşürülmemesi ve özel yaşamlarına saygı gösterilmesi aramanın en temel ilkeleri olarak kabul edilmiştir.

Nelson Mandela Kuralları

Hükümlü ve tutukluların aranmasına ilişkin önemli standartlar belirleyen belgelerden biri de Nelson Mandela Kuralları olarak bilinen Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar belgesidir²⁹. Nelson Mandela Kurallarının “*Mahpusların ve hücrelerinin aranması*” başlıklı bölümün 50 ila 52. maddeleri mahpusların ve kaldıkları yerlerin aranmasına ilişkin temel esasları düzenlemektedir. Kuralların 50. maddesinde mahpusların üst ve hücrelerinin aranmasına yön veren yasa ve diğer düzenlemelerin, uluslararası hukuk uyarınca üstlenilen yükümlülüklerle uygun olması ve hapisanelerde güvenliği sağlama ihtiyacını göz önünde tutarak, uluslararası standart ve normları dikkate alması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca aramaların, insanlık onuruna ve aranılan kişilerin mahremiyetine saygılı olacak şekilde ve aynı zamanda ölçülülük, yasallık ve gereklilik ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Belgenin 51. maddesinde ise cezaevlerindeki aramaların sınırları, amacı ve hangi amaçlarla kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre aramalar, rahatsız etme, göz korkutma ya da mahpusun mahremiyetine gereksiz yere müdahale etmek için kullanılamaz. Hukuki denetim bakımından hapisane idaresi, özellikle soyma ve beden çukurlarının aranması ile hücre aramaları için arama gerekçesini, gerçekleştirenlerin kimliklerini ve arama sonuçlarını içeren uygun arama kayıtlarını tutması gerektiği vurgulanmıştır.

²⁹ 1955 tarihli Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar Belgesi, 1955’te Cenevre’de toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş, ve Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 31 Temmuz 1957 tarihli ve 663 C (XXIV) sayılı ile 13 Mayıs 1977 tarihli ve 2076 (LXII) sayılı Kararlarıyla onaylanmıştır. Hapishanelerde mahpuslara yönelik muameleye ilişkin standartları belirleyen temel belge kabul edilmesi üzerinden 60 yıldan uzun bir süre geçmesi nedeniyle günümüzün ihtiyaçları, insan hakları ve hapisane idaresi alanlarında meydana gelen değişim ve gelişmeleri yansıtabilecek şekilde yeniden gözden geçirilerek Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 17 Aralık 2015 tarihinde güncellenmiştir. Güncellenmiş Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar, yaşamının 27 yılını Güney Afrika’nı demokratikleşmesi ve Apartheid rejiminin yıkılması için yaptığı mücadele in edenyle hapishanelerinde mahpus hakları savunucusu olarak geçiren Güney Afrika Cumhuriyeti’nin ilk siyahı Başkanı Nelson Mandela’nın mücadelesini onurlandırmak adına bu uluslararası belgeye Nelson Mandela Kuralları adı verilmiştir. <https://tihv.org.tr/ozel-raporlar-ve-degerlendirmeler/nelson-mandela-kurallari-mahpuslara-muameleye-dair-birlesmis-milletler-asgari-standart-kurallari>. İET:22/01/2022.

Çıplak ve beden çukurlarında aramaya ilişkin esaslar, Belgenin 52. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

- Soyma ve beden çukurlarının aranması dâhil rahatsız edici aramalara, ancak mutlak bir gereklilik söz konusuysa başvurulur.
- Cezaevi idaresi, rahatsız edici aramalara uygun seçenekler geliştirmek ve kullanmak konusunda teşvik edilir.
- Rahatsız edici aramalar, özel olarak ve mahpusla aynı cinsiyete sahip eğitilmiş görevliler tarafından yürütülür.
- Beden boşluğu araması sadece yetkili sağlık görevlileri tarafından veya bunlardan başka, öncelikle mahpusların bakımı ile sorumlu ya da en azından hijyen, sağlık ve güvenlik standartları ile ilgili bir sağlık çalışanı tarafından uygun şekilde eğitilmiş görevlilerce yapılır.

Diğer taraftan Nelson Mandela Kurallarının 60. maddesinde ise ziyaretçilerin aranmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir. Buna göre ziyaretçilerin hapisaneye kabulü, ziyaretçinin aranmasına onay vermesi koşuluna bağlıdır. Ziyaretçi, herhangi bir zamanda onayını geri çekebilir, bu durumda hapisane idaresi, erişimi reddedebilir. Ayrıca ziyaretçilerin aranma ve giriş usulleri aşağılayıcı olamaz ve en azından 50 ila 52. maddelerde belirtilen kurallar kadar koruyucu ilkelere tabii olur. Beden boşluğu aramalarından kaçınılır ve bunlar çocuklara uygulanmaz.

ARAMALARDA UYULACAK TEMEL İLKELER

Genel Olarak

İnfaz hukuku, işlevi ve amacı dikkate alındığında belli temel ilkeleri bünyesinde barındırmaktadır. Bu çerçevede temel olarak cezanın eşitlik ilkesine ve insan onur ve haysiyetine uygun olarak infaz edilmesi gerekmektedir. Bu husus çağdaş infaz sistemindeki yeni yaklaşımlar çerçevesinde hükümlünün varlık ve değerine saygı gösterilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında kovuşturma aşamasında göz önünde tutulan bu yaklaşım, hükmün kesinleşmesi sonrasındaki infaz aşamasında hem infazın yapılacağı mekânlar ve hem de infazın şekli konularında da ön plana çıkmaktadır³⁰. 5275 sayılı Kanun'un 2, 4 ve 6. maddelerinde infazda esas alınacak temel ilkeler açıkça belirtilmiştir.

³⁰ Kızılaslan, Hakan: “Yeni Ceza İnfaz Sistemimizin Ana İlkeleri ve Uygulama”, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.

html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.

tchd.

org.

tr%2FUploads%2Fsuc_ve_ceza%2Fdosyalar%2F2008-2%2F1.

YEN%25C4%25B0%2520CEZA%2520%25C4%25B0NFAZ%2520S%25C4%25B0STE
YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)

5275 sayılı Kanun'un "*İnfazda temel ilke*" kenar başlıklı 2. maddesi infazda dikkat edilmesi gereken en temel ilkeleri düzenlemektedir. Buna göre ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikirleri ile ekonomik durumları ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır. Ayrıca ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz.

Kanun'un "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*" kenar başlıklı 6. maddesinde ise hapis cezalarının infazında dikkate alınacak diğer temel ilkelere yer verilmiştir. Kanun koyucunun cezaların infazı için belirlemiş olduğu usul ve ilkeler, cezaların infazı ile elde edilmek istenen temel amacın gerçekleşmesi, hükümlünün ıslahı ile topluma yeniden kazandırılması ve hürriyetten yoksun kalmayı gerektiren bir hapis cezasının infazının bir keyfiliğe kurban gitmemesi, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi bakımından önemlidir. Unutulmamalıdır ki, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmayı gerektiren hapis cezası idarenin veya toplumun intikam duygularını tatmin etmek için değil aksine bireyin cezayı gerektiren ihlal eyleminin bir daha tekrarlanmaması bakımından onu ıslah etmek ve cezanın etkin ve hızlı infazı suretiyle gerek hükümlünün ve gerekse diğer kişilerin bir daha böyle ihlal eylemlerini gerçekleştirmemelerini sağlamak içindir. Bu noktada hükümlünün infaz sürecinde gösterdiği pişmanlık ve bu süreçte uygulanan programlara uyum hususundaki gayret ve başarısı hapis cezalarının infazında iyileştirmenin temel kıstasıdır. Ancak tutum ve becerilerin elde edilmesi mutlaka hükümlünün bu hususta istekli olmasına bağlı olduğundan, infaz rejiminin bu isteğin oluşmasını teşvik edecek tarzda donatılması gerekir³¹.

Diğer taraftan 2006 Tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararı'nın "*Temel İlkeler*" kenar başlıklı bölümünde infaza ilişkin esaslar şu şekilde düzenlenmiştir:

- Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese, insan haklarının gerektirdiği gibi saygılı davranılmalıdır.

M%25C4%25B0M%25C4%25B0Z%2520HAKAN%2520KIZILASLAN.

pdf&clen=187787&chunk=true, İET: 21/01/2022, s. 2; Hukukun Evrensel İlkeleri ve Özel Görevli Mahkemeler, İstanbul Barosu Paneli, 18 Kasım 2011, İET: 20/01/2022, s. 9.

³¹ Atalay, Osman/Özgelen, Mustafa Safa: İnfaz Hukuku Ders Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayını No: 25, Kasım 2013, s. 10.

- Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler, kendilerini mahkûm eden ya da tutuklayan bir karar ile hukuken ellerinden alınmayan bütün haklarını muhafaza ederler.
- Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere getirilen kısıtlamalar, asgari gereklilikte ve haklarında hükmedilen kararın meşru amacıyla orantılı olmalıdır.
- Kaynakların eksikliği, mahpusların insan haklarını ihlal eden cezaevi koşullarını mazur gösteremez.
- Cezaevi yaşamı, genel toplum yaşamının olumlu yönlerine mümkün olabildiğince yaklaşmalıdır.
- Bütün hapsedilme biçimleri, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin özgür toplumla yeniden bütünleşmelerini kolaylaştıracak şekilde düzenlenmelidir.
- Dışarıdaki sosyal servislerle işbirliği ve toplumun mümkün olabildiği ölçüde cezaevi yaşamına katılımı teşvik edilmelidir.
- Cezaevi personeli önemli bir kamu hizmetini yerine getirmektedir ve bu personel, işe alınmada, eğitimde ve mahpusların bakımında yüksek standartları sürdürmeyi mümkün kılan çalışma koşullarına sahip olmalıdır.
- Bütün ceza infaz kurumları, düzenli olarak resmi denetime ve bağımsız izlemeye tabi tutulmalıdır.

Cezaların kanunun belirlediği ilkeler çerçevesinde infaz edildiğinin takibi ve hükümlünün sahip olduğu hakların farkına varabilmesi için hükümlüye sahip oldukları haklar yazılı olarak derhal bildirilmelidir. Aynı şekilde hükümlünün okuryazar olmaması halinde söz konusu hakların sözlü olarak kendisine bildirilmesi gerekir.

Cezaevindeki aramalar noktasında aramaya tabi tutulacak kişi ile arayacak kişi arasında doğru bir iletişim kurulması da önemli konulardan biridir. Bu süreçte yapılan aramanın amacının ve kapsamının arama öncesi tutuklu ve hükümlüye bildirilmesi, aramadan kaynaklı gerginliğin oluşmaması bakımından görevlinin sürekli olarak hükümlü ve tutukluya sakin ve kibar bir tavır sergilemesi ve ölçülü uyarılarda bulunması önemlidir. Özellikle aramanın görevlinin vereceği doğru talimatlar çerçevesinde gerçekleşebilmesi bakımından, arayan kurum görevlisinin sakin ve kibar davranması ve prosedüre uygun hareket etmesi gerekir³².

³² Carlson, Peter/Garrett, Judith: Prison and Jail Administration: Practice and Theory, Jones & Bartlett Learning, 2008, s. 140.
YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)

Anayasa, yasalar ve uluslararası sözleşme ve belge hükümleri dikkate alındığında cezaların infazında özellikle cezaevlerinde güvenlik, disiplin ve düzen bakımından çokça başvurulmuş arama tedbirinin uygulanması sırasında aşağıdaki ilkelerin esas alınması gerekmektedir.

Aramanın İnsan Onuruna Saygı İlkesine Uygun Yapılması

İnfazın insan onuruna uygun olması ilkesi esasen AİHS'nin 3. maddesinin bir gereği olarak cezaların infazında gözetilmesi gereken bir diğer temel ilkedir. 5275 sayılı Kanun'un "*İnfazda temel ilke*" kenar başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasında ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu noktadaki temel amaç ve mücadele infazın insanileştirilmesidir³³. Kanun'un "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*" kenar başlıklı 6. maddesi uyarınca da hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluğun, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektilmesi gerekir.

İnsan onuruna saygı ilkesi gereğince cezaevinde tutuklu ve hükümlüler insan onuruna aykırı davranış ve uygulamalara maruz bırakılamaz ya da işkence veya insanlık dışı kötü muamelelere tabi tutulamaz. Suçlunun suçu veya cezası ne olursa olsun bu tip uygulamalar insanlığa karşı işlenmiş eylemler olacaktır. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme, içirme gibi aşağılayıcı muameleler insan onuru ve haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak ortaya çıkabilir³⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 3. maddesi ile ilgili içtihatlarında kötü muamele yasağının demokratik toplumların en temel değeri olduğunu vurgulayarak terörizmle ya da organize suçla mücadele gibi en zor şartlarda dahi Sözleşme'nin -mağdurların davranışlarından bağımsız olarak- işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemleri yasakladığını belirtmiştir. Kötü muamele yasağının Sözleşme'nin 15.

³³ Karakaş Doğan, Fatma: 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Düzenlemesi Işığında Ceza İnfaz Hukuku, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 6-8; Demirbaş, Timur: "*Ceza İnfaz Hukukunun Çağdaş İlkeleri Açısından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun (CGTİK) Değerlendirilmesi*", Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2008, (İlkeler), s. 10.

³⁴ AYM Cezmi Demir ve Diğerleri Kararı, Başvuru No: 2013/293, K. T:17/7/2014, Prg. 90.
YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

maddesinde belirtilen toplum hayatını tehdit eden kamusal tehlike hâlinde dahi hiçbir istisnaya yer vermediği de içtihatlarda vurgulanmıştır³⁵.

İnsan onuruna saygı ilkesinin önem kazandığı alanlardan biri de cezaevlerinde yapılan aramalardır. Hukuk devletinin varlığının hayatın her alanında gözetilmesi gerektiği dikkate alındığında cezaevleri de hukuk devletinin hâkim olduğu alanlardır. Hukuk devleti olmanın gereği olarak arama gibi tedbir ve uygulamaların da insan onuruna saygı ilkesi çerçevesinde yürütülmesi gerekir. Kişinin suçlu olması arama sırasında onun onurunun yok sayılması sonucunu doğurmamaktadır. İnsan onuru, demokrasinin ve hukuk devletlerinin vazgeçilmez bir parçasıdır. Arama sırasında suçlunun bir insan olduğu, nesne olmadığı göz ardı edilmemelidir.

Cezaevlerinde arama sırasında insan onuruna saygı ve utanma duygusunun korunması esastır. 2575 sayılı Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesinde aramaya ilişkin genel düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak Kanun'un "Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar" kenar başlıklı 86. maddesinde ise hükümlülerin, odalarından çıkış ve dönüşlerinde ayrı yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tâbi tutulacakları ancak aramalarda insan onuruna saygının esas olduğu belirtilmiştir. Bunun haricinde İnfaz Yönetmeliği'nin "Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım" kenar başlıklı 34. maddesinin çıplak aramaya ilişkin esasları düzenleyen ikinci ve üçüncü fıkralarında bu ilke özellikle vurgulanmıştır. Yönetmelik'teki düzenleme uyarınca hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı, bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi nedeniyle yapılacak çıplak aramada, hükümlünün onuru ve haysiyetine saygılı ve utanma duygusunu ihlal etmeyecek şekilde ve kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınması bir zorunluluktur. Dolayısıyla arama sırasında ister genel arama olsun ister çıplak arama olsun insan onuruna saygı gösterilmesi ve buna uygun olarak arama işlemini gerçekleştirilmesi bir yükümlülüktür.

Aramanın Özel Hayata Saygı İlkesine Uygun Yapılması

Anayasal güvence altına alınan özel hayata saygı ve özel hayatın gizliliği ilkesi gereğince bireyin bu özel alanının devlet tarafından korunması esastır ve devletin istisnalar haricinde müdahalesi ise mümkün değildir. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi uyarınca herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Maddenin

³⁵ AİHM Labita/İtalya Kararı, Başvuru No: 26772/95, K. T: 6/4/2000, Prg. 119. *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

ikinci fıkrasında ise hâkim veya yetkili merciin emri olmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Görüldüğü üzere özel hayat Anayasa'da güvence altına alınmış ve bu alana müdahale niteliğinde olarak arama tedbirinin anayasal sınır ve koşulları açıkça belirtilmiştir.

Diğer taraftan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2012/12-1510 Esas 2014/331 sayılı kararında da arama ve el koyma tedbirinin özel hayatın gizliliği bakımından doğrudan ilişkili olduğu belirtilmiştir. Söz konusu kararda, kanunda belirtilen sınırlar doğrultusunda ve demokratik bir toplumun gereği olarak kişi hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olduğu vurgulanmıştır.

Hükümlü ve tutuklular ceza infaz kurumunda buldukları süreçte özgürlük haklarından mahrum olmakla birlikte diğer hak ve özgürlüklerini cezaevi koşullarına uygun olarak kullanmaya devam ederler. Cezaevlerinde de kurum güvenliği ile düzeninin ve disiplinin sağlanması bakımından hükümlü ve tutuklulara yönelik bir kısım kısıtlamaların getirilmesi gerekebilmektedir. Bu kısıtlamalardan biri de arama tedbiridir. Burada kişinin özel hayatının gizliliği hakkı ile kurum güvenliğinin sağlanması çatıştığında; kurumun güvenliğinin sağlanmasına öncelik tanınarak işlem yapılmakta ve kişilerin özel hayatlarının gizliliği haklarının kısıtlanması yoluna gidilmektedir³⁶. Ancak bu kısıtlama ve müdahalenin orantılı olması ve hakkın özüne zarar vermemesi gerekmektedir.

Diğer taraftan cezaevleri, kişilerin sınırlı bir mahremiyet beklentisine sahip olduğu yerlerdir. Diğer hakları gibi özel hayatın gizliliğinin muhafazası imkânı da çok sınırlıdır. Bundan dolayı yapılacak bir aramanın makul bir sebebinin olması gerekmektedir. Burada neyin makul olduğuna karar verme noktasında aramanın yapılma zarureti ile kişinin sahip olduğu sınırlı hakların ihlali arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir³⁷. Mahpusların ve cezaevi çalışanların güvenliği bakımından arama bir gereklilik olmakla birlikte bir noktada mahpusların evi konumuna gelen bir kurumda mahpusların da ev gibi gördükleri bu alanda biraz özel hayata saygı ve mahremiyet beklentilerinin olması çok doğaldır. Bu ikisi arasında bir dengenin sağlanması lazımdır. Bu dengenin kurulabilmesi bakımından bir arama gerekiyorsa bunun için özel ve makul bir sebep bulunmalıdır³⁸.

³⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s. 292; Aksoy, s. 136.

³⁷ Boston, John/Manville, Daniel E. : Prisoners' Self-Help Litigation Manual, Forth Editon, Oxford University Press, New York 2010, s. 280-281.

³⁸ Ohlin, Jens David: Investigative Criminal Procedure: Doctrine, Application, and Practice, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2019, s. 296.

Nitekim AİHM 26.09.2006 tarihli **Wainwright/Birleşik Krallık Kararında**³⁹, bir yakınına ziyarete giden, ancak cezaevine uyuşturucu sokmaya çalıştığı iddia edilen başvurunun çıplak aramaya maruz kaldığı olayda, arama öncesi aramanın nasıl ve ne şekilde yapılacağını anlatan ve aramaya ilişkin onayını gerektiren formun başvurucuya verilmemesi, aramanın tamamen çıplak yapılması mümkün değilken, aramanın bu şekilde yapılması, bu kapsamda kurallara uyulmadan yapılan çıplak aramanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirterek, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme burada incelemeyi AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenen insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı kapsamında değil, 8. maddede düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında yapmıştır.

Hükümlünün Beden ve Ruh Bütünlüğünün Korunması İlkesi

Hükümlünün ruh ve beden bütünlüğünün korunması cezaevi idaresinin temel yükümlülüğüdür. Bu kapsamda 5275 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirlenen bu ilke uyarınca ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur. Bu kapsamda AİHM'e göre infazın yöntemi ve infaz sürecindeki davranışların mahkûmları özgürlükten mahrum kalmanın doğal sonucu olan kaçınılmaz elem seviyesinden daha fazla sıkıntılı veya eziyetli bir duruma sokmaması gerekir. Ceza infaz kurumunda tutulmanın pratik gerekleri çerçevesinde mahkûmların sağlık ve esenlikleri gibi hususların yeterli bir şekilde güvence altına alınması ve yeterli tıbbi yardım sağlanması da insan onuruna yakışır şartların sağlanması için gereklidir⁴⁰.

Diğer taraftan kurum içerisinde hükümlünün beden ve ruh bütünlüğünü tehdit eden hususlardan biri de arama işlemidir. Aramanın ölçülü, insan onuruna uygun ve kanunun belirlediği usulde yapılmaması bu noktada hükümlünün ruh ve beden bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır.

2575 sayılı Kanun'un "*Arama*" kenar başlıklı 36. maddesinde ayrıca bu ilkeye ilişkin bir vurgu yapılmamış ise de İnfaz Yönetmeliği'nin "*Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım*" kenar başlıklı 34. maddesinde buna ilişkin önemli hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda çıplak aramaya ilişkin usul ve esasların yer aldığı İnfaz Yönetmeliği'nin 34. maddesindeki düzenlemeye göre hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması

³⁹ AİHM Wainwright/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 12350/04, K. T: 26. 09. 2006.

⁴⁰ AİHM Piechowicz/Polonya Kararı, Başvuru No: 20071/07, K. T:17/4/2012, Prg. 162. *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

durumunda kurum en üst amirinin gerekli görmesi nedeniyle yapılacak çıplak arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilmesi gerekmektedir. Aranılan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Burada beden çukurlarındaki arama, muhakkak cezaevi tabibi tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere istisnai ve son çare olarak yapılacak çıplak aramada kişinin onurunun rencide olmaması ve vücut dokunulmazlığının haksız müdahalelere maruz kalmaması bakımından belirli esaslar çerçevesinde hareket edilmelidir.

Aramanın Kanunilik İlkesine Uygun Yapılması

Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazının kanunla belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yerine getirilmesi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin doğal sonucudur. Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin genel esaslar" başlıklı 38. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır." hükmü karşısında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ve söz konusu ilkenin sonuçlarının infaz hukuku bakımından da geçerli olduğu açıktır. Buna göre kanunsuz suç ve ceza olmayacağı gibi kanunsuz infaz da olamaz.

Bu bağlamda 5275 sayılı Kanun'un 6/1-c maddesinde hükümlünün kanun ve yönetmeliklerle tanınmış haklarının dokunulmazlığını sağlamak üzere cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunilik ve hukuka uygunluk ilkelerinin esas alınacağı açıkça vurgulanmıştır. Cezaların infazı rejiminin uygulamasında kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından çeşitli sınırlamalar getirildiğinden, bu sınırlamaların dayanağının mutlaka kanunla öngörülmesi gerekir. Buradaki kanunilik ilkesinin de hukuk devleti ilkesi esasları çerçevesinde olacağı açıktır. Diğer taraftan 5275 sayılı Kanun'un 6/1-b maddesinde hükümlülerin, Anayasa'da yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanun'da öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir. Kanuni düzenlemeden de anlaşılacağı üzere hükümlülerin temel hakları ancak kanunla ve kanunun belirlediği esaslar çerçevesinde kısıtlanabilir. Kanun dışında kanun hükmünde kararname veya yönetmelik ya da tüzük ile temel hakların kısıtlanması yoluna gidilemez.

İnfazın kanuniliği ilkesinin önem arz ettiği alanlardan biri de cezaevinde yapılan arama işlemleridir. Aramanın usul ve esaslarının kanunda belirlenmesi ve uygulanma koşullarının alt mevzuatta detaylı bir şekilde düzenlenmesi gerekir. İnsan onurunu ve aynı zamanda kişinin ruh ve beden

bütünlüğünü ilgilendiren arama gibi bir tedbirin kanuni olması hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez gereğidir. Bu noktada tüzük, yönetmelik, genelge gibi mevzuat hükümlerinin başta AIHS olmak üzere Anayasa ve 5275 sayılı Kanun'un infaz için geliştirdiği emredici hükümlere aykırı olmaması ve cezaevi idaresinin de arama uygulamalarının kanunilik ilkesine uygun olması gerekir. Hiçbir gerekçe ile mevzuat tarafından sınırları çizilen arama usulünün dışına çıkılmaması ve burada belirtilen emredici hükümlere uygun hareket edilmesi gerekir. Ayrıca Kanun'un arama konusunda kurum yetkililerine vermiş olduğu takdir yetkisinin de keyfi kullanılmaması gerekir. Bu nedenle yapılan aramanın kanuni olabilmesinin bir diğer koşulu da hukuki ve delillere dayalı bir gerekçesinin olmasıdır.

Aramada Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesine Uygun Hareket Edilmesi

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kuralların hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikirleri ile ekonomik durumları ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanacağı 5275 sayılı Kanun'un "*İnfazda temel ilke*" kenar başlıklı 2. maddesinde belirtilmiştir. Aynı şekilde ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağı da maddede hüküm altına alınmıştır. Bu noktadaki temel amaç ve mücadele infazın insanileştirilmesidir. Aynı şekilde öğretide infazın bu temel ilkelerinin yanında infazın kesintisizliği ilkesi ve gizlilikten kaçınma ilkesinin de önemli olduğu dile getirilmektedir⁴¹.

Adı geçen maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde, diğer milletlerarası sözleşme ve hak bildirilerinde ve Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "*insanlar arasında cins, ırk, renk, din, mezhep, milliyet, siyasal ve fikrî kanaat, millî ve sosyal köken, bir azınlığa mensup olma, servet, doğum ve benzeri nedenlerle ayırım yapılmayacağına*" ilişkin ilke, hükümlü ve tutuklular yönünden de aynen geçerlidir. Hükümlünün infaz aşamasında anayasal güvence altına alınmış olan haklarına yönelik getirilen sınırlamaların tam belirlenmesi ve hükümlünün konumunun tereddüde mahal vermeyecek şekilde ortaya konulması da hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bundan dolayı temel haklara yapılan bu müdahalelerin kanunla açık ve net olarak belirlenmesi gerekir⁴².

⁴¹ Karakaş Doğan, s. 6-8; Demirbaş, (İlkeler), s. 101.

⁴² Demirbaş, s. 47 vd.

AİHM içtihatları uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümleri cezaevinin kapısında son bulmaz. Hükümlü ve tutuklular, genel olarak, özgürlük hakkı hariç olmak üzere Sözleşme kapsamında güvence altına alınan tüm temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaya devam ederler. Sözleşmede belirtilen haklara getirilen her türlü kısıtlamanın gerekçelendirilmesi gereklidir. Bununla birlikte, söz konusu gerekçe, suçun önlenmesi ve düzenin sağlanması gibi mahkûmiyet koşullarından kaynaklanabilen güvenlik kaygıları kapsamında olabilir⁴³.

Eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu olarak cezanın infazı aşamasında ayrımcılık yasağına ilişkin esasların aynen dikkate alınması gerekir. Bu kapsamda arama işlemleri sırasında kategorik olarak bazı tutuklu ve hükümlülerin, diğer bazı kategorilerdekilerden farklı muamele görmelerine neden olan belirli bir cezaevi rejiminin uygulanması ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin ihlali olacaktır. Mesela somut bir şüphe sebebi olmaksızın bir kısım hükümlünün veya terör gibi bazı nitelikli suçlardan hükümlü veya tutuklu olanların rutin bir şekilde ziyaretçi dönüşü çıplak aramaya tabi tutulması aynı zamanda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin ihlali sonucunu da doğuracaktır.

Aramanın Orantılılık İlkesine Uygun Yapılması

Kişinin özel yaşamına ve vücut bütünlüğüne müdahaleyi bünyesinde barındıran arama tedbirinin yasal koşullarının oluşması nedeniyle bu tedbire başvurulması halinde dikkat edilmesi gereken bir diğer ilke orantılılık ilkesidir. Anayasa'nın 13. maddesi devletin özel hayatın gizli alanına ve beden bütünlüğüne yapacağı bu tip müdahalelerin yapılabilmesi için kanuna uygun bir düzenleme ve işlem yapılmasını öngörmektedir. Buna göre, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Bu doğrultuda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir koruma tedbiri olan arama, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen sınırlandırma

⁴³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber, Mahpus Hakları, Ankara 2019, <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020134215mahpus%20haklar%C4%B1%20olarak%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirelim%20ba%C5%9F1%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>, İET: 20/01/2022, s. 7.

şartlarına uygun yapılması gerekmektedir⁴⁴. Aynı şekilde AİHS'nin 8. maddesinde özel hayatın gizliliği güvence altına alınmış ve bu hakka ilişkin müdahale ve bu müdahalenin sınırları ortaya konulmuştur⁴⁵.

Bu bakımdan cezaevlerindeki arama işlemleri değerlendirildiğinde genel arama ile halledilebilecek bir hususun çıplak arama ile veya çıplak arama ile şüphenin giderilmesi mümkünken beden çukurlarında arama yoluna gidilmesi tedbirin orantısız uygulanması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle cezaevindeki her türlü aramada orantılılık ve dürüst işlem ilkesi mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Aramanın amacını aşarak kişiye eziyet ve işkenceye dönüşen bir arama da orantısız ve dürüst işlemi ilkesine aykırı arama olacaktır⁴⁶. Zaten bu tip orantısız ve amacını aşan aramalar AİHS'nin 3. maddesi bağlamında işkence ve kötü muamele niteliğine dönüşmektedir⁴⁷.

Benzer şekilde Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üye devletlerce uygulanmasını denetleyen iki organdan biri olan Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Komisyonu X ve Diğerleri/Arjantin davasında⁴⁸ hapisanedeki aramalarla ilgili olarak aramanın kaçınılmaz olandan daha fazla ıstırap ve aşağılama yaratmaması ve orantılı olarak uygulanması gerektiğine vurgu yapmıştır⁴⁹.

Arama Tedbirinin Dürüst İşlem İlkesine Uygun Yürütülmesi

⁴⁴ Yılmaz, Yeşim: “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 124, Y. 2016, s. 249-250.

⁴⁵ Öncü, Gülay Arslan : Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 366 vd. ; Yılmaz, s. 25.

⁴⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 47-53; Yılmaz, s. 272.

⁴⁷ Mesela AİHM, Van Der Ven/Hollanda (Başvuru No: 50901/99, K. T: 04/02/2003) Kararında kaçması halinde yeniden şiddet suçları işleme riski bulunduğu için cezaevinde çok katı bir rejim altında tutulan başvuruçunun üç buçuk yıl boyunca her hafta sistematik olarak çıplak soyularak üst aramasına tabi tutulmasının Sözleşme'nin 3. maddesini ihlali olarak değerlendirmiştir.

⁴⁸ X ve Diğerleri /Arjantin davasında, başvuranlar bir mahkûmun karısı ve 13 yaşındaki kızıdır. Ziyaret öncesi vajinal arama yapıldı. Bu, mahkûmla kişisel temas kurmak isteyen ziyaretçiler için zorunluydu. Komisyon, bunun, aranan kişinin zihinsel ve ahlaki bütünlüğünü etkilemeyecek şekilde yapılması gerektiğini belirtti. Komisyon, böyle bir arama için yargı kararının bulunmadığını ve aramanın nitelikli bir personel tarafından yapıldığını değerlendirerek, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesine aykırı bir şekilde mağdurların beden ve ruh bütünlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

⁴⁹ Neziroğlu, İrfan: “A Comparative Analysis of Mental and Psychological Suffering as Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment under International Human Rights Treaty Law”, Essex Human Rights Review Vol. 4 No. 1, February 2007, <https://nanopdf.com/download/a-comparative-analysis-of-mental-and-psychological-suffering-as-pdf>, İET:22/01/2022.

Yargılama hukuku bakımından adil yargılanma ilkesi olarak nitelendirilen ancak idari işlem ve kararların alınması süreci bakımından “dürüst işlem ilkesi” olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, idarenin bütün işlem ve kararlarında kanunla daha önce öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde hareket etmesi gereklidir. Bu da verilen karar ve işlemlerde asgari olarak adil yargılanma hakkının düzenlendiği Anayasa’nın 36 ve AİHS’nin 6. maddesindeki esasların dikkate alınarak hareket edilmesi zorunluluğunu getirmektedir. Esasen burada özellikle delillerin toplanmasında başvurulmuş işlemlerin ve kullanılan yöntemlerin insanın onurunu, adaletin saygınlığını zedelememesi güvence altına alınmaktadır⁵⁰.

Nitekim **Anayasa Mahkemesi 1999/2 Esas, 2001/2 Karar ve 22/06/2001 Tarihli** kararında; “...*Özel konuşmaları kaydedilen kişilerin en temel hakları ihlal edilmiştir. Çünkü Anayasanın 20. maddesinde özel hayatın gizliliğine dokunulamaz, 22. maddesinde ise haberleşmenin gizliliği esastır kuralı yer almaktadır. Bu yol bir kez açılacak olursa, hukuk devletinin temel kurallarından birisi olan ve varlığını Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinden alan delil yasaklarına ilişkin kanun maddesi tüm etkisini yitirecektir. Usul hukukumuzdaki ilkelerden olan “dürüst işlem ilkesi” de bu şekilde elde edilen bir delilin kullanılmasına olanak vermez. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil/dürüst yargılanma hakkı, kişilerin hukuk devletinin kuralları çerçevesinde yargılanmalarını öngörür. Bu kurala aykırılık, işlemin adil olmasını ve dürüst işlem ilkesini ihlal edecektir...*” demek suretiyle bu ilkeye vurgu yapmıştır.

Hukuk devletinde hayatın her alanında kamu kurumları ve kamu görevlilerinin işlem ve hizmetlerinde bu ilkeye uygun hareket etmesi esastır. Özellikle ceza yargılaması ve cezaların infazı sürecinde de işlem ve kararlara yön veren bir ilke niteliğindedir. Bu noktada personel yetersizliği, teknolojik yetersizlikler ve devletin suçla mücadelesini olumsuz yönde etkileyen diğer imkânsızlıklar dâhil hiçbir sebep, suçla mücadelede devletin doğruluk kurallarından ayrılmasının gerekçesi olamaz. Zaten böyle bir muhakeme sonrasında gerçekleşecek yargılama adil yargılama ilkesine aykırı olacağı gibi bu ilkenin yok sayıldığı bir infaz süreci ise hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla bu ilke çerçevesinde yargılama ve

⁵⁰ Özbek, Veli Özer: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s. 32.

infaz makamlarının bu doğruluk kurallarına titizlikle uymayı kendisine amaç edinmesi gerekmektedir⁵¹.

Dürüst işlem ilkesinin önem arz ettiği durumlardan biri de arama koruma tedbiridir. Dürüst işlem ilkesi hem adli arama hem de önleyici arama için geçerlidir⁵². Bu ilke çerçevesinde hak ihlallerine sebep olmamak ve hukuk devleti ilkesini zedelememek için arama uygulaması sırasında önceden belirlenen kurallara riayet etmek gerekmektedir. Bunun yanı sıra bu kuralların kişilerce bilinmesine ve bu nedenle onların haklarını arayabilmesine de imkân tanınmalıdır⁵³. Burada arama tedbirine başvurulduğunda tedbirin kanun koyucunun amacına uygun yapılması ve uygulamanın yasayla getirilen güvenceleri ortadan kaldırmak amacını taşımaması gerekir⁵⁴. Ayrıca arama sırasında makul sınırı aşmamak gerekir. Bu bağlamda gündüz başlayan bir aramayı gereksiz yere uzatarak geceye sarkıtmak suretiyle kanun ile getirilen güvencelerin ortadan kaldırılmaması gerekir⁵⁵. Bu nedenle dürüst işlem ilkesinin bir gereği olarak aramanın gerekçesini oluşturan makul şüphe ve makul sebeplerin dürüstçe belirlenmesi, gerçeğin bulunması amacına hizmet etmesi, kanunlardaki usullere uyulması, gereksiz ve ölçsüz müdahalelerden kaçınılması, kısaca aramanın hakkaniyete uygun şekilde icra edilmesi gerekir⁵⁶.

Dürüst işlem ilkesinin en temel uygulanma kriterlerinin gereği olarak; cezaevlerinde yapılacak arama uygulamalarının önceden kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde yürütülmesi ve diğer temel haklara riayet edilmesi, kanun hükümlerinin kişilerin aleyhine olacak şekilde yorumlanıp tevil edilmemesi, kanuna karşı hile kullanılmaması, tedbirin amacına uygun ve ölçülü olarak uygulanması gerekmektedir. Kanunun belirlediği genel aramanın amacına uygun yürütülmesi gerektiği gibi istisnai ve son çare olan çıplak aramanın da aynı şekilde temel hak ve hürriyetlere zarar vermek ve hükümlüyü baskılamak gibi hukuk dışı amaçlar için kullanılmaması gerekir.

⁵¹ Bouzat, Pierre: “*Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları*”, (Çev. Hasan Bıyıklı), Yargıtay Dergisi, Ocak 1977, C:3, S:1-2, s. 113.

⁵² Feyzioğlu Metin: Tanıklık ve Dürüst Muhakeme, US-A Yayıncılık, Ankara 1998,s. 1.

⁵³ Özbek, s. 32.

⁵⁴ Keskin Kızıroğlu, Serap: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58 , S. 1, Y. 2009, s. 164; Özbek/Doğan/Bakçaksız, s. 53.

⁵⁵ Doğan, s. 169; Özbek/Doğan/Bakçaksız, s. 53; Yılmaz, s. 272; Keskin Kızıroğlu, s. 164; Turhan, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara, 2006. s. 245 ; Yurtcan, Erdener: Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, (. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 103.

⁵⁶ Özbek, s. 33.

ÇIPLAK ARAMA ve UYGULANMA ESASLARI GENEL OLARAK ÇIPLAK ARAMA

Cezaevi düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ile hükümlülerin cezaevinde suç işlemelerinin önlenmesi bakımından cezaevi koşullarının ve hükümlülerinin aranması bir gerekliliktir. Bazı mahkûmların, özellikle de orta ya da azami düzeyde güvenliğe tabi olanların zaman zaman şahsen de aranarak üstlerinde başkalarına ya da kendilerine zarar vermek için kullanabilecekleri herhangi bir şeyin veya sözgelimi bir uyuşturucu gibi, yasak bir maddenin olup olmadığının kontrol edilmesi gerekir. Bu aramaların yoğunluk derecesi duruma göre değişir. Örneğin, çok sayıda mahkûmun bir çalışma yerinden barınma yerlerine dönmekte oldukları bir durumda, günümüzde uçak yolcularına yaygın olarak yapıldığı gibi, üstlerinden hafifçe el geçirerek arama yapılabilir. Başka durumlarda, özellikle de bir mahkûmun üstünde bir şey gizlediğinden şüphelenildiğinde, çıplak arama veya Yönetmelik'teki yeni adıyla detaylı arama olarak bilinen yöntemle başvurulması gerekebilir⁵⁷.

Arama koruma tedbirinin nitelikli bir hali olan ve kişinin özel yaşamının gizli alanına müdahale içerdiği gibi doğrudan kişinin beden bütünlüğüne de müdahale içeren çıplak aramanın Türk hukukundaki temel dayanağı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'tir.

Çıplak arama kendisine veya diğer hükümlülere ya da cezaevi personeline zarar verici, kesici, delici ve benzeri eşya taşıdığı ya da cezaevine girmesi yasak olan bir maddeyi sakladığından şüphelenilen kişinin, kimsenin görmeyeceği bir alanda elbiseleri çıkarılmak suretiyle aynı cinsiyetten olan görevliler tarafından bütün vücudunun temas edilmeden gözle aranmasıdır⁵⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus şüphe üzerine yapılan çıplak aramada kesinlikle kişinin vücuduna temas edilemez. Ayrıca bu tedbirin; ne sıklıkla gerçekleştirileceği, hükümlünün çömelip kalkması, öksürmesi veya herhangi bir davranışta bulunmasının gerekip gerekmediği hususlarının mevzuatla düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla kişinin çıplak aramasında onu rencide edecek hareketlerin yapılmaması gerekir⁵⁹.

Çıplak aramada cezaevi güvenliğinin sağlanması noktasında elde edilen deliller açısından bir “*tehlikenin önlenmesi*” amaçlanmaktadır. Burada

⁵⁷ Coyle, Andrew: Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım, Yayınlayan: Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, 2002. s. 64.

⁵⁸ Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

⁵⁹ Demirbaş, s. 367.

genel aramanın sınırları aşılmakta hükümlünün vücudunda detaylı arama yapılmaktadır. Çıplak arama vücut bütünlüğüne müdahale ve kişi onurunu rencide etmesi nedeniyle sürekli tartışma konusu olmuş bir tedbirdir⁶⁰.

Özellikle toplumsal muhalefetin yoğun olarak yaşandığı dönemlerde veya tutuklu ve hükümlülerin cezaevindeki hak ihlallerine karşı açlık grevi başlatmasından, isyan ya da firar etmesinden sonra “güvenlik” gerekçesi ile tutuklu ve hükümlüler üzerindeki baskılar ve tedbir adı altında keyfi uygulamalar artmaktadır. Bu gibi dönemlerde koşulları bulunmamasına rağmen yalnızca bir kısım hükümlüleri örselemek, korkutmak ve yıldırım suretiyle kurum düzenini sağlamaya çalışmak veya özellikle devlete karşı işlenmiş suçlarda bu hükümlülere yönelik onları yıldırım, geçmişte yaptıklarına pişman etmek ve cezalandırmak gibi saiklerle çıplak arama uygulamaları sıklaşmaktadır. Bu saiklerle bu yöntemin kullanılması açıkça hukuka aykırı arama sonuçlarını ve sorumluluğunu doğuracaktır. Dolayısıyla çıplak aramanın uygulama biçiminin çıplak arama müessesesinin getirdiği kaçınılmaz unsurların ötesine geçmesi, bireyin aşağılanması ya da küçük düşmesine sebebiyet vermesi hâlinde insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlali ortaya çıkabilecektir⁶¹.

Cezaevlerinde arama ve özellikle çıplak arama noktasında hak ihlallerinin oluşmaması bakımından cezaevi personelinin arama yaparken izlemesi gereken ayrıntılı süreçler olmalıdır. Bu süreçlerin dayanağının kanunda olması gerekir. Kanuni düzenlemeye uygun hazırlanmış diğer alt mevzuatlarda ise diğer ayrıntılar düzenlenmelidir. Alt mevzuat düzenlemelerinde çıplak arama sürecinin hak ihlaline sebebiyet vermemesi bakımından, aramaların ne zaman, nerede, ne kadar sürede, kimler tarafından yapılabileceği belirtilmeli, arama sürecinin mahkûmları küçük düşürmemesi sağlanmalı, mahkûmların aynı cinsiyetten personel tarafından aranması gerektiği belirtilmelidir⁶². Bu noktada en önemlisi çıplak aramanın istisnai ve son çare olarak başvurulacak bir tedbir olduğu ve ancak makul ve ciddi emarelerin bulunması halinde başvurulabileceği hususunda cezaevi idaresi ve personeline farkındalık oluşturulmalıdır.

Hukuka aykırı çıplak aramaların önlenmesi adına öncelikle bu istisnai tedbirin uygulanma koşullarının kanunla belirlenmesi gerekir. Ayrıca uluslararası standartlara uygun olarak hükümlüleri küçük düşürmek ve ayırım yapmak için bir yöntem olarak çıplak aramadan kaçınma ve bir çıplak

⁶⁰ Aras/Güverçin, s. 557.

⁶¹ AYM Mehmet Bayraktar Kararı, Başvuru No: 2014/2316, K. T:15/2/2017, Prg. 64.

⁶² Coyle, s. 64.

arama yapılması gerekiyorsa bunun yasal prosedürlere uygun olarak yürütme yükümlülüğünün kurum ve personel tarafından özümsemesi ve aksi uygulamaların önlenmesi noktasında gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Çıplak aramanın hükümlüler üzerindeki olumsuz etkileri çok iyi bilindiği için, uluslararası standartlar uyarınca vücut tarama makineleri gibi alternatif yöntemlerin geliştirilmesi gerekir.⁶³

Özellikle son zamanlarda ceza infaz kurumlarında tutuklu veya hükümlülere yönelik olarak keyfi, hukuka ve kanuna aykırı sistematik olarak çıplak arama yapıldığı sıkça dile getirilmeye başlanmıştır. İstisnai olarak uygulanabilecek bir uygulamanın genelleştirildiğine ve tutuklu ve hükümlülere yönelik bir işkence ve intikam aracına dönüştüğüne yönelik iddialar sıklıkla dile getirilmektedir. Hâlbuki cezaevlerinde önleyici, güvenlik amaçlı veya delil elde etmek için, zorunlu olmak kaydıyla ölçülü şekilde tatbiki gereken çıplak arama tedbiri, bir ceza veya intikam veya gözdağı verme aracı olarak kullanılamaz⁶⁴. Bu kapsamda yakın zamanda AİHM Kaya/Türkiye Kararında⁶⁵ Gezi eylemlerine karışmasından dolayı tutuklanan öğrenci Elif Kaya'nın tutuklanması üzerine sevk edildiği İzmir Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun mahkûm kabul bölümünde Kurum personeli tarafından çıplak kalacak şekilde soyularak arama yapılmasını reddetmesi üzerine şiddet ve tacize maruz kalarak zorla çıplak aramaya maruz kalmasını ve aramaya direndiği için disiplin cezası verilmesini Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerine aykırı bulmuştur. Halbuki bu başvuruya alakalı Anayasa Mahkemesi işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermişti⁶⁶.

Tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumunda çıplak olarak aranmaları güvenlik ve kurum düzeninin sağlanması bakımından gerekli görülebilmekte ancak bu kapsamdaki bir arama her hâlükârda insan onuruna uygun bir şekilde ve uygun bir tarzda yapılmalıdır. Çıplak arama koşullarının tam belirlenmemesinden ya da mevzuatta belirtilen usule aykırı yapılmasından kaynaklı sürekli hak ihlallerinin yaşandığı bir istisnai arama tedbiridir. Cezaevinde somut delillere dayalı olarak bir tehlikeyi bertaraf etmek için uygulanması gereken istisnai bir tedbir olması gerekirken kurum otoritesini hükümlülere gösterme, hükümlüleri küçük düşürme ve onları

⁶³ Tanz, Eva: “*Hapishaneler ve Çıplak Arama Uluslararası Standartlar ve Alternatifler*”, Türkiye’de Mahpus Olmak 2, TCPS Kitaplığı 14, İstanbul 2017, s. 162.

⁶⁴ Şen, Ersan: “*Çıplak Arama*”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

⁶⁵ AİHM Kaya/Türkiye Kararı, Başvuru No: 80765/17, K. T: 18/01/2022.

⁶⁶ AYM Elif Kaya Kararı, Başvuru No: 2014/266, K:T: 6/4/2017.

rencide etme gibi saiklerle yapılan rutin bir uygulama haline getirildiği genel şikâyetler arasındadır⁶⁷.

TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu tarafından cezaevleri ziyaretleri sonrası hazırlanan birçok raporda hukuka aykırı çıplak aramaların varlığı tespit edilmiştir. Bu bağlamda İnsan Hakları İnceleme Komisyonu tarafından 2019 yılında hazırlanan;

- “*Elazığ Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu*”nun “*B. CEZA İNFAZ KURUMUNDA YAPILAN İNCELEMELERDE ULAŞILAN SONUÇ VE TESPİTLER İLE HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARLA YAPILAN GÖRÜŞMELER*” kenar başlıklı bölümünde Elazığ T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda görüşe gelenlerin çıplak aramaya tabi tutulduğu belirtilmiştir⁶⁸.
- “*Diyarbakır Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu*”nun “*B. CEZA İNFAZ KURUMLARINDA YAPILAN İNCELEMELERDE HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARLA YAPILAN GÖRÜŞMELER VE ULAŞILAN SONUÇ VE TESPİTLER*” kenar başlıklı bölümünde Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda “*Aramalarda insan onuru ile bağdaşmayan uygulamaların yapıldığı, çıplak aramaların yapıldığı, kurum içerisinde veya kampüs içerisinde bir yere gidip gelirken dahi hükümlü ve tutukluların çok sıkı aramalara tabi tutuldukları*” tespitine yer verilmiştir⁶⁹.
- “*Bakırköy Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu*”nun “*B. CEZA İNFAZ KURUMUNDA YAPILAN İNCELEMELERDE ULAŞILAN SONUÇ VE TESPİTLER İLE HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARLA YAPILAN GÖRÜŞMELER*” kenar başlıklı bölümünde kurumda barındırılan hükümlü ve tutuklular tarafından; Kuruma ilk gelişte çıplak arama yapıldığı belirtilmiştir⁷⁰.

⁶⁷ Aras/Güverçin, s. 557.

⁶⁸ Elazığ Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu, s. 9, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2020/elazig_ceza_infaz_kurumlari_raporu.pdf, İET: 21/01/2022.

⁶⁹ Diyarbakır Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu, s. 8, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2020/diyarbakir_ceza_infaz_kurumlari_raporu.pdf, İET: 21/01/2022.

⁷⁰ Bakırköy Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu, s. 7, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2019/bakirkoy_kadin_kapali_ceza_infaz_kurumu_raporu.pdf, İET: 21/02/2022.

Cezaevlerinde çıplak arama iddialarına ilişkin yazılı, görsel ve sosyal medyada yer alan haberler üzerine Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü 21.12.2020 tarihli ve “*Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Arama Prosedürüne İlişkin Basın Açıklaması*”⁷¹ başlıklı bir açıklamada bulunmuştur. İnfaz Yönetmeliği’nin 34. maddesinde değişiklik yapılmadan önce yapılan bu basın açıklamasında “*çıplak arama*” kavramı yerine “*detaylı arama*” kavramı kullanılmıştır. Çıplak arama kavramının oluşturduğu ağır etkiyi hafifletmek saikiyle yapıldığı değerlendirilen bu açıklamanın esasen Türkiye’deki cezaevlerinde neredeyse rutinleşen hukuksuz çıplak aramaları “*detaylı arama*” adı altında meşrulaştırmayı amaçladığı değerlendirilmektedir. Esasen İnfaz Yönetmeliği’ndeki düzenlemenin kavramsal olarak da sorunlu olduğu Genel Müdürlüğün açıklamasındaki çekince den anlaşılmaktadır. Bu açıklamanın insan hakları kuruluşlarının ve muhalefet partilerinin dile getirdiği eleştirilere karşı “*cezaevlerinde çıplak arama yoktur, detaylı arama vardır*” söylemini güçlendirmek için yapıldığı da açıktır⁷². Zaten bu eleştirileri ve kavramsal tartışmayı bitirmek adına Yönetmelik’te yapılan değişiklikle “*çıplak arama*” kavramı “*detaylı arama*” kavramıyla değiştirilmiştir. Esasen Adalet Bakanlığının çıplak arama yetkisinin hükümlü ve tutukluları utandırmak için kötüye kullanıldığı ve hatta bu uygulamaların taciz boyutuna ulaştığı iddiaları karşısında daha detaylı bir açıklama yapması, hükümlü ve tutukluların yalnızca silahlı terör örgütü mensubu olmasının veya herhangi bir gösteri yürüyüşüne katılmış olmasının, çıplak aramaya tabi tutulması için yeterli olmayacağını örneklerle anlatması yerinde olurdu⁷³. Sadece kavramsal değişikliklerle konuya ilişkin yapılan açıklama yetersiz ve sorunları çözmekten uzak niteliktedir.

TÜRK HUKUKUNDA ÇIPLAK ARAMANIN DAYANAĞI VE KANUNİLİK SORUNU

Anayasal Dayanak Sorunu

Anayasa’nın “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*” kenar başlıklı 17. maddesinde herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ve tıbbi zorunluluklar ve

⁷¹ <https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumlarinda-uygulanan-arama-prosedurune-iliskin-basin-aciklamasi21122020050818>, İET: 21/02/2022.

⁷² “*CHP’den 'çıplak arama' iddiaları için 'komisyon kurulsun' önergesi*”, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202012261043465505-chpden-ciplak-arama-iddialari-icin-komisyon-kurulsun-onergesi/>, İET:22/01/2022.

⁷³ Şen, Ersan: “*Çıplak Arama*”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı; kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı; kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20'nci maddesinde ise herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu; özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı ve maddede belirtilen haller haricinde yetkili mercilerin kararı ve onayı olmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere insan onurunun ve beden bütünlüğünün korunması ve özel yaşamın gizliliği Anayasa'nın koruması altındadır. Dolayısıyla kişinin beden bütünlüğüne yapılacak bir müdahalenin Anayasa'nın bu hükümlerinin belirlediği ölçü ve standartlarda olması gerekmektedir. Anayasa'nın yukarıdaki hükümleri incelendiğinde istisnaen yapılabilecek aramayı kişinin "üstü, özel kâğıtları ve eşyası" olarak belirtmiştir. Anayasa'da çıplak aramaya dayanak olabilecek özel sınırlama sebebinin Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlıklı 20. maddesinin ikinci fıkrasında yer almadığı açıktır. Burada Anayasa yer alan "kişinin üstü" ibaresinin "bedeni" kapsamadığı; zira kişinin üstünün aranmasından kastın kişinin üzerinde bulunan kıyafetleri çıkarılmaksızın üstten veya dış, iç ceplerinin aranması, sıvazlanması, yoklanması, yani kıyafetleri üzerinde iken aranması olduğu ve bununda çıplak aramayı kesinlikle kapsamadığı öğretide dile getirilmektedir⁷⁴.

Diğer taraftan, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerinin sınırlanması" başlıklı 13. maddesine göre Anayasa'nın ilgili maddesinde sınırlama sebebi gösterilmedikçe kanunla bir hak ve özgürlüğün sınırlanabilmesi mümkün değildir. Bu noktada Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlıklı 20. maddenin ikinci fıkrasında kişinin "bedenin" aranabileceğine ilişkin bir sınırlama sebebi yer yer almamaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında "kimsenin üstü, **bedeni**, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz" ibaresine yer verilmediği sürece yapılacak düzenlemeler Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir⁷⁵.

⁷⁴ Şen, Ersan: "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

⁷⁵ Şen, Ersan: "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

Kanuni Dayanak Sorunu

5275 sayılı Kanun'un 36. maddesinde, cezaevlerinde yapılacak aramanın genel esasları belirtilmesine karşın çıplak aramaya ve beden çukurlarında aramaya dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun'un "Arama" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında hükümlünün; 116. maddesinin birinci fıkrası atfı ile de tutuklunun, üst ve eşyasının habersiz olarak her zaman aranabileceği, bu aramanın her ay bir kez mutlaka yapılması gerektiği belirtilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesi devletin özel hayatın gizli alanına ve beden bütünlüğüne yapılacak müdahaleler için kanuna uygun ve ölçülü bir düzenleme ve işlem yapılmasını öngörmektedir. Buna göre, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum gereklerine uygun olması gerekmektedir. Cezaevlerinde yapılacak arama da arama türü olduğundan bunun da sınırlarının kanunla çizilmesi gerekmektedir. Kaldı ki çıplak arama ve beden çukurlarında arama gibi kişinin beden bütünlüğüne ve hayatının özel alanlarına açık ve ağır bir müdahale içeren tedbirlerin kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu infazın kanuniliği ilkesinin de bir gereğidir. Ancak Türk hukukunda çıplak arama ve beden çukurlarında arama İnfaz Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere beden aramasının anayasal dayanağının olmadığı ve sadece kanuni dayanağının olduğu bir noktada beden aramasının en ağır ve nitelikli hali olan çıplak arama ve beden çukurlarında aramanın kanuni dayanağı dahi bulunmamaktadır. Türk hukukunda çıplak arama kanunla değil, idarenin düzenleyici bir işlemi olan yönetmelikle düzenlenmiştir⁷⁶. Esasen çıplak arama gibi ağır müdahale içeren bir tedbirin esaslarının kanunla belirlenmesi gerekirdi. Çıplak arama gibi ağır bir tedbirin geçmişte Tüzük şimdi ise İnfaz Yönetmeliği'ndeki bir hükümlü uygulanması doğru değildir⁷⁷. Zira Anayasa'nın 13. maddesindeki açık hüküm gereğince, temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkili olan çıplak aramanın daha önce Tüzük'te ve sonradan da İnfaz

⁷⁶ İnci, Z. Özen: "Türkiye'nin Bir İnsan Onuru Sorunu Olarak Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Çıplak Arama Üzerine Bir İnceleme", Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 120, Y. 2016, s. 50.

⁷⁷ Özbek, Veli Özer: İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021, (İnfaz), s. 227.

Yönetmeliği'nde düzenlenmesi Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. İnfazın kanuniliği ilkesi gereğince de infaz sürecindeki hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin de Kanun'la yapılması gerekmektedir. İdarenin infaz sürecinde düzenleyici işlemleriyle hükümlü ve tutukluların bedenlerine müdahale edilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır. Ayrıca, daha önce Tüzük'te ve sonradan çıkarılan İnfaz Yönetmeliği'nde çıplak arama yapılabilmesi için öngörülen şartlar, temel haklara müdahaleyi yoruma dayalı olarak genişletmeye de müsait niteliktedir⁷⁸.

Diğer taraftan Anayasa 124. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartı ile yönetmelik çıkartılabilir. Ayrıca olağan hukuk düzeninde arama ve el koyma tedbirleri bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamaz. Dolayısıyla çıplak aramaya ilişkin Anayasa ve yasa hükmü bulunmadan doğrudan yönetmelik hükmü ile bu tedbirin düzenlenmesi hukuka aykırıdır⁷⁹.

İnsan onuruna ve vücut bütünlüğüne doğrudan yapılan bu müdahalenin hangi koşullarda ve kimler tarafından yapılacağıın kanunla belirlenmesi hak ihlallerini ve keyfiligi engellemede önemli role sahip olacaktır. Yapılacak düzenlemede ise istisnai olarak uygulanacak çıplak aramanın her halükarda beden çukurlarında yapılacak arama da dâhil olmak üzere yalnızca kurum tabibi tarafından yapılması esası getirilmelidir.

Çıplak aramanın esaslarına ilişkin olarak her ne kadar İnfaz Yönetmeliği'nde hükümler olsa da uygulamada bu hükümlerin de esasen yetersiz ve aleyhe yorumlandığı bireysel başvuru kararlarından anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hükümlünün temel hak ve özgürlüklerinin korunması, arama tedbirinin keyfi uygulanmasının önüne geçilmesi için, arama tedbirinde hukuki belirlilik ilkesine uyularak, tedbirin sınırlarının çizilmesi gerekmektedir⁸⁰. Bunun içinde öncelikle cezaevlerinde hükümlü ve tutuklunun genel aramasının ve özellikle çıplak arama hususunun kanunda ayrıntılı düzenlenmesi, koşullarının somut olarak belirlenmesi ve buna uygun olarak alt mevzuat düzenlemelerinin yapılması gerekmektedir⁸¹.

Dolayısıyla insan onurunu rencide edebilen, onun vücut dokunulmazlığını ihlal eden, utanma duygusunu rencide eden “çıplak

⁷⁸ İnci, s. 70.

⁷⁹ Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

⁸⁰ Çöpoğlu, s. 157.

⁸¹ Özbek, (İnfaz), s. 227; Şahin, Merve: Önleme Araması, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2021, s. 35.

arama ve beden çukurlarında arama” konusunda Anayasa dayanağına sahip, önleyici, güvenlik ve delil elde etme bakımından ayrıntılı şekil ve şartları taşıyan, kimin, ne kadar yetkili olduğunu ve bu konuda takdir yetkisini kullanabileceğini gösteren kanuni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. İnfazın kanuniliği ilkesi gereğince infaz sürecinde temel haklara bu kadar ağır bir müdahale içeren bir tedbirin Cumhurbaşkanlığı Kararı ile yayımlanan bir yönetmelik hükmü ile getirilmesi hukuka aykırıdır. Burada yapılması gereken başta Anayasa’nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında ve 5275 sayılı Kanun’un 36. maddesinin birinci fıkrasında mutlaka “*beden aramasına*” imkân veren bir değişikliğin yapılması gerekmektedir⁸².

ÇIPLAK ARAMA KAVRAMININ YÖNETMELİK DEĞİŞİKLİĞİ İLE DETAYLI ARAMA KAVRAMIYLA DEĞİŞTİRİLMESİ

Cezaevlerinde aramalarda yaşanan hak ihlalleri ve buna karşı oluşan tepkiler neticesinde İnsan Hakları Eylem Planında (İHEP) yer alan hedefler ve yargı reformu kapsamında ‘Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik’te değişiklik yapıldı. 12/11/2021 tarihli Resmi Gazetenin 31657 sayısında yayınlanan 4773 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İle İnfaz Yönetmeliği’nde yapılan değişiklikler kapsamında hükümlü ve tutukluların ceza infaz kurumlarına ilk girişlerinde yapılan arama işlemlerine düzenleme getirildi. Adalet Bakanlığı tarafından yapılan basın açıklamasında “*Hükümlü ve tutuklulara ilk kabulde şüphe üzerine yapılan ve yönetmelikte ‘çıplak arama’ olarak isimlendirilen uygulamaya son verildi*”⁸³ demek suretiyle hak ihlallerinin kaynağı olan çıplak arama uygulamasının kaldırıldığı belirtilmiştir.

İnfaz Yönetmeliği’nin 34. maddesinde yapılan bir diğer önemli değişiklik ise maddenin dokuzuncu fıkrasında yer alan “*Arama ve sayımlar sırasında insan onuruna saygı esastır.*” hükmü, “*Arama ve sayımlar sırasında insan onuru ve haysiyetine saygı ile utanma duygusunun ihlal edilmemesi esastır. Bu kapsamda gerekli her türlü tedbir alınır.*” şeklinde değiştirilmesidir.

Yine İnfaz Yönetmeliği’nin önceki halinde yapılan çıplak aramanın tutanağa bağlanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı sadece aramanın Yönetmeliğin 34. maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendinde “*Çıplak arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir*” hükmü yer

⁸² Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

⁸³ “İnfaz Yönetmeliği, Yargı Reformu Ve İnsan Hakları Eylem Planı Hedefleri Çerçevesinde Yenilendi”, <https://basin.adalet.gov.tr/infaz-yonetmeliği-yargı-reformu-ve-insan-haklari-eylem-planı-hedefleri-cercevesinde-yenilendi>, İET:30/11/2021.

almaktaydı. Yapılan değişiklikle “*Detaylı arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir ve işlem tutanağa bağlanır, tutanakta arama yapan görevliler ile hükümlünün imzası bulunur. Hükümlünün imzadan kaçınması hâlinde bu durum tutanağa geçirilir.*” hükmü getirilmiştir. Böylelikle çıplak veya Yönetmelik’teki yeni adıyla detaylı arama yapılması halinde bunun tutanağa bağlanması zorunluluğu getirilmiştir.

Yönetmelik değişikliği ile getirilen ve uygulamada riayet edilmesi hâlinde keyfi çıplak aramaların önüne geçecek nitelikteki husus maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesine “*bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda*” cümlesinin eklenmesidir. Getirilen bu düzenleme ile birlikte çıplak veya detaylı arama istisnai ve son çare olarak başvurulabilecek bir arama yöntemidir.

Yapılan değişiklikler incelendiğinde esasen çıplak arama kaldırılmamış, sadece isim değişikliğine uğramıştır. Yönetmelik’te getirilen yeni düzenlemeyle “*çıplak arama*” ibaresi mevzuattan tamamen çıkarılırken, bu işlemler “*detaylı arama*” başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Yönetmelik değişikliği ile “*çıplak arama*” kavramı “*detaylı arama*” olarak değiştirilmiş ise de çıplak aramanın içerik, kapsam ve uygulanma yöntemine yönelik herhangi bir değişiklik yapılmamış ve kişinin bedeninin çıplak aranması esas alınmıştır. Yönetmelik’te sadece isim değişikliğine gidilmiştir.

Burada uygulamanın adının çıplak arama veya detaylı arama olmasından ziyade önemli olan aramanın AİHS ve Anayasa’da güvence altına alınan temel haklara ve yasal koşullara uygun olması ve koşullarının varlığının objektif olarak tespit edilip denetlenebilmesidir. Uygulamada çıplak aramanın hukuka aykırı aramaya dönüşmesinin sebebi uygulamanın adının “*çıplak arama*” olması değil aramanın keyfi, gereksiz, insan onurunu rencide edecek tarzda genelleştirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla detaylı arama olarak isim değişse de uygulanma koşullarına uygun hareket edilmesi ve temel insan haklarına uygun yapılmaması halinde “*detaylı arama*” yine hukuksuz aramaya dönüşecektir.

ÇIPLAK ARAMADA MAKUL VE CİDDİ EMARE ZORUNLULUĞU

Makul ve Ciddi Emarelerin Varlığı

Çıplak arama kişinin vücut bütünlüğüne ve özel yaşam alanına yönelik ciddi bir müdahaleyi barındıran bir tedbir olması nedeniyle bu tedbire ancak makul ve ciddi emarelerin varlığı halinde başvurulabilir. İnfaz Yönetmeliği’nin “*Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım*” kenar başlıklı 34.

maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki düzenleme uyarınca hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı halinde ancak çıplak arama yapılabilir. Esasen çıplak arama gibi ağır bir tedbire kurum en üst amirinin yani idari bir makamın karar vermesi ve tedbire başvurulabilmesi için “*makul ve ciddi emare*” gibi belirsiz bir kriterin yeterli kabul edilmesi yerinde değildir. Diğer bir ifade ile “*makul ve ciddi emare*” kriteri yetersiz bir kriterdir. Zira 5271 sayılı Kanun’un “*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*” kenar başlıklı 75. maddesinde beden muayenesi için ciddi koşullar öngörmüştür. Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde daha sonra hâkim onayına sunulmak koşuluyla Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Ancak cezaevlerinde yapılacak çıplak arama için kurum amirinin takdirinin yeterli görülmesi yerinde değildir. Kişinin hükümlü olması bu tür ağır müdahalelere açık hale gelmesi sonucunu doğurmamalıdır. Bu gibi ağır tedbirler bakımından daha katı kuralların getirilmesi gerekmektedir. Hükümlü her tür tedbire maruz bırakılabilecek bir obje hâline getirilemez. Dolayısıyla hakkın özüne zarar verecek ve orantısız müdahalelerin yapılmasına imkân tanıyacak bu tip düzenlemeler yerinde düzenlemeler değildir⁸⁴.

İnfaz Yönetmeliği’ndeki düzenlemeye göre çıplak arama ancak; hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde yapılabilir. Bunun dışında makul ve ciddi emareler yoksa çıplak aramanın yapılması mümkün değildir. Makul ve ciddi emarelerin neler olduğunun hukuki bir gerekçeyle ortaya konulması gerekmektedir. Bu noktada genel geçer, basmakalıp ve mevzuatta yazılı sözlerin tekrarından ibaret gerekçelerden ziyade çıplak aramanın yapılmasının hukuki ve fiili yönden haklı olup olmadığını ortaya koyan gerekçeye ihtiyaç vardır⁸⁵.

Aynı şekilde cezaevlerinde rutin olarak yapılan soyut şekil ve şartları kanunda gösterilen güvenlik ve önleyici maksatlı genel aramalarda ise; kanun ve yönetmeliğin öngördüğü şekil ve şartlara bağlı kalmak suretiyle

⁸⁴ Özbek, (İnfaz), s. 227.

⁸⁵ Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.
YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

arama yapılmalı, yetki kötüye kullanılmamalı ve ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi gerekmektedir.

Burada soyut bir kavram olması nedeniyle hakkaniyete uygun yorumlanması gereken temel kavram “*makul ve ciddi emarelerin varlığı*” kavramıdır. Her ne kadar yönetmelik metninde “emare” kullanılmış ise de bunun makul şüpheye destekleyecek nitelikte delil olarak anlaşılması gerekir. Makul şüphe ise; somut olayda çıplak aramanın vücudun tümünde veya bir kısmında yapılabilmesi için aramayı haklı kılabilecek mantıklı, akla uygun ve gerekli bir sebebin ortaya çıkmasını ifade etmektedir. Burada şüphe üzerine çıplak aramayı yapacak görevlinin o somut olayda çıplak aramayı gerçekleştirmesi için makul, yani mantıklı, akla uygun ve gerekli şüpheye mesleki tecrübesi ve bilgisi ile ulaşması gerekmektedir. Burada keyfi bir değerlendirmeden ziyade olaydan kaynaklanan ve çıplak aramanın yapılması gereğinin net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir⁸⁶.

Diğer taraftan cezaevleri, kişilerin mahremiyet beklentisinin az olduğu ve özel hayatın gizliliğinin muhafazası imkânının da sınırlı olduğu yerler olduğundan yapılacak bir aramanın makul bir sebebinin olması gerekmektedir. Burada neyin makul olduğuna karar vermek noktasında aramanın yapılma zarureti ile kişinin sahip olduğu sınırlı hakların ihlali arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir⁸⁷. Mahpusların ve cezaevi çalışanlarının güvenliği bakımından arama bir gereklilik olmakla birlikte bir noktada mahpusların evi konumuna gelen bir kurumda mahpusların da özel hayata saygı ve mahremiyet beklentilerinin olması çok doğaldır. Dolayısıyla güvenlik ve mahremiyet arasında bir dengenin kurulabilmesi bakımından bir arama gerekiyorsa bunun için özel ve makul bir sebebin bulunması gerekir⁸⁸.

Öte yandan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 6. maddesinde makul şüphe “*hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe*” şeklinde tanımlanmıştır. Düzenleme uyarınca makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenmelidir. Burada somut olaylara dayalı bir şüphe durumu vardır. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması ve belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması zorunludur. Arama

⁸⁶ Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.

⁸⁷ Boston/Manville, s. 280-281.

⁸⁸ Ohlin, s. 296.

sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.

Esasen hak ihlallerinin olmaması bakımından bu kavramların AİHM'nin belirlediği kıstaslar çerçevesinde yorumlanması ve buna göre uygulama geliştirilmesi gerekir. Hükümlünün mahkûm olduğu suç türü tek başına çıplak arama için yeterli bir gerekçe değildir. Bunun haricinde hükümlünün kuruma sokulması veya kurumda bulundurulması yasak madde veya eşya bulundurduğuna dair kurum görevlilerince ulaşılmış delillere ihtiyaç vardır. Her ne kadar Yönetmelik burada “*emare*” kavramından bahsetmiş ise de düzenlemede ayrıca “*makul ve ciddi*” ifadelerine de yer verildiği dikkate alındığında burada çıplak arama gibi bir tedbiri uygulamak için makul bir delil gerektiği tartışmasızdır. Somut bir olaya dayalı hiçbir veri olmadan “*idari takdirle*” bu aramanın yapılması hukuka aykırı olacaktır. Hiçbir somut delil olmadan kuruma girmesi yasak olan bir eşya için insan onurunun ve bedeninin bu kadar ağır bir müdahaleye maruz bırakılması “*hukuka aykırı arama*” sonucunu ve sorumluluğunu doğuracaktır⁸⁹.

AİHM’ye göre Cezaevinde Arama İçin “Makul Ve Ciddi Emarenin” Varlığını Ortaya Koyan Bir Gerekçenin Bulunması Zorunluluğu

AİHM’ye göre çıplak aramanın gerçekleştirilme şekli, küçük düşürme ve itibarı azaltma amacıyla olma ihtimali dikkate alındığında ve buna yönelik hiçbir gerekçenin bulunmaması durumunda yapılan arama aşağılayıcı muamele anlamına gelebilir⁹⁰. AİHM **Iwańczuk/Polonya Kararında** çıplak aramanın koşullarına ve özellikle makul bir gerekçenin varlığına vurgu yapmıştır. Kararda başvuru, tutukluluğu sırasında 1993 yılı parlamento seçimlerinde oy kullanmak için izin istemiştir. Gardiyanlar buna izin verileceğini, fakat önce soyunup aranması gerektiğini söylemişlerdir. Başvuran, iç çamaşırları haricinde soyunmuştur. Bu sırada gardiyanlar kendisiyle alay etmiş, vücuduyla ilgili aşağılayıcı hareketlerde ve sözlü tacizde bulunmuşlardır. Görevliler tarafından iç çamaşırlarını da çıkartarak çırılçıplak soyunması emredilmiş, ancak kendisi bunu reddedince, oy kullanmasına izin verilmeksizin koğuşuna geri gönderilmiştir. Mahkeme, bu davranışların, aşağılayıcı muamele teşkil ederek, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlaline yol açtığını değerlendirmiştir.

Mahkemeye göre başvuruçunun tutukluluğu süresince uysal bir tutum içerisinde olması, şiddet içeren bir suçtan yargılanmamış olması, sabıka kaydının bulunmaması ve şiddete başvuracağından endişelenilmesini

⁸⁹ Aras/Güverçin, s. 561.

⁹⁰ AİHM Valašinas/Litvanya Kararı, Başvuru No: 44558/98, K. T: 24/7/2001, Prg. 117.

gerektirecek makul bir gerekçenin bulunmaması göz önüne alındığında, başvuranın güvenlik gerekçesi kapsamında gardiyanlar önünde çıplak soyunmasını gerektirecek herhangi bir haklı neden bulunmamaktadır. Mevcut davada da olduğu gibi, kişide aşağılanma duygularını uyandırabilecek davranışlar, kişinin insanlık onuruna saygı gösterilmediğini ortaya koymaktadır.

Benzer şekilde, AİHM **DejnekJ/Polonya Kararında**⁹¹ aramanın ilgili yerel düzenleyici çerçeveye uygun olarak yürütülmesi ve küçük düşürücü veya itibarı azaltıcı muameleye ilişkin hiçbir unsur içermemesi nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme yerel düzeyde üst aramaları veya çıplak aramalar için bir gerekçe sağlanamamasının Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bir tedbirin 3. madde kapsamındaki muameleye uymadığı hallerde, bunun özel hayata saygının bir parçası olarak, diğerlerinin yanı sıra, kişinin fiziksel ve ahlaki bütünlüğünü koruyan Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal edebileceğine karar vermiştir. Çıplak aramaya tabi olma gerekliliği, genellikle 8. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, burada sıralanan meşru amaçlardan biri veya daha fazlası bakımından “*hukuka uygun*” ve “*demokratik bir toplumda gerekli*” olarak gerekçelendirilmesi gereken bir müdahale teşkil edecektir. Mahkeme yerleşik içtihadında, gereklilik kavramının, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini ve özellikle de izlenen meşru amaç ile orantılı olduğunu belirtmektedir⁹².

Amerika Birleşik Devletleri'nde, bu tür aramalar genellikle, makul bir sebep olmaksızın aramaları yasaklayan Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın Ek Dördüncü Değişikliğine göre yürütülmektedir. Bu noktada **Bell v. Wolfish Davası** emsal bir davadır. ABD Yüksek Mahkemesi davaya ilişkin kararında, beden çukurlarında arama yapmak için bir makul gerekçe standardı oluşturmuştur. Somut güvenlik endişeleri de makul gerekçeler arasında belirtilmiştir⁹³.

Görüldüğü üzere çıplak arama uygulaması, belirli hallerde cezaevi güvenliğinin temini veya cezaevinde kargaşanın önlenmesi adına gerekli olabilmekle birlikte, bu işlemin makul ve ciddi emarelere dayanan haklı ve

⁹¹ AİHM DejnekJ/Polonya Kararı, Başvuru No: 9635/13, K. T:01/06/2017, Prg. 61-66 / 75-76.

⁹² AİHM Wainwright/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:12350/04, K. T:26/09/2006, Prg. 43.

⁹³ U. S. Supreme Court, Bell v. Wolfish, 441 U. S. 520 (14/05/1979), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/520/> İET: 24/01/2022.

somut olaylara dayalı gerekçelerle yapılması gerekir. Cezaevinde uysal bir tutum içerisinde olan, cezaevi personeline ve diğer hükümlülere yönelik saldırgan bir eylemi olmayan, şiddet içeren bir suçtan yargılanmamış olan, hükümlü olduğu suç dışında sabıka kaydı bulunmayan ve şiddete başvuracağından veya içeriye yasak madde sokmaya çalışacağından şüphelenilmesini gerektirecek makul bir gerekçe bulunmayan bir hükümlünün güvenlik gerekçesiyle çıplak aranması hukuka aykırı olacaktır.

ÇIPLAK ARAMANIN İSTİSNAİ VE SON ÇARE OLARAK BAŞVURULABİLEN BİR TEDBİR OLMASI

Çıplak Aramada İstisnai ve Son Çare Prensibi

Çıplak arama tedbirinin konusu kişinin vücut bütünlüğü ve özel yaşam alanı olduğundan ancak istisnai ve son çare olarak uygulanabilecek bir tedbirdir. Bundan dolayı cezaevinin güvenliğinin, disiplininin ve düzeninin başka şekilde temini mümkünse veya aramaya konu suç şüphesinin başka yollarla giderilmesi mümkün ise çıplak arama yapılamaz. Çıplak aramanın istisnai ve son çare olarak başvurulabilecek bir tedbir olduğu 12 Kasım 2021 tarihli Yönetmelik değişikliği ile özellikle vurgulanmış ve bu yönde özel düzenleme getirilmiştir. Yönetmelik'te yapılan değişiklikle İnfaz Yönetmeliği'nin 34. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine “*“bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda”* ibaresi eklenmiştir. Yönetmelik'teki düzenleme dikkate alındığında esasen bir tehlikenin önlenmesi bağlamında istisnai bir arama olan çıplak aramada temel amaç, hükümlü ve tutukluların kurum içinde kendilerine veya diğer hükümlü ve tutuklulara ya da infaz koruma memurlarına zarar verecek kesici ve delici aletlerin sokulmasını, bulundurulmasını veya suç oluşturacak uyuşturucu gibi maddelerin kurum içerisine girmesini engelleme suretiyle kurum güvenliğini sağlamaktır⁹⁴.

Yönetmelik'teki hüküm uyarınca “*çıplak arama*” istisnai bir uygulamadır. Bu uygulamanın cezaevine kabullerde, kurum içinde veya kurum dışına her giriş çıkışta rutin bir uygulama haline getirilmesi hak ihlali doğuracaktır. Buradaki kurum ve kişilerin güvenliğinin sağlanması ile yasak eşyanın içeriye alınmasının önlenmesi başka surette mümkün ise çıplak arama yapılamaz. Yönetmelik değişikliği ile getirilen ve uygulamada riayet edilmesi hâlinde keyfi çıplak aramaların önüne geçecek nitelikteki bu

⁹⁴ Çalışkan, Suat: “*Çıplak Arama*”, <https://www.hukukihaber.net/ciplak-arama-makale,8481.html>, İET: 21/01/2022.

düzenleme ile birlikte çıplak veya detaylı arama istisnai ve son çare olarak başvurulabilecek bir arama yöntemi olduğu hüküm altına alınmıştır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 15.12.2015 tarihli **Turan Günana Kararında**⁹⁵ hükümlünün ceza infaz kurumuna kabulü sırasında çıplak kalacak şekilde aranmak istenmesi ve başvuranın karşı çıkması üzerine zor kullanılarak başvuruçunun çıplak aranmasını, çıplak arama tedbirine rutin bir şekilde başvurulmasını, bu tedbire maruz kaldıktan sonra bireyin kapalı bir yerde tutulmasını Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

AİHM'ye Göre Çıplak Arama Güvenlik Ve Zorunluluk Durumunda Başvurulabilen İstisnai Bir Tedbir Olması

Çıplak aramanın istisnai ve son çare olarak başvurulabilen bir tedbir olduğu AİHM kararlarında da vurgulanan bir husustur. Nitekim AİHM'nin **Van der Ven/Hollanda Kararında**⁹⁶; çıplak arama yöntemine ancak güvenlik ve zorunluluk durumunda başvurulabileceği, sık sık (haftada bir) yapılacak bu uygulamanın üzüntü ve aşağılama duygusunu artıracığı, bu yönüyle güvenlik açısından zorunluluk olmadıkça sık sık bu tür tedbire başvurulmaması gerektiği, günümüzde teknolojinin gelişmiş olduğu da göz önüne alınırsa, bu konuda alternatif tekniklere ve yollara başvurulmasının kişilik haklarına daha uygun olacağı vurgulanmıştır. Zorunlu olmadıkça bu tür uygulamalara başvurulmaması ilke olarak benimsenmektedir. AİHM kararları doğrultusunda aramanın çıplak yapılması halinde, bunun AİHS'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirilme olasılığı da dikkate alınarak, aramanın yapıldığı alanların görüntülerinin incelenmesi de dâhil olmak üzere detaylı araştırma yapılması gerekmektedir⁹⁷. Çıplak aramaya tabi olma gerekliliği, genellikle, AİHS'nin 8. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, burada sıralanan meşru amaçlardan biri veya daha fazlası bakımından "*hukuka uygun*" ve "*demokratik bir toplumda gerekli*" olarak gerekçelendirilmesine bağlıdır. Yerleşik içtihadı göre, gereklilik kavramı, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini ve özellikle de

⁹⁵ AYM Turan Günana Kararı, Başvuru No: 2013/5545, K. T: 15. 12. 2015.

⁹⁶ AİHM Van der Ven/Hollanda Kararı, Başvuru No:50901/99, K. T. 04/02/2003.

⁹⁷ Türkiye İnsan Hakları Kurumu: 01. 01. 2014 Tarihinde Sincan Cezaevinde Meydana Gelen Olaylarla İlgili İnceleme Raporu, Rapor No: 2014/02, Rapor Tarihi: 10. 07. 2014, <http://www.tihk.gov.tr/tr/duyuru-ve-haberler/haberler/01012014-tarihinde-sincan-cezaevinde-meydana-gelen-olaylarla-ilgili-inceleme-raporu-yayinlandi/73>, (Sincan Raporu), s. 71.

izlenen meşru amaç ile orantılı olduğunu amaçlamaktadır⁹⁸. Mahkemenin belirlediği bu gereklilik ve zorunluluk halinin karşılanamaması halinde çıplak arama haksız ve usulsüz arama niteliği kazanacaktır.

Çıplak arama somut delillere dayalı bir tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla başvuru istisnai ve önleyici bir tedbir olduğundan cezaevinin güvenliğinin sağlanması için başvurulabilecek rutin ve genel bir uygulama haline getirilemez. Bu bağlamda AİHM **Frérot /Fransa Kararı**⁹⁹ rutin ve genel bir uygulama haline getirilen çıplak arama uygulamasına ilişkin ihlal kararı vermiş ve önemli tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkemenin kararına konu olayda başvuru, aşırı solcu bir silahlı örgütün eski üyesi olup, adam öldürme ve silahlı soygun gibi birtakım suçlardan mahkûm edildiği müebbet hapis cezasının infazı sürecinde, 1994-1996 seneleri arasında tutulduğu Frenses cezaevinde her ziyaret sonrasında çıplak aramaya tabi tutulmuştur. Bu uygulamayı reddettiğinde ise disiplin hücresine konmuştur. Mahkeme, başvuranın çıplak aramaya tabi tutulmasının, güvenliğin temin edilmesi ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla gerçekleştirildiğini kabul etmekle birlikte, arama usulünün bir cezaevinden diğere değişiklik göstermesi karşısında hayrete düşmüştür. Başvuranın yalnızca Frenses cezaevinde anal incelemeye tabi olması istenmiştir. Söz konusu cezaevinde, ziyaret odasından dönen her mahkûmun mahrem yerlerinde madde veya nesne saklayabilecekleri düşüncesi hâkim olmuştur. Mahkeme bu nedenle, ilgili mahkûmların keyfi tedbirlere tabi tutuldukları hissine kapılmış olabileceklerini değerlendirmiştir. Zira arama usulü bir genelgeye dayandırılmış olup, bu doğrultuda cezaevi müdürüne geniş takdir hakkı tanınmıştır. Mahkeme bu gerekçelerle Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı veya onur kırıcı muamele yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkeme bu tedbirin herhangi bir uyarı olmaksızın, başvuru görüşme odasından ayrıldığında veya kurumdan her çıkışta ve geri dönüşte gerçekleştirilmesini, arama sırasında kişinin eğilip öksürmesi istenilerek, anüs bölgesinde de arama yapılmasını, arama tedbirlerinin hapis haneden hapis haneye değişmesini ve gerçekleştirilen her arama işleminin hükümlünün yasaklı bir cisim veya maddeyi sakladığına ilişkin olamayacağını değerlendirmiş ve bunları da ihlal gerekçesi olarak kararında belirtmiştir.

⁹⁸ AİHM Wainwright/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:12350/04, K. T: 26/09/ 2006, Prg. 43.

⁹⁹ AİHM Frérot /Fransa Kararı, Başvuru No:70204/01, K. T: 12/06/2007.

Diğer taraftan burada hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığına rağmen başka bir şekilde bu madde veya eşyanın tespiti mümkünse çıplak arama yapılamaz. Yani çıplak arama son çare olarak başvurulacak bir yöntemdir. Mesela hükümlünün beden çukurunda bir madde gizlediğine ilişkin makul ve ciddi emarelerin bulunması halinde cezaevinde X-Ray cihazı kullanılarak bunun tespiti mümkün ise öncelikle X-Ray cihazının kullanılması gerekir. Bunun gibi teknolojinin bu konudaki getirmiş olduğu yeni uygulamalar cezaevlerinde kullanılabilir.

ÇIPLAK ARAMANIN TUTANAĞA BAĞLANMASI ZORUNLULUĞU

İdari Ve Hukuki Denetim Bakımından Tutanak Zorunluluğu

Yukarıda da vurgulandığı üzere çıplak arama, somut delillere dayalı bir tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla başvuru istisnai ve önleyici bir tedbir olmalıdır. Çıplak aramanın yapılması için makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması ve kurum en üst amirinin bunu gerekli görmesi gerekir. Bu koşullar dışında çıplak arama yapılamaz.

Çıplak aramaya yönelik idari ve hukuki denetimin yapılabilmesi ve keyfiliğin önlenmesi bakımından çıplak arama kararı veren kurum en üst amirinin makul ve ciddi emarelerin neler olduğunu ve neden başka suretle bunun tespitinin olanaksız olduğunu somut gerekçeleriyle tutanağa bağlaması gerekmektedir. Aynı şekilde çıplak arama yapılması üzerine çıplak aramanın yapılmasına ilişkin işlemler, nerede, ne zaman, kimler vasıtasıyla yapıldığı, varsa aramada ele geçirilen eşyanın neler olduğu gibi hususların ayrıntılı olarak tutanağa bağlanması ve tutanağın imza altına alınması gerekir.

Diğer taraftan 12/11/2021 tarihli İnfaz Yönetmeliği değişikliği öncesinde yapılan çıplak aramanın tutanağa bağlanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı sadece aramanın Yönetmeliğin 34. maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendinde “*Çıplak arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir*” hükmü yer almaktaydı. Yapılan değişiklikle “*Detaylı arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir ve işlem tutanağa bağlanır, tutanakta arama yapan görevliler ile hükümlünün imzası bulunur. Hükümlünün imzadan kaçınması hâlinde bu durum tutanağa geçirilir.*” hükmü getirilmiştir. Böylelikle çıplak arama yapılması halinde bunun tutanağa bağlanması zorunluluğu getirilmiştir.

Çıplak Arama Kararı ve Gerekçesinin Tutanağa Bağlanması Zorunluluğu

Yönetmelik'teki düzenleme ve çıplak aramanın oluşturduğu ağır müdahale dikkate alındığında çıplak aramayı gerektiren ağır ve ciddi emarelerin varlığı ve şüphenin başka yollarla giderilmesinin mümkün olmaması koşullarının bulunması halinde bu konuda ceza infaz kurumu en üst amirinin çıplak aramaya karar verme yetkisi vardır. Bu noktada yukarıda da izah edildiği üzere çıplak aramanın keyfi ve genel bir uygulama haline gelmemesi bakımından kurum en üst amirinin çıplak aramaya ilişkin kararının da yazılı olarak hazırlanması ve çıplak aramayı haklı kılan gerekçenin de bu karar işlenmesi gerekir. Diğer bir ifade ile çıplak arama öncesi kurum en üst amirinin çıplak aramaya ilişkin kararının da yazılı hale getirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kurum en üst amirinin çıplak aramaya ilişkin kararının gerekçesinin çıplak arama öncesi hazırlanacak ilk tutanakta belirtilmesi ve en üst amirin de bunu imzalaması gerekir. Çıplak arama işleminin tamamlanması sonrasında da bu işlemin tutanağa bağlanıp imza altına alınması gerekmektedir. Bu noktada Yönetmelik değişikliği eksik niteliktedir.

ÇIPLAK ARAMANIN YAPILMA ESASLARI

Cezaevi düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ve hükümlülerin cezaevinde suç işlemelerinin önlenmesi bakımından cezaevi koşullarının ve hükümlülerin aranmasının zorunluluk arz ettiği durumlarda bu çıplak aramanın Kanun ve Yönetmelik'te belirlenen ilke ve esaslar çerçevesinde yapılması gerekir¹⁰⁰. Çıplak aramanın nasıl yapılacağı İnfaz Yönetmeliği'nin "Arama, güvenlik tatbikatı ve sayım" kenar başlıklı 34. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Yönetmelik'te yapılan değişikliklerle birlikte hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı, bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, çıplak olarak veya beden çukurlarında aşağıda belirtilen usullere göre arama yapılabilir:

- Çıplak arama, hükümlünün onuru ve haysiyetine saygılı ve utanma duygusunu ihlal etmeyecek şekilde ve kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir.

¹⁰⁰ Aras/Güverçin, s. 560.

- Arama sırasında önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır, bedenin alt kısmındaki giysiler üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysiler de mutlaka aranır.
- Yönetmelik değişikliği ile arama sırasında hükümlüye tek kullanımlık giyim önlüğü verilmesi ve aramada görevlinin eldiven kullanılması zorunludur.
- Çıplak arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.
- Aranılan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir.
- Çıplak olarak arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir ve yapılan çıplak arama derhal tutanağa bağlanır.

Bunun haricinde beden ve üst aramalarının aynı cinsiyetten güvenlik ve gözetim görevlileri tarafından yapılması zorunludur. 5275 sayılı Kanun'un 116 ve Yönetmeliğin 141'inci maddeleri gereğince, tutuklular da gerekli şartların varlığı halinde çıplak aranabilir.

Yönetmelik'teki düzenleme dikkate alındığında esasen bir tehlikenin önlenmesi bağlamında istisnai bir önleme araması niteliğinde olan çıplak aramada temel amaç, hükümlü ve tutukluların kurum içinde kendilerine veya diğer hükümlü ve tutuklulara ya da infaz koruma memurlarına zarar verecek kesici ve delici aletlerin sokulmasını, bulundurulmasını veya suç oluşturacak uyuşturucu gibi maddelerin kurum içerisine girmesini engellemek suretiyle kurum güvenliğini sağlamaktır¹⁰¹. Ancak Yönetmelik'te de vurgulandığı üzere başka şekilde bunun temini mümkün ise çıplak arama yapılamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çıplak arama ile ilgili başvuruları Sözleşme'nin 3 ve 8. maddeleri çerçevesinde değerlendirmektedir. Mahkeme cezaevi güvenliğini sağlamak ve cezaevinde kargaşa çıkmasını önlemek için bazı durumlarda çıplak aramanın gerekli olabileceğini ancak aramanın uygun şekilde yapılması gerektiğini kararlarında ifade etmektedir.

Yargıtay da, kararlarında kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı

¹⁰¹ Çalışkan, Suat: Çıplak Arama, <https://www.hukukihaber.net/ciplak-arama-makale,8481.html>, İET: 21/01/2022.
YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)

şartının nasıl oluştuğunu, çıplak aramanın gerekli olup olmadığı hususunun araştırılması gerektiğini ve varlığı halinde haksız fiil niteliği taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰².

Görüldüğü üzere istisnai ve son çare olarak yapılacak çıplak aramada kişinin onurunun rencide olmaması ve vücut dokunulmazlığının haksız müdahalelere maruz kalmaması bakımından belirli esaslar çerçevesinde hareket edilmelidir. Bu esaslar şunlardır:

Çıplak Aramanın Bu Tedbir İçin Tahsis Edilmiş Bir Odada Yapılması

Çıplak aramada hak ihlali oluşmaması bakımından hükümlünün utanma duygusunu ihlâl etmeyecek şekilde ve görevli dışında kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınması zorunludur. Bu bağlamda öncelikle çıplak arama açık bir alanda yapılamaz. Düzenlemede de vurgulandığı üzere görevliler haricinde kimsenin görmeyeceği bir mekânda çıplak aramanın yapılması gerekir. Diğer bir ifade ile tutuklu ve hükümlünün utanma duygusunu ihlâl etmeyecek ve dışarıdan içerinin görünmeyeceği şekilde, sadece aramalar için tahsis edilmiş bir odada çıplak aramanın yapılması gerekir.

Beden Çukurlarındaki Aramanın Yalnızca Doktor Tarafından Yapılması

Çıplak aramada bir diğer önemli kural kişinin bedenine dokunulamamasıdır. Çıplak arama niteliği itibariyle kişinin beden bütünlüğünü ihlal eden bir tedbir olması nedeniyle zorunlu ve son çare olarak uygulanacak bir tedbir olsa da bu tedbirin uygulanması sırasında beden muayenesi yapılmasının gerekmesi halinde kurum personelinin bu işlemi yapması mümkün değildir. Beden çukurlarındaki arama, ancak cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir. Aranılan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Buna

¹⁰² "...Ankara Kadın Kapalı Cezaevinde hükümlü olarak bulunan sanığın İstanbul Adli Tıp Kurumuna yüksek güvenlikli araçla ve gözetim altında götürülerek, rapor alınması yönünden işlemleri tamamlandıktan sonra kuruma geri getirildiği sırada çıplak arama yapılmak istendiğinin anlaşılması karşısında Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 46/2. maddesinde yer alan düzenleme gözetilerek üzerinde kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı şartının nasıl oluştuğu, ayrıca sanığın dövülerek kötü muameleye maruz kaldığı şeklindeki savunması ve çıplak aramanın gerekli olup olmadığı, sanık yönünden haksız bir fiil niteliği taşıyıp taşımadığı üzerinde durularak hakkında TCK'nın 29 ve 129. maddelerinin uygulanması gerekip gerekmediğinin karar yerinde tartışılmaması...5. CD, 2012/16248 E. , 2014/3268 K. , 24. 03. 2014 T.:"

rağmen sorun çözülemezse beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilecektir. Görüldüğü üzere cezaevi personelinin beden çukurlarında arama yapma yetkisi yoktur. Ayrıca çıplak aramada muhakkak eldiven kullanılması gerekir.

Avrupa Cezaevi Kuralları'nda da mahpusların beden çukurlarındaki aramaların cezaevi personeline yapılmaması ve arama esnasında, mahrem yerler ile ağız, burun ve kulak içinde yapılacak incelemelerin de sadece doktor tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir. Aynı şekilde Mahkûmların Tedavisine Yönelik Gözden Geçirilmiş BM Standart Asgari Kuralları'nda, "*Vücut boşluğu aramaları sadece tutuklunun bakımından aslen sorumlu sağlık görevlileri dışındaki sağlık çalışanları veya en kötü şartlarda bir tıp uzmanı tarafından hijyen, sağlık ve güvenlik standartları ile ilgili uygun şekilde eğitilmiş bir personel tarafından yapılmalıdır*" hükmüne yer verilmiştir. Amerikan hukukunda da beden çukurlarında aramada bu konuda eğitilmiş sağlık görevlileri yetkili kılınmıştır¹⁰³.

Diğer taraftan Mahkûmların Üst Aramasına İlişkin Dünya Tabipler Birliği Bildirisinde arama sürecinde güvenlik sorununun sağlık sorunundan önce geldiği noktasında bir gerekçenin ortaya çıkmaması bakımından sağlık mensuplarının mahpusun aranmasına ilişkin karar sürecine katılmaması gerektiği belirtilmiş ancak mahkûmların bu süreçte zarar görmelerini engellemek için aramanın mutlaka sağlık görevlisi tarafından yapılması gerektiği vurgulanmıştır¹⁰⁴.

Çıplak Aramanın Aynı Cinsiyetten Güvenlik ve Gözetim Görevlileri Tarafından Yapılması

Çıplak aramada dikkat edilecek önemli noktalardan biri de aramanın aynı cinsiyetten güvenlik ve gözetim görevlileri tarafından yapılması zorunluluğudur¹⁰⁵. Erkek hükümlünün kadın cezaevi personeli tarafından çıplak aramaya maruz bırakılması AİHM kararları ile sabit olduğu üzere onu küçük düşürme, aşağılama ve rencide etme amacı taşıdığından doğrudan hak ihlali niteliğindedir. Avrupa Cezaevi Kurallarında da hükümlülerin sadece hemsinleri olan personel tarafından aranması gerektiği vurgulanmıştır. Nitekim AİHM **Valaşinas/Litvanya Kararında**¹⁰⁶ hırsızlık, ateşli silah bulundurma ve satma suçlarından mahkûmiyet nedeniyle cezaevinde bulunan başvuruçunun, bir akrabasının ziyareti

¹⁰³ Carlson/Garrett, s. 140.

¹⁰⁴ Smit, Dirk van Zvl/Snacken, Sonia: Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights, OUP Oxford, New York 2009, s. 320.

¹⁰⁵ Carlson/Garrett, s. 140.

¹⁰⁶ AİHM Valaşinas/Litvanya Kararı, Başvuru No: 44558/98, K. T: 24/7/2001.

sonrasında bir kadın infaz koruma görevlisinin önünde soyunmak zorunda bırakılması, soyunduktan sonra çömelmesinin emredilmesi ve cinsel organları ile akrabasının getirdiği yiyeceklerin eldiven giymedikleri halde gardiyanlar tarafından incelenmiş olmasını aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiş ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, bu şekilde arama yapılmasının başvurana karşı açık bir saygısızlık olduğunu ve bu suretle insanlık onurunun hiçe sayıldığını kararında vurgulamıştır.

Diğer taraftan aramaya tabi tutulan tutuklu veya hükümlünün işkence, eziyet, cinsel taciz gibi muamelelere maruz kalmaması veyahut bu hususta akıllarda soru işareti kalmaması yönünden de kadının bir kadın erkeğin de bir erkek tarafından aranması zorunludur. Dolayısıyla arama işlemi sırasında başka bir kamu görevine mensup bir kadın memurun arama mahallinde bulunmaması hallerinde, bu konuda gönüllü olabilecek bir kadın vatandaş tarafından işlemin gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır¹⁰⁷.

Çıplak Aramanın Zaman Kaybetmeden Derhal Tamamlanması

Çıplak aramanın çok uzamadan ve derhal yapılıp bitirilmesi esastır. Hükümlünün çıplak aramada elbiseleri çıkarılmadan önce veya çıkarıldıktan sonra ya da çıplak arama yapılacağından bahisle gereğinden fazla bekletilmesi mevzuata ve hukuka aykırı olacaktır. Zira bu arama sürecinin uzaması çıplak arama gibi ağır bir tedbir altına sokulan hükümlüdeki yıpranmayı arttıracaktır. Dolayısıyla koşulları bulunmasına rağmen yapılan çıplak aramanın makul bir zamanda bitirilmemesi hükümlü bakımından kötü muamele ve onur kırıcı davranış niteliğinde olacağından hak ihlali doğuracaktır. Bu tarz davranış aynı zamanda dürüst işlem ilkesine de aykırı olacaktır.

Hiçbir Şekilde Hükümlünün Tamamen Çıplak Aranmaması

Çıplak aramada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise hiçbir şekilde hükümlünün tamamen çıplak aranmamasıdır. Yönetmelik'te de vurgulandığı üzere arama sırasında önce bedenin üst kısmındaki giysilerin çıkarttırılması ve bedenin alt kısmındaki giysilerin de üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılması gerekir. Ayrıca bu işlemler yapılırken hükümlüye tek kullanımlık önlük verilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi 13.10.2020 tarihli **Ahmet Uğur Yaşar Kararında**¹⁰⁸; başvurucuya elbiselerini çıkardıktan sonra giymesi için bir

¹⁰⁷ İliki, Sedef: Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Ve Elkoyma, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2020, s. 64.

¹⁰⁸ AYM Uğur Ahmet Yaşar (2) Kararı, Başvuru No: 2017/24680, K. T: 13.10.2020.

ameliyat önlüğü verildiği, aramaya tabi tutulan kişinin utanma duygusunun ihlal edilmemesi ve aramanın insan onuruna uygun şekilde gerçekleştirilmesi yönünde uygun tedbirlerin alındığı, anılan arama biçiminin tek başına kişinin utanma duygusunu ihlal etmeyecek nitelikte olduğu anlaşıldığından tedbirin başvurucuya uygulanış biçiminin çıplak arama uygulamasının getirdiği kaçınılmaz unsurların ötesine geçmediği, başvurucunun aşağılanması ya da küçük düşmesine sebebiyet vermediği sonucuna ulaşıldığından arama tedbirinin tek başına kötü muamele teşkil etmediğine hükmetmiştir.

CEZAEVİ GİRİŞİNDE ZİYARETÇİLERİN ve AVUKATLARIN ARANMASI

A. ZİYARETÇİLERİN ARANMASI

Arama, hükümlüler bakımından olduğu kadar ziyaretçiler bakımından da kurum güvenliği bakımından bir gerekliliktir. Ancak burada da temel ilke aramanın orantılı yapılması ve ziyaretçinin onurunu rencide etmeden ve kötü muameleye dönüşmeden tamamlanmasıdır. Zira işkence ve kötü muamele yasağının ceza infaz kurumuna yakınlarını ziyarete gelen kişileri de kapsadığı ve kurum personelinin ziyaretçilere karşı tutumunun insan onurunu koruyacak şekilde olması gerektiği açıktır. Bu noktada Avrupa Cezaevi Kuralları'nda cezaevinin emniyet ve güvenliğinin sağlanması zorunluluğu ile ziyaretçilerin özel yaşamına saygı arasında denge kurulması gerektiği belirtilmiştir. Aynı şekilde Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar (Nelson Mandela Kuralları)'nın 60. maddesine göre de ziyaretçilerin aranması ve kuruma alınma prosedürleri aşağılayıcı olmamalıdır¹⁰⁹.

Hükümlülerin ziyaretçi kabulüne ilişkin esaslar 5275 sayılı Kanun'un 83 ila 86. maddeleri ile Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkındaki Yönetmelik'te düzenlenmiştir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 83. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca hükümlü, belgelendirmesi koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı tarafından haftada bir kez, zorunlu haller dışında bir daha değiştirilmemek üzere, ad ve adreslerini bildirdiği en fazla üç kişi tarafından, yarım saatten az ve bir

¹⁰⁹ Aras/Güverçin, s. 570.

buçuk ¹¹⁰ saatten fazla olmamak üzere çalışma saatleri içinde ziyaret edilebilir.

Bu kapsamda Kanun'un "*Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar*" kenar başlıklı 86. maddesinde ise kapalı ve açık ceza infaz kurumlarına ziyaret veya görüşe gelen resmî heyet ve özel kişilerin, kurum güvenliğini tehlikeye sokacak davranışlarda bulunamayacağı, kurum güvenliği için alınan ve uygulanan yasal ve idarî tedbirlerin değiştirilmesini isteyemeyeceği belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeye göre de kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dâhil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal detektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır.

Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkındaki Yönetmelik'in "*Ceza infaz kurumlarına girişte arama*" kenar başlıklı 6. maddesindeki düzenlemede ise Kanun'un 86. maddesi hükmüne aynen yer verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında elle arama yapılmasını gerektiren hallerde, kuruma giren bayanlar, bayan infaz koruma memurları veya bayan jandarma görevlileri tarafından, bu görevlilerin bulunmaması halinde, ceza infaz kurumu müdürünün istemi, Cumhuriyet başsavcısının talebi üzerine, mülki amir tarafından görevlendirilecek kadın memurlarca aranır.

Görüldüğü üzere ziyaretçiler bakımından ziyaret esasları ve ziyaretçilerin aranma usulleri belirlenmiştir. Ancak burada uygulamada sorun oluşturan husus şüphe hâlinde detektör ve x-ray cihazların bulunmaması nedeniyle elle yapılan aramalardır. Özellikle şüphe halinde elle arama yapılmasına karar verilecekse ortada makul ve ciddi emarelerin bulunması gerekir. Her halükârda elle yapılacak aramada ziyaretçinin vücut bütünlüğüne müdahale edecek nitelikte veya onun onurunu rencide edecek şekilde arama yapılamaz. Kanun hükmünde açıkça "*elle arama*" yapılacağı belirtilmiş olup bu noktada elle aramanın dışında beden araması için çıplak arama yapılamaz.

AİHM 26.09.2006 tarihli **Wainwright/Birleşik Krallık Kararında**¹¹¹, bir yakınına ziyarete giden, ancak cezaevine uyuşturucu sokmaya çalıştığı iddia edilen başvurusunun çıplak aramaya maruz kaldığı olayda,

¹¹⁰ 25. 06. 2021 tarihinde yürürlüğe giren 7328 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 83. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "bir saatten fazla" ibaresi "bir buçuk saatten fazla" şeklinde değiştirilmiştir.

¹¹¹ AİHM Wainwright/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 12350/04, K. T: 26. 09. 2006.

başvurucuya arama öncesi aramanın nasıl ve ne şekilde yapılacağını anlatan ve aramaya ilişkin onayını gerektiren formun verilmemesini ve aramanın tamamen çıplak yapılması mümkün değilken, aramanın bu şekilde yapılmasını demokratik bir toplumda gerekli olmadığından AİHS'nin 8. maddesi kapsamında özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda ayrıca herhangi bir suç işlememiş olabilecek olan cezaevi dışındaki kişilerin uygun bir şekilde aranması için prosedürlerin düzenlendiği durumlarda, cezaevi yetkililerinin belirlenen güvencelere sıkı bir şekilde uymaları ve aranan kişilerin saygınlığına orantısız müdahale edilmemesi konusunda gerekli önlemlerin alınması gerektiği vurgulanmıştır¹¹².

B. CEZAEVİ GİRİŞİNDE AVUKATLARIN ARANMASI

5275 sayılı Kanun'un "*Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar*" kenar başlıklı 86. maddesinde ise kapalı ve açık ceza infaz kurumlarına ziyaret veya görüşe gelen resmî heyet ve özel kişilerin, kurum güvenliğini tehlikeye sokacak davranışlarda bulunamayacağı, kurum güvenliği için alınan ve uygulanan yasal ve idarî tedbirlerin değiştirilmesini istemeyeceği belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeye göre kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dâhil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal detektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ceza infaz kurumları ve tutukevleri kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır.

Uygulamada temel sıkıntıyı tutuklu veya hükümlü müvekkillerini ziyaret eden avukatlar yaşamaktadır. Bilindiği üzere 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya

¹¹² AİHM Wainwright/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No:12350/04, K. T:26/09/2006, Prg. 48.

görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ayrıca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranmaz¹¹³.

Avukatların aranmasının özel hükümlere tabi tutulmasının temel gerekçesi avukatın sır saklama yükümlülüğü ve savunmanın bağımsızlığının sağlanması ile avukatlık mesleğinin icrasının hukuka uygunluğunun muhafazasıdır. Dolayısıyla avukatlar hakkındaki aramanın özel bir arama statüsünde olması, savunma ve yargı bağımsızlığını sağlayarak hukuk devleti ilkesiyle bağdaşan bir durumdur¹¹⁴.

Bu noktada suçun adi veya görevle ilgili olup olmadığı fark etmeksizin ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hali dışında avukatların üstünün, eşyasının, aracının aranması yasaktır¹¹⁵. Avukatın adli aramasını öngören CMK'nın 130. maddesi yanında Avukatlık Kanunu 58. maddesi adli ve önleme aramaları konusunda herhangi bir fark gözetmediğinden avukatın aranma yasağı hem adli arama hem de önleme araması hakkında geçerlidir. Ayrıca avukatla ilgili arama yasağı; sadece elle, dıştan veya içten, elbiseye temasla, ceketi veya çantayı açtırmak veya ceplerde olanları dışarı çıkarttırmak suretiyle değil, avukatın üzerinin metal detektör, X-ray cihazı veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilmesi suretiyle aranmasını da içermektedir¹¹⁶. Ancak öğretilerde avukatın önleme aramasına tabi olduğu görüşü de ileri sürülmektedir¹¹⁷.

¹¹³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 415 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 415; Keskin Kiziroğlu, s. 146; Şahin/Göktürk, s. 352.

¹¹⁴ Örs, Cengiz Ozan: *“Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 123, Y. 2016, s. 109.

¹¹⁵ Şen, Ersan: *“Avukat, Hakim ve Savcuların Aranması”*, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 2013, (Avukat), s. 342.

¹¹⁶ Şen, (Avukatın Aranması), s. 342 vd.

¹¹⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1021; Yenisey/Nuhoğlu, s. 310; Kocaoğlu, Serhat Sinan: *“Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı*, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, T. 2012, s. 51; Mahmutoğlu, Fatih Selami/Dursun, Selman: *Müdafinin Yasaklılık Halleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 133; Özbek, Veli Özer/ Bacaksız, Pınar: *“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”*, Ceza Hukuku Dergisi, S. 1, Y. 1, Ekim 2006, s. 155.

Diğer taraftan 5275 sayılı Kanun'un "Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar" kenar başlıklı 86. maddesi Avukatlık Kanunu'na paralel bir şekilde, avukatların da üstlerinin ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranmayacağını düzenlemiştir. Maddedeki düzenleme uyarınca duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde avukatlar ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Görüldüğü üzere elle arama yasağı olan kişilerin rıza göstermesi halinde ancak kendileri elle aranabilir¹¹⁸. Görüldüğü üzere burada duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde avukatların üstlerinin aranmayacağı genel kuralından ayrılmış ve avukatların ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebileceklerine yer verilmiştir¹¹⁹. Ancak bu elle arama hiçbir şekilde çıplak aramaya dönüşemez. Zira burada ağır cezalı suçüstü hali haricinde arama yasağına getirilen tek istisnası avukatın rızası ile elle arama yapılması halidir.

CEZAEVLERİNDEKİ ARAMALARIN YARGISAL DENETİMİ ve HUKUKA AYKIRI ARAMANIN SONUÇLARI

ARAMANIN YARGISAL DENETİMİ SORUNU

Genel Olarak Arama Tedbirine Karşı Kanun Yolları

Ceza muhakemesinde arama koruma tedbiri düzenlenirken arama kararlarının denetimine ilişkin özel bir kanun yolu öngörülmediğinden, genel hükümlere göre hareket edilmesi gerekmektedir. 5271 sayılı Kanun'un 267. maddesine göre, hâkim kararı ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. CMK'nın 268/1. maddesine göre ise hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hallerde CMK'nın 35. maddesine göre, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren merciye verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşuluyla zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Bu durumda soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından verilen arama kararına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir. Arama kararının hâkim tarafından verilmemesi, aramanın Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin emriyle yapılması durumunda bunun denetimi, CMK 127/3 ile 127/4 kıyasen uygulanmak suretiyle yapılmalıdır. Buna göre, hâkim kararı olmaksızın yapılan arama işlemi yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını arama işleminden itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar, aksi halde

¹¹⁸ Özkavalcı, s. 273.

¹¹⁹ Kocaoğlu, s. 53.

arama işlemi kendiliğinden kalkar. Arama işlemine tabi tutulan kişi/kişiler, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilirler.

Buna göre 5271 sayılı CMK'nın 267. maddesinde 'kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir' hükmü çerçevesinde soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin verdiği arama kararına, karşı hâkim kararı olduğundan itiraz yoluna gidilebilir. Ayrıca Kanun, arama işleminin kovuşturma evresinde de yapılabileceğini düzenlemiştir. Ancak kovuşturma evresinde verilebilecek arama kararına karşı, tutuklamada ve adli kontrolde olduğu gibi itiraz yoluna gidilebileceğine dair özel düzenleme bulunmamaktadır. Bundan dolayı kovuşturma aşamasında verilen arama kararının hukuka aykırılığı, hükümle birlikte istinaf veya temyiz aşamasında ileri sürülebilir¹²⁰.

Cezaevindeki Aramalara İlişkin Kanun Yolları

Çıplak arama ve beden çukurlarında arama gibi ağır koruma tedbirleri bakımından önemli olan bir diğer husus ise etkin bir yargısal denetime tabi olması zorunluluğudur. 5275 sayılı Kanun'un 36. maddesinde, cezaevlerinde yapılacak aramanın genel esasları belirtilmesine karşın bu aramalara ilişkin başvurulabilecek kanun yollarına dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Arama işlemlerinin Kanuna göre biraz daha ayrıntılı düzenlendiği İnfaz Yönetmeliği'nin 34. maddesinde cezaevlerinde yapılacak genel arama, çıplak arama ve beden çukurlarında aramaya ilişkin bazı esaslar düzenlenmesine karşın bu tedbire karşı tutuklu veya hükümlünün başvurabileceği kanun yolları gösterilmemiştir. Esasen özellikle çıplak arama ve beden çukurlarında arama gibi ağır tedbirlere karşı işlem sonrası başvurulabilecek kanun yollarının düzenlenmesi ve etkin denetim mekanizmalarının oluşturulması gerekmektedir.

Diğer taraftan çıplak arama ve beden çukurlarında arama gibi ağır nitelikli koruma tedbirlerini denetleyecek mercilerin yerindelikten ziyade hukukilik denetimini yapması, görevden kaynaklanan yetkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığını veya suça veya hukuka aykırı herhangi bir fiilin olup olmadığına bakması gerekir¹²¹. Sadece kanunda kendisine yetki verilmiş olması ve verilen yetki kapsamında karar verildiğinin denetlenmesinden ziyade çıplak arama gibi tedbire başvurulmasını gerektiren makul ve ciddi emarelerin neler olduğu, çıplak arama haricinde bu şüphenin giderilme imkânının olup olmadığı gibi hususlarında irdelenmesi gerekmektedir.

¹²⁰ Gülşen, s. 93; Keskin Kızıroğlu, s. 167; Özel, s. 1256.

¹²¹ Şen, Ersan: "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.
YUHFD Vol. XIX No.2 (2022)

Çıplak arama veya beden çukurlarında arama gibi ağır müdahalelere maruz kalan hükümlü ve tutukluların bu aramaların yapıldığı anda bu işleme itiraz etmeleri ve bunu tutanağa geçirtme haklarının olduğu tartışmasıdır. Ancak cezaevleri gibi kapalı kurumlarda bu tip uygulamaların rutine dönüşmemesi, kötüye ve keyfi kullanılmaması bakımından bu işlemlerin karar merciinin kurumun en üst amiri olmaktan çıkarılarak bu yetkinin ilgili cezaevinden sorumlu olan Cumhuriyet savcısına verilmesi gerekir.

Yapılması gereken bir diğer yasal düzenleme ise çıplak arama ve beden çukurlarında aramaya ilişkin cezaevinden sorumlu olan Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama kararlarının ve aramaya ilişkin işlemlere dair tutanakların arama sonrasında en geç 24 saat içinde infaz hâkimliğinin denetimine sunulması zorunluluğu getirilmelidir. Aynı şekilde bu gibi ağır tedbirlere maruz kalan tutuklu ve hükümlülerin yapılan işlemin sonrasında da bu işlemin hukuka aykırı olduğu, arama koşullarının bulunmadığı ve tamamen baskı kurma ve cezalandırma amacıyla yapıldığına yönelik iddialarının infaz hâkimliği tarafından denetlenmesine imkân tanınması ve hukuka uygun görülmeyen işlemler bakımından işlemin yasalara aykırı yapıldığının ilgili kuruma bildirimini sağlanması gerekir. Esasen bu işlemin infaz hâkimi tarafından onaylanmaması arama işleminin hukuka aykırı olduğu sonucunu doğuracaktır. Bu gibi bir ilkesel denetim bile infaz kurumu yetkililerini bu tip çıplak arama işlemlerini gerçekleştirmede ve ilgili Cumhuriyet savcısından çıplak arama veya beden çukurlarında arama kararı talep etme noktasında daha dikkatli davranmalarını sağlayacaktır. Acele işlerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama kararının daha sonra hâkim onayına sunulması zorunlu olduğu gibi Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek bir çıplak arama kararının da muhakkak daha sonra infaz hâkimliğinin onayına sunulmasına imkân sağlayacak bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır.

Esasen CMK'nın 119 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan aramanın usul ve esaslarına ilişkin hükümlere benzer bir düzenlemenin 5275 sayılı Kanun'a eklenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda genel arama, çıplak arama ve beden çukurlarında aramanın uygulanma esasları ve başvurulacak kanun yollarının ayrıntılı düzenlenmesi gerekmektedir. Bu noktada aramanın hukuki ve cezai denetimimin sağlanabilmesi bakımından arama işleminin gerekçesini içeren karar tutanağı ile arama sonrasında düzenlenip imza altına alınan tutanağın bir nüshasının da hükümlü veya tutukluya verilmesinin zorunlu hale getirilmesi sağlanmalıdır.

Diğer taraftan hukuka aykırı olarak çıplak arama veya beden çukurlarında aramaya maruz kalan tutuklu veya hükümlülerin hak arama

hürriyeti kapsamında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunma hakkı vardır. Bu bağlamda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2016/730 Esas, 2018/558 Karar ve 22.11.2018 tarihli kararında da vurgulandığı üzere hukuka aykırı aramanın maddi ceza hukuku bakımından yaptırım eylemin suç teşkil etmesidir. Ortada hukuka aykırı yapılan bir arama varsa ilgili kişinin yapacağı suç duyurusu da bir yargısal denetim mekanizmasıdır.

CEZAEVLERİNDE POZİTİF HUKUK KURALLARINA VE EVRENSEL HUKUK İLKELERİNE AYKIRI ARAMANIN SONUÇLARI

Hukuk düzenlerinin hiçbiri kusursuz olmadığından ve her hukuk düzeninde hatalı işlemler yapılmış olabileceğinden, bunlardan doğan zararların devlet tarafından giderilmesi gerekmektedir. Arama tedibi uygulanırken suç delillerinin elde edilmesi düşüncesinin yanı sıra bu tedbirin isabetli olmama ihtimalinden dolayı bireylerin çeşitli mağduriyetlere uğrayabileceği de dikkate alınmalıdır. Burada delillerin elde edilmesi amacı çerçevesinde bireyin temel haklarının ihlal edilmemesi ve mağduriyetlere müsaade edilmemesi gerekmektedir. Aramanın koşullarının varlığının sıkı bir şekilde takibi önemli olduğu kadar usulüne uygun yürütülen bir arama sırasında kişinin temel haklarına saygılı davranmak ve arama tedbirinin ölçülü yürütülmesi önem arz etmektedir. Aksi halde hukuka aykırı arama gündeme gelecektir. Haksız arama idari, hukuki ve cezai sorunluluğu gündeme getirecektir. Özellikle ölçsüz aramadan kaynaklanan tazminat sorumluluğu gündeme gelebileceği gibi haksız arama suçu da oluşabilmektedir.

Hukuka Aykırı Arama

Adli ve önleme aramalarında olduğu gibi cezaevlerinde yapılan aramalarında kanun ve yönetmeliğin belirlediği sınırlar içerisinde belirlenen koşullara uygun yapılmaması halinde yapılan arama hukuka aykırı arama haline dönüşecektir. Esasen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2016/730 Esas, 2018/558 Karar ve 22.11.2018 tarihli kararında da vurgulandığı üzere aramanın hukuka aykırı olması, arama karar veya emrinin ya da aramanın icrasının hukuka aykırı olması anlamına gelmektedir. Hukuka aykırılık bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır. Kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramının çerçevesi ve kapsamı belirlenirken gerek pozitif hukuk kurallarına gerekse temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı hâlinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 22.06.2001

tarhli ve 2-2 sayılı kararında hukuka aykırılığın en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına geldiğini ve bu çerçevede, Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümünün hukuka aykırılık kavramı içinde yer aldığı özellikle vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi adı geçen kararında ayrıca çağdaş dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kurallarını ifade eden evrensel hukukun genel ilkelerinin de hukuk kuralı olarak kabul edileceğini ve hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığının bulunduğunu ve hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini belirtmiş ve bu çerçevede hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa'nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiş olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla aramanın hukuka uygun olup olmadığı, arama tedbirine başvurma şartları ve uygulanmasıyla ilgili gerek pozitif hukuk kuralları gerekse evrensel hukuk kuralları göz önünde bulundurularak bütüncül bir bakış açısıyla belirlenmelidir.

Hukuka aykırı olarak yapılan aramanın hem ceza muhakemesi hukuku, hem maddi ceza hukuku, hem de tazminat hukuku bakımından bir takım yaptırımları ortaya çıkabilmektedir. Aramanın hukuka aykırı olmasının ceza muhakemesi açısından sonucu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınamamasıdır. 5271 sayılı Kanun'un 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde de, ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağı ifade edilmiş ve hukuka uygun olarak elde edilmeyen delillerin ispat aracı olarak kabul edilmeyeceği ve hükme esas alınmayacağı vurgulanmıştır.

Cezaevlerinde yapılacak genel, çıplak ve beden çukurlarında aramanın Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Kişinin hükümlü veya tutuklu olması nedeniyle cezaevinde bulunması yapılacak aramaya ilişkin belirlenen genel kuralların veya evrensel hukuk ilkelerinin veyahut temel anayasal güvencelerin göz ardı edilmesi hakkı vermemektedir. Kaldı ki cezaevleri gibi dış dünyaya kapalı ve devletin mutlak hâkimiyetinin olduğu bir yerde kamu görevlilerinin pozitif hukuk kurallarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırı davranması kabul

edilebilecek bir durum değildir. Buralarda yapılan arama da nitelik ve teknik olarak bir arama olduğundan cezaevlerinde de pozitif hukuk kurallarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak hareket edilmesi gerekmektedir. Neticede suç soruşturması için 5271 sayılı Kanun kapsamında yapılan aramanın usulüne uygun yapılmaması hâlinde bu arama nasıl hukuka aykırı ve bu aramada elde edilen delil de hukuka aykırı delil oluyorsa cezaevlerinde de özellikle delil elde etmek amacıyla yapılan çıplak ve beden çukurlarında arama da pozitif hukuk kurallarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırı yapılırsa bu arama sonucunda elde edilecek delillerde hukuka aykırı delil olacaktır. Mesela beden çukurlarında arama yapılmasına yönelik somut olaylara istinaden oluşan makul şüphe nedeniyle başvurulmasına karşın beden çukurlarında aramanın cezaevi personeli tarafından yapılması yapılan aramayı hukuka aykırı hale getirecektir.

Cezai Sorumluluk

Hukuka aykırı aramanın maddi ceza hukuku bakımından yaptırımı eylemin suç teşkil etmesidir. 5237 sayılı TCK'nın "*Haksız arama*" başlıklı 120. maddesinde hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Burada geçerli bir arama nedeni olmaksızın ya da arama kararında belirtilen sınırlamalara uyulmaksızın arama işleminin yapılmış olması aramanın hukuka aykırı hale gelmesini ve dolayısıyla TCK'nın 120. maddesindeki suçun oluşmasına neden olmaktadır¹²².

Haksız arama suçunda korunan temel hukuki yarar, kişinin hareket hürriyeti, güvenliği ve dokunulmazlığı olmakla birlikte kişilerin üzerinin ve eşyasının aranması insan onuruna ve özel hayatın gizliliğine karşı bir saldırı oluşturduğu için bu suçun cezalandırılması ile söz konusu bu yararlar da korunmaktadır¹²³.

Diğer taraftan bir aramanın hukuka uygun olup olmadığı arama tedbirine başvurulma şartları ve uygulanmasıyla ilgili gerek pozitif hukuk kuralları gerekse evrensel hukuk kuralları göz önünde bulundurularak bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Bu perspektifte cezaevlerinde yapılacak

¹²² Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 374-375.

¹²³ Sokullu-Akıncı, Füsün: "*Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları*", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S. 1-3, Y. 2011, s. 262; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 338; Gülşen, Recep: "*Haksız Arama Suçu*", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 12-13, Y. 2009, s. 140-141.

genel, çıplak ve beden çukurlarında aramanın Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Aksi halde hukuka aykırı arama suçu oluşacaktır. Dolayısıyla cezaevlerinde gerçekleştirilen arama işlemlerinin hukuka aykırı olması durumunda arama işlemini gerçekleştiren kamu görevlilerinin eylemi suç haline geldiğinden cezai sorumlulukları gündeme gelecektir.

Tazminat Sorumluluğu

Diğer taraftan aramadaki hukuka aykırılıklar gerek Devletin, gerekse arama kararını veren veya uygulayan kamu görevlilerinin tazminat sorumluluğunu da gündeme getirebilecektir¹²⁴. Bu kapsamda Anayasa'nın 40. maddesine uygun olarak CMK'nın 141/1-i maddesinde, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin, “*maddi*” ve “*manevi*” her türlü zararlarını devletten isteyebilecekleri belirtilmiştir. Haksızlık nedeniyle oluşan zarar bu şekilde giderilmeye çalışılmaktadır¹²⁵. 5271 sayılı CMK'nın 141. maddesinin birinci fıkrasında aramanın amacıyla orantılı olmayacak biçimde ölçüsüz gerçekleştirilmesi durumunda kişilerin maddî ve manevî her türlü zararlarını devletten isteyebilecekleri öngörülmüştür¹²⁶.

Diğer taraftan CMK'nın 141/1-i maddesinde düzenlenen haksız arama cezaevlerinde yapılan aramayı kapsamamaktadır. Cezaevinde haksız aramaya maruz kalan kişi, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” hükmüne dayanarak idare aleyhine idari yargıda tazminat davası açabilir¹²⁷. Kanaatimizce cezaevlerinde yapılan aramalar idarenin gerçekleştirdiği aramalar olması nedeniyle açılacak tazminat davasının da Anayasa'nın 125. maddesi hükmü nedeniyle idari yargıda açılması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi **Nebahat Baysal Gül Kararında**¹²⁸ “...26. Gözaltında tutma, yargısal nitelik taşıyan bir karara dayanmaktadır. Ancak gözaltı işleminin gerçekleştiği nezarethanelerin yönetim, denetim ve işletilmesinin idare tarafından yürütülen bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Nezarethane

¹²⁴ Ceza Genel Kurulu, 2017/736 E. , 2019/651 K. , 07. 11. 2019 T.

¹²⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 334; Yenisey/Nuhoglu, s. 521; Şahin/Göktürk, s. 381 vd.

¹²⁶ Yalvaç, Gürsel: “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*”, CHKD, C. 3, S. 2, Y. 2015, s. 304.

¹²⁷ Aksoy, s. 158.

¹²⁸ AYM Nebahat Baysal Gül Kararı, Başvuru No: 2016/14634, K. T: 28/5/2019, Prg. 26-27.

koşullarının ilgili ulusal ve uluslararası hukukta belirtilen standartlara uygun hâlde bulundurulması idarenin sorumluluğundadır.

27. 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idari yargıda tam yargı davası açılabileceği belirtilmiştir. Buna göre idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan her türlü zararın idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilmesi mümkündür. Anılan kuralda idari işlem veya eylem türleri yönünden herhangi bir ayırım yapılmadığından idari fonksiyona giren her türlü işlem veya eylem sebebiyle oluşan zararın tazmininin bu kurala dayanılarak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasıyla istenebilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla herhangi bir idari eyleme ilişkin zararın idari yargıda dava konusu edilebilmesi için 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yeterli bir yasal zemin oluşturduğu görülmektedir. Bu durumda nezarethanedeki tutulma koşullarının hukuka uygun olmaması nedeniyle doğan zararların 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca idari yargıda tam yargı davasına konu edilmesinin olanaklı olduğu sonucuna varılmaktadır...” demek suretiyle idarenin işlemlerinden kaynaklı oluşan hak ihlalleri nedeniyle açılacak tazminat davalarında idari yargının görevli olduğuna vurgu yapmıştır.

Bu emsal karardan hareketle yönetim, denetim ve işletilmesi idare tarafından yürütülen cezaevlerinde sunulan kamu hizmetinin ilgili ulusal ve uluslararası hukukta belirtilen standartlara uygun bulunmamasından idare sorumlu olduğundan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine göre idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakkı doğrudan ihlal edilen tutuklu veya hükümlü idari yargıda tam yargı davası açabilir. Bu bağlamda cezaevlerindeki kötü muamele veya çıplak arama gibi nedenlerle açılacak tazminat davalarında idari yargı yetkilidir.

Öte yandan infaz aşamasında infaza yönelik yargısal denetimin en önemli ayağını infaz hâkimlikleri oluşturmaktadır. Ülkemizde 16/05/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu ile ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlere yönelik şikâyetleri incelemek, karara bağlamak ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere infaz hâkimlikleri kurulmuştur. 15.04.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun “Amaç ve kapsam” başlıklı 1. maddesinin ikinci fıkrası değişikliğe uğramış ve infaz hâkimliklerinin görev alanları genişletilmiştir. Yapılan değişiklikle birlikte infaz hâkimlikleri infaz aşamasında ana yetkili merci konumuna gelmişlerdir. Esas mahkemesinin istisnai yetkileri haricinde infaz

aşamasının karar, itiraz ve şikâyet mercii infaz hâkimliği olmuştur. Diğer bir ifade ile infaz hâkimlikleri birer ihtisas mahkemesi olarak infaz aşamasının yargısal denetim mercii olmuşlardır¹²⁹.

İnfaz hâkimlikleri, bu şekilde bir infaz aşamasının istisnalar haricinde bütün işlem ve kararlarının yargısal denetim mercii konumunda ihtisas mahkemesi haline gelmeleri nedeniyle Kanun'da yapılacak bir düzenlemeyle cezaevlerindeki kötü muamele ve haksız arama gibi işlemleri nedeniyle tazminat sorumluluğunun ortaya çıktığı hallerde bu tip tazminat davalarının açılma mercii de infaz hâkimlikleri olması yerinde bir uygulama olacaktır. Bu infaz hâkimliklerine cezaevleri üzerinde daha etkin bir denetim gücü de verecektir.

İstisnai ve son çare olarak başvurulabilen bir tedbir olması nedeniyle çıplak arama usulü ve sıklığı kötü muamele yasağının ihlali sonucunu doğurabilir. Özellikle ceza infaz kurumunda güvenlik, düzen ve suç işlenmesinin önlenmesi amacını aşacak ve hükümlü ve tutuklular yönünden insan onurunu zedeleyecek nitelikte bir rutin uygulamaya dönüşmesi kötü muamele yasağı yönünden göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. Koşulları bulunmamasına rağmen çıplak arama yapılması veya bu uygulamanın rutinleşmesi ağır sonuçlar doğurmaktadır. Unutulmamalıdır ki bu şekilde kuralsız ve yaygın çıplak aramalar da, tıpkı işkence, eziyet, tecrit, sürgün ve disiplin cezaları gibi, tutuklu ve hükümlüler üzerinde uygulanan aşağılama, baskı ve sindirme politikalarının bir aracı haline dönüşebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi 23.01.2019 tarihli **F.E ve Diğerleri Kararında**¹³⁰, çıplak aramanın çocuklar dâhil hükümlü ve tutuklular açısından tek başına kötü muamele yasağını ihlal eden bir durum olarak değerlendirilemeyeceğini, ancak çıplak arama usulü ve sıklığının kötü muamele yasağının ihlali sonucunu doğurabileceğini, özellikle çıplak aramanın ceza infaz kurumunda güvenlik, düzen ve suç işlenmesinin önlenmesi amacını aşacak ve hükümlü/tutuklular yönünden insan onurunu zedeleyecek nitelikte bir uygulamaya dönüşmesinin, kötü muamele yasağı yönünden göz önünde bulundurulması gereken hususlar olduğunu belirtmiştir.

Hukuku aykırı yapılan bir çıplak arama yapılış şekline göre işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliği kazanacaktır.

¹²⁹ Güvercin/Aras, s. 48 vd.

¹³⁰ AYM F. E. ve Diğerleri, Başvuru No: 2014/15586, K. T: 23/1/2019. *YUHFD Cilt. XIX No.2 (2022)*

Anayasa Mahkemesi'nin **Cezmi Demir ve Diğerleri Kararında**¹³¹ özellikle vurguladığı üzere anayasal düzenleme kapsamında kişinin maddi ve manevi varlığına en fazla zarar veren muamele işkencedir. Muamelenin ağırlığının yanı sıra İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde işkencenin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırım amacıyla ya da ayrımcı bir nedenle yapıldığı belirtilmiştir. Buna karşılık işkence seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, belirli bir süre devam eden, yaralanmaya, yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler eziyet olarak tanımlanabilir. Bu hâllerde duyulan acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz olarak bulunan acının ötesine geçmektedir. İşkenceden farklı olarak eziyette, ıstırap vermenin belli bir amaç doğrultusunda yapılması şartı aranmaz. Buna karşılık kişileri küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kişide korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen muameleler ise insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak tanımlanmaktadır. Eziyetten farklı olarak, uygulanan bu muamele kişide bedensel ya da ruhsal bir acı oluşturmaya da küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki yaratmaktadır. Ayrıca çıplak arama vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir uygulama olduğundan usul ve esaslara uygun yapılmaması halinde tutuklu ve hükümlüler bakımından cinsel şiddet, işkence ve eziyet yöntemine dönüşmesi kaçınılmaz olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre bir muamelenin anılan kavramlardan hangisinin kapsamında olduğunu belirleyebilmek için her somut olayın kendi özel koşulları içinde değerlendirilmesi gerekir. Aleni olarak yapılması veya kamuoyunun bilgi sahibi olması muamelenin aşağılayıcı niteliğinin belirlenmesinde rol oynasa da muamelenin aleni olmadığı durumlarda kişinin kendini değersiz hissetmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilir. Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapıp yapılmadığı dikkate alınmakla birlikte böyle bir amacın belirlenememesi muamelenin kötü muamele olmadığı anlamına gelmeyecektir¹³².

Bu bağlamda hukuka aykırı bir çıplak aramada aramanın yapıldığı yer, yapan kişiler, arama sırasında hükümlüye yönelik davranışlar ve yapılan

¹³¹ AYM Cezmi Demir ve Diğerleri Kararı, Başvuru No: 2013/293, K. T: 17/7/2014, Prg. 80 vd.

¹³² AYM Cezmi Demir ve Diğerleri Kararı, Başvuru No: 2013/293, K. T: 17/7/2014, Prg. 80 vd.

fiziksel müdahaleler, hükümlüye söylenen kötü ve aşağılayıcı sözler, çıplak aramanın süresi ve yapılma sıklığına göre aramanın işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak nitelendirmesi yapılacak ve buna göre hukuki, cezai ve idari sorumluluğu gündeme gelecektir. Zira çıplak arama usulü ve sıklığı Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki kötü muamele yasağının ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Özellikle ceza infaz kurumunda güvenlik, düzen ve suç işlenmesinin önlenmesi amacını aşacak ve hükümlü/tutuklular yönünden insan onurunu zedeleyecek nitelikte bir uygulamaya dönüşmesi kötü muamele yasağı yönünden göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. Burada işkence ve eziyet seviyesine varmamış olsa da hükümlüde bedensel ya da ruhsal bir acı oluşturmaya da küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki yaratmış ise bu çıplak arama nedeniyle ilgililerin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bütün bu hususların cezaevlerindeki kötü muamele ve haksız arama nedeniyle açılacak tazminat davalarında da göz önünde bulundurulması gerekir.

Yapılan Aramalarda Elde Edilen Delillerin Hukuki Durumu

Cezaevlerinde suç işlenmesinin önlenmesi, cezaevi güvenliğinin, düzeninin ve disiplinin sağlanması amacıyla yapılan genel arama sırasında suç unsuru olabilecek delillerin bulunması halinde bunlar ceza yargılamasında kullanılabilir. Diğer taraftan çıplak arama nitelik olarak adli arama niteliğindedir. Kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu noktasında oluşan makul ve ciddi şüphe nedeniyle diğer bir ifade ile hükümlünün suç sayılan bir eylemi işlediği şüphesiyle gerçekleştirilen bir tedbirdir. Çıplak aramada kuruma yasak eşya sokma şüphesi bulunulduğundan arama ile kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşyanın ele geçirilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla adli aramada olduğu gibi çıplak arama da bir suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra başvuru bir tedbirdir. Aynı şekilde cezaevlerinde beden çukurlarında yapılan aramada da bir suçla ilişkin delil elde etme amacı vardır.

Çıplak arama ve beden çukurlarında aramanın bir suç şüphesi üzerine başlatılıp suçun delillerinin ele geçirilmesi amaçlandığından bu tedbir kapsamında elde edilen deliller ceza yargılamasında kullanılabilir. Ancak ceza yargılamasında kullanılacak delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olması gerekmektedir. Bunun için çıplak arama ve beden çukurlarında aramada pozitif hukuk kurallarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak hareket edilmesi gerekmektedir. Neticede suç soruşturması için 5271 sayılı Kanun

kapsamında yapılan aramanın usulüne uygun yapılmaması hâlinde bu arama nasıl hukuka aykırı ve bu aramada elde edilen delil de hukuka aykırı delil oluyorsa cezaevlerinde de özellikle delil elde etmek amacıyla yapılan çıplak ve beden çukurlarında arama da pozitif hukuk kurallarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırı yapılırsa bu arama sonucunda elde edilecek deliller de hukuka aykırı delil olacaktır. Mesela beden çukurlarında arama yapılmasına yönelik somut olaylara istinaden oluşan makul şüphe nedeniyle başvurulmasına karşın beden çukurlarında aramanın cezaevi personeli tarafından yapılması yapılan aramayı hukuka aykırı hale getirecektir.

Hukuk devletinin delillerin hukukiliği/yasalılığı ilkesi olarak ifade edilebilecek ilkesi Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında da açıkça hükme bağlanmıştır. Anayasal düzenlemeye göre kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemeyecektir. Anayasal hükme paralel olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206/2-a maddesinde, kanuna aykırı elde edilmiş delilin reddedileceği; 217/2 maddesinde, yüklenen suçun hukuka uygun elde edilmiş her türlü delil ile ispat edilebileceği; 230/1-a maddesinde, reddedilen delillerin gösterilmesinden bahsedildikten sonra hukuka aykırı elde edilmiş delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiği; 289/1-i maddesinde ise, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delile dayanmasının, kesin hukuka aykırılık sebebi olarak kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere hukuka aykırı deliller ve hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesindeki değerine ilişkin olarak Anayasa ve CMK'da çeşitli hükümler yer almaktadır. Ayrıca delil elde etme yasaklarına, diğer hukuka aykırılıklara ve delilin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin açık düzenlemeler de bulunmaktadır¹³³.

Anayasal ve yasal hükümler birlikte değerlendirildiğinde Türk hukukunda hukuka aykırı delillere ilişkin olarak Anglo-Amerikan sisteminde olduğu gibi, mutlak değerlendirme yasağı öngörülmüştür. Kıta Avrupası hukuk sisteminde delil yasakları ile temel hak ve hürriyetlerin korunması amaçlanmaktayken Anglo-Amerikan sisteminde delil yasakları ile esasen delil toplamakla görevli olan kolluğun disiplin altına alınması amaçlanmaktadır¹³⁴.

¹³³ Yılmaz, s. 249-150.

¹³⁴ Gülşen Recep: "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", CHKD, C. 3, S. 2, Y. 2015, (Deliller), s. 237; Öztürk ve Diğerleri, s. 397-398; Centel/ Zafer, s. 660-661.

Diğer taraftan hukuka aykırılık, kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olduğu için delillerin elde edilmesine ilişkin olarak da hukuka aykırılık kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi de bir kararında hukuka aykırı elde edilmiş delillerdeki hukuka aykırılık ifadesinin, pozitif hukuk kurallarından daha geniş bir içeriğe sahip olduğunu ve tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılığı da içerdiğini; bu anlamıyla “*hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin*”, “*yasal olmayan yöntemlerle elde edilen deliller*” kavramından yani “*yasadışıılıktan*” da geniş bir içeriğe sahip olduğunu belirtmiştir.

Türk hukukunda Anayasa ve CMK’nın, hukuka aykırı deliller konusunda mutlak ret yaklaşımını benimsediği için hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde hiçbir şekilde kullanılamayacağı genellikle kabul edilmektedir¹³⁵.

Bu kapsamda cezaevinde çıplak veya beden çukurlarında yapılan aramada elde edilen delillerin de suç soruşturmasında kullanılabilmesi bakımından CMK’nın 206 ve 217. maddeleri uyarınca hukuka uygun olarak elde edilmiş olması gerekmektedir. Mevcut Yönetmelik hükümleri çerçevesinde en üst amirinin kararı olmaksızın yapılacak çıplak arama veya doktor haricinde kurum personeli tarafından yapılan beden çukurlarında arama neticesinde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılması mümkün değildir. Zira hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmişlerdir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2016/730 Esas, 2018/558 Karar ve 22.11.2018 tarihli kararında da vurgulandığı üzere ceza muhakemesinin amacı; sosyal düzenin korunması ile kişilerin hak ve özgürlüklerine saygı arasında bir denge kurulması suretiyle hukuken geçerli kanıtlarla hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu noktada cezaevlerinde kişiler hükümlü ve tutuklu olsa da bu kişilere yönelik her türlü işlemin yasal olması gerekmektedir. Dolayısıyla cezaevlerinde yapılacak ister genel ister çıplak aramaların da yasal koşullarına uygun ve

¹³⁵ Yurtcan, s. 446 vd. ; Akbulut, Berrin: “*Delil Değerlendirme Yasakları*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, S. 13, Y. 2, Aralık 2010, s. 19; Koca, Mahmut : “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, S. 2, Y. 1, 2006, s. 224 vd. ; Ünver, Yener: “*Ceza Muhakemesinde İspat, C. M. K. ve Uygulamamız*”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, S. 2, Y. 2006. s. 132; Şen,Ersan: Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, (Delilller), s. 139 vd. ; Keskin, Serap: Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997, s. 177.

ölçülü yapılması gerekmektedir. Özellikler delil elde etmek amacıyla yapılan çıplak ve beden çukurlarında arama uygulamalarının yasal koşullarına uygun olarak yapılması bir gerekliliktir. Bu noktada delillerin hukukiliği ilkesi aramanın muhatabının hükümlü veya tutuklu olması nedeniyle bertaraf edilecek bir husus değildir. Hukuka uygun yöntemlerle bu delillerin tutuklu ve hükümlülerden ele geçirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 tarih ve 2005/144 esas, 2005/150 karar sayılı kararında; usulüne göre alınmış bir arama kararı olmadan yapılan arama hukuka aykırı olduğundan, arama işleminde elde edilen maddi delilin hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir. Cezaevlerindeki aramalar bakımından da aynı durum geçerlidir. Kurum en üst amirinin izni olmadan arama yapılması veya kurum doktoru yerine kurum personeli tarafından beden çukurlarında yapılan arama neticesinde elde edilen uyuşturucu madde gibi suç eşyası suç soruşturmasında delil olarak kullanılamaz.

SONUÇ

Çağdaş infaz rejiminin bir gereği olarak etkin, ıslah edici ve onarıcı infaz sürecinde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulması gerekmektedir. Cezaevi idaresinin güvenliği, disiplini ve düzeni sağlamak için kaçınılmaz olarak alması gereken bir kısım istisnai önlemler olsa da bunun idari ve yargısal denetime imkân verecek şekilde somut olarak gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Ancak her halükarda alınacak kısıtlamaların temel hakların özüne zarar veren, onların kullanılmasını imkânsız hale getiren, ayrımcı ve insan onuruna aykırı nitelikte olmaması gerekir. Burada mevzuat hükümlerinin açık, anlaşılır, etkin ve uygulanabilir olması önemli olduğu kadar infaz sisteminde yer alan kurum ve personelin bu noktada eğitilmiş ve ihtisaslaşmış olması önem arz etmektedir. İnsan odaklı bir infaz sistemi oluşturulabilmesi bakımından bu gereklidir.

Bu noktada cezaevlerinde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulmadığı için ciddi sorunlar ve hak ihlallerine neden olan konulardan biri de cezaevlerindeki arama işlemleridir. Burada kurum güvenliğinin ve düzenin sağlanması bakımında çerçevesi kanunlarla belirlenmiş ve evrensel hukukun temel esaslarına uygun aramaların yapılması bir gerekliliktir. Burada sorun olan husus aramanın bir gereklilik olmaktan çıkarılarak hükümlü ve tutuklunun haklarını ihlal eden, onları rencide eden ve bir noktada onları huzursuz etmek için kullanılan bir genel uygulamaya dönüşmesidir. Arama

cezaevlerinde güvenliği ve düzeni sağlama noktasında en önemli tedbirlerden biri olsa da bu tedbirin, mevzuatın belirlediği esasların dışında keyfi bir uygulamaya dönüşmemesi gerekir. Burada bu tedbirin uygulanması için makul sebeplerin ortaya çıkması, aramanın orantılı olarak yapılması ve arama sırasında insan onuruna saygılı davranılması gerekir.

Cezaevlerinde uygulanacak arama tedbiri 5275 sayılı Kanun'un 36. maddesinde çok soyut olarak düzenlenmiştir. Bu noktada Kanun'da genel arama düzenlenmiş ancak çıplak arama ve beden çukurlarında aramaya ilişkin kanunda bir düzenleme dahi bulunmamaktadır. Hükümlü ve tutuklunun beden bütünlüğüne ve özel yaşamına ağır müdahale içeren bu ağır tedbirlerin kanuni dayanağının olmaması ve sınırlarının kanun tarafından çizilmemesi ciddi bir eksikliklerdir. Her ne kadar İnfaz Yönetmeliği'nde bir kısım hükümler olsa da bu hükümler yetersiz ve tamamen cezaevi idaresine takdir hakkı veren düzenlemelerdir. Bu bağlamda öncelikle bu hususların 5275 sayılı Kanun'da düzenlenmesi gerekmektedir.

Cezaevlerinde yapılacak genel, çıplak ve beden çukurlarında aramanın Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Aksi halde, ceza hukuku anlamında, haksız arama suçunun oluşmasına; tazminat hukuku anlamında, ölçsüz bir şekilde yerine getirilen arama işlemine karşı maddi ve manevi tazminata hak kazanılmasına ve delil hukuku anlamında ise tedbirden elde edilen delillerin hukuka aykırı hale gelerek muhakemede kullanılamaz hale gelmesine neden olacaktır.

Çıplak arama veya beden çukurlarında arama gibi ağır müdahalelerle maruz kalan hükümlü ve tutukluların bu aramaların yapıldığı anda bu işleme itiraz etmeleri ve bunu tutanağa geçirtme haklarının olduğu tartışmasızdır. Ancak cezaevleri gibi kapalı kurumlarda bu tip uygulamaların rutine dönüşmemesi, kötüye ve keyfi kullanılmaması bakımından bu işlemlerin karar merciinin kurumun en üst amiri olmaktan çıkarılarak ilgili cezaevinden sorumlu olan Cumhuriyet savcısına verilmesi gerekir.

Yapılması gereken bir diğer yasal düzenleme ise çıplak arama ve beden çukurlarında aramaya ilişkin cezaevinden sorumlu olan Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama kararlarının ve aramaya ilişkin işlemlere dair tutanakların arama sonrasında en geç 24 saat içinde infaz hâkimliğinin denetimine sunulması zorunluluğu getirilmelidir. Aynı şekilde bu gibi ağır tedbirlere maruz kalan tutuklu ve hükümlülerin yapılan işlemin sonrasında

da bu işlemin hukuka aykırı olduğu, arama koşullarının bulunmadığı ve tamamen baskı kurma ve cezalandırma amacıyla yapıldığına yönelik iddiaları bakımından bu denetimlerin infaz hâkimliği tarafından denetlenmesi ve hukuka uygun görülmeyen işlemler bakımından işlemin yasalara aykırı yapıldığının ilgili kuruma bildiriminin sağlanması gerekir.

Yapılan son yasal değişikliklerle birlikte infaz hâkimlikleri, bu şekilde bir infaz aşamasının istisnalar haricinde bütün işlem ve kararlarının yargısal denetim mercii konumunda ihtisas mahkemesi haline gelmeleri nedeniyle Kanun'da yapılacak bir düzenlemeyle cezaevlerindeki kötü muamele ve haksız arama gibi işlemler nedeniyle tazminat sorumluluğunun ortaya çıktığı hallerde bu tip tazminat davalarının açılma merciinin de infaz hâkimlikleri olması yerinde bir uygulama olacaktır. Bu infaz hâkimliklerine cezaevleri üzerinde daha etkin bir denetim gücü de verecektir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin: “*Delil Değerlendirme Yasakları*”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, S. 13, Y. 2, Aralık 2010, s.6-25.
- Aksoy İpekçioğlu, Pervin: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, C. 70, S. 1, s. 19-38.
- Aksoy, Şemsettin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Alpsoy, Zeliha: Önleme Araması, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Aras, Bahattin/Güverçin, Sezgin: İnfaz Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Atalay, Osman/Özgelen, Mustafa Safa: İnfaz Hukuku Ders Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi Yayını No: 25, Kasım 2013.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber, Mahpus Hakları, Ankara 2019, <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020134215mahpus%20haklar%C4%B1%20olarak%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirelim%20ba%C5%9F%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>, İET: 20/01/2022.
- Aydın, Murat: Arama ve El Koyma, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Aygün, Aydın: “*Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, Y.2016, s. 49-73.

- Bernath, Barbara: “*Body searches: Addressing risk factors to prevent torture and ill-treatment*”, Penal Reform International, Detention Monitoring Tool, Second edition, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fcdn.penalreform.org%2Fwpcontent%2Fuploads%2F2016%2F01%2Ffactsheet-4-searches2ndv5.pdf&clen=291789&chunk=true İET:23/01/2022.
- Boston, John/Manville, Daniel E.: *Prisoners' Self-Help Litigation Manual*, Forth Editon, Oxford University Press, New York 2010.
- Bouzat, Pierre: “*Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanması Doğruluk Kuralları*”, (Çev. Hasan Bıyıklı), Yargıtay Dergisi, Ocak 1977, C. 3, S. 1-2, s. 85-113.
- Börekçi, Eşref Barış: “*Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları*”, YÜHFD, C. XVII, Özel Sayı, Y. 2020, s. 89-113.
- Carlson, Peter/Garrett, Judith: *Prison and Jail Administration: Practice and Theory*, Jones & Bartlett Learning, 2008.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Coyle, Andrew: *Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım*, Yayınlayan: Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, 2002.
- Çalışkan, Suat: *Çıplak Arama*, <https://www.hukukihaber.net/ciplak-arama-makale,8481.html>, İET: 21/01/2022.
- Çöpoğlu, Hakan Serdar: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2019, s. 155-230.
- Demirbaş, Timur: “*Ceza İnfaz Hukukunun Çağdaş İlkeleri Açısından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun (CGTİK) Değerlendirilmesi*”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, Nisan 2008, (İlkeler), s. 10-21.
- Demirbaş, Timur: *İnfaz Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Doğan, Duygu Çağlar: “*Ceza Muhakemesinde Adli Arama*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 92, Y. 2011, s. 157-180.
- Dursun, Gizem: “*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi*”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 2955-2996.
- Feyzioğlu Metin: *Tanıklık ve Dürüst Muhakeme*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.

- George, Amanda: “*Strip Searches: Sexual Assault By The State*”, *Alternative Law Journal*, Vol. 18, No I, February 1993, s.31-33, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2F138.25.65.17%2Fau%2Fjournals%2FAltLawJI%2F1993%2F8.pdf&cflen=575867&chunk=true, İET: 23/01/2022.
- Gülşen, Recep: “*Haksız Arama Suçu*”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 12-13, Y. 2009, s. 139-158.
- Gülşen, Recep: “*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi*”, (Deliller), *CHKD*, C. 3, S. 2, Y. 2015, s. 2165.-189.
- İlikli, Sedef: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Ve Elkoyma*, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2020.
- İnci, Z. Özen: “*Türkiye'nin Bir İnsan Onuru Sorunu Olarak Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Çıplak Arama Üzerine Bir İnceleme*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 120, Y. 2016, s.50-70.
- Karakaş Doğan, Fatma: *5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Düzenlemesi Işığında Ceza İnfaz Hukuku*, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Keskin Kızıroğlu, Serap: “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 1, Y. 2009, s. 139-168.
- Keskin, Serap: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, Alfa Yayınları, İstanbul 1997.
- Kızılaslan, Hakan: “*Yeni Ceza İnfaz Sistemimizin Ana İlkeleri ve Uygulama*”, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.tchd.org.tr%2FUploads%2Fsuc_ve_ceza%2Fdosyalar%2F2008-2%2F1.YEN%25C4%25B0%2520CEZA%2520%25C4%25B0NFAZ%2520S%25C4%25B0STEM%25C4%25B0M%25C4%25B0Z%2520HAKAN%2520KIZILASLAN.pdf&cflen=187787&chunk=true, İET: 21/01/2022, s.2; *Hukukun Evrensel İlkeleri ve Özel Görevli Mahkemeler*, İstanbul Barosu Paneli, 18 Kasım 2011, İET:20/01/2022.
- Koca, Mahmut : “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Seçkin Yayınevi, S. 2, Y.1, 2006, s. 207-225.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan: “*Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi*

- Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2012, s. 43-69.
- Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2013.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Dursun, Selman: Müdafinin Yasaklılık Halleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Neziroğlu, İrfan: “*A Comparative Analysis of Mental and Psychological Suffering as Torture, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment under International Human Rights Treaty Law*”, Essex Human Rights Review Vol. 4 No. 1, February 2007, <https://nanopdf.com/download/a-comparative-analysis-of-mental-and-psychological-suffering-as-pdf>, İET:22/01/2022.
- Ohlin, Jens David: Investigative Criminal Procedure: Doctrine, Application, and Practice, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2019.
- Öncü, Gülay Arslan: Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- Örs, Cengiz Ozan: “*Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 123, Y. 2016, s. 103-146.
- Özbek Veli Özer/Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Özbek, Veli Özer/ Bacaksız, Pınar: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 1, Y. 1, Ekim 2006, s. 145-206.
- Özbek, Veli Özer: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999.
- Özbek, Veli Özer: İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021.
- Özbek, Veli Özer: İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021, (İnfaz).
- Özel, Kadir Can: “*Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, Y. 2019, 1217-1266.
- Özkavalcı, Nimet: İnfaz Hâkimliği, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Öztürk, Bahri/ Eker Kazancı, Behiye/ Soyer Güleç, Sesim: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2021.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can

- (Öztürk ve Diğerleri): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Seyyidoğlu, Muhammed Sıddık: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*” İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4 S. 1, Y. 2021, s. 11-31.
- Smit, Dirk van Zvl/Snacken, Sonia: Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights, OUP Oxford, New York 2009.
- Sokullu-Akıncı, Fusun: “*Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S. 1-3, Y. 2011, s. 261-269.
- Şahin, Merve: Önleme Araması, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Erzurum 2021.
- Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku – 1, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Şen, Ersan: “*Avukat, Hâkim ve Savcılarının Aranması*”, (Avukat), Ankara Barosu Dergisi, S.2, Y.2013, s.333-344.
- Şen, Ersan: “Çıplak Arama”, <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13/01/2022.
- Şen,Ersan: Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, (Deliller), Beta Yayınevi, İstanbul 1998.
- Tanz, Eva: “*Hapishaneler ve Çıplak Arama Uluslararası Standartlar ve Alternatifler*”, Türkiye’de Mahpus Olmak 2, TCPS Kitaplığı 14, İstanbul 2017, s. 154-164.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Turhan, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara, 2006.
- Ünver, Yener: “*Ceza Muhakemesinde İspat, C.M.K. ve Uygulamamız*”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, S. 2, Y. 2006. s. 103-205.
- Yalvaç, Gürsel: “*Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat*”, CHKD, C. 3, S. 2, Y. 2015, s. 267-306.
- Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Yılmaz, Yeşim: “*Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 124, Y. 2016, s. 247-304.
- Yurtcan, Erdener: Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.