

T.C.
DİCLE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADLİ ARAMA VE ÖNLEME ARAMASI

Mesut BİLEN

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Mustafa AVCI

DİYARBAKIR

2006

İÇİNDEKİLER

İçindekiler.....	1
Kısaltmalar.....	6
Giriş.....	9

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMANIN TANIM VE ANLAMI, ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, ARAMA HUKUKUNDA TEMEL İLKELER

I. Aramanın Tanım ve Anlamı.....	13
II. Aramanın Hukuki Niteliği.....	15
III. Arama Hukukunda Temel İlkeler.....	21
A.Hukuk Devleti İlkesi.....	21
B.İnsan Haysiyetinin Dokunulmazlığı İlkesi.....	24
C.Özel Hayatın Gizliliği İlkesi.....	27
D.Dürüst İşlem İlkesi.....	29
E.Oranlılık İlkesi.....	31
F.Suçsuzluk Karinesi İlkesi.....	32

İKİNCİ BÖLÜM

ARAMANIN GAYESİ, ARAMANIN ŞARTLARI

I.Aramanın Gayesi.....	35
A.Genel Olarak.....	35
B.Adli Aramanın Gayesi.....	35
1.Yakalama Gayesi.....	36
2.Delil Elde Etme Gayesi.....	38
C.Önleme Aramasının Gayesi.....	39
II.Aramanın Şartları.....	40
A.Genel Olarak.....	40

B.Makul Şüphe, Makul Sebep.....	41
1.Adli Aramalar Açısından Makul Şüphe.....	41
2.Önleme Aramalarında Makul Sebep.....	47
C.Hakim Kararı.....	48
1.Adli Arama Açısından.....	48
2.Önleme Araması Açısından.....	50
3.Hakim Kararı Şartının İstisnaları.....	52
a.Genel Olarak.....	52
b.Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Yazılı	
Arama Emri Üzerine Yapılan Arama.....	53
aa.Adli Aramada.....	53
bb.Önleme Aramasında.....	57
c.Karar ve Emre Gerek Olmaksızın Arama Yapılabilecek Haller.....	59
aa.Adli Aramada.....	59
aaa.Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Bulunduğu	
Durumlarda Arama.....	59
bbb.Hakkında Tutuklama,Yakalama ve Zorla Getirme	
Müzekkeresi Bulunan Kişinin Yakalanması	
Amacıyla Yapılana Arama.....	63
ccc.Yakalama Sonrası Arama.....	65
ddd.Nezarethaneye Konulmadan Önce	
Yapılacak Üst Araması.....	67
eee.Yakalama ve Suçüstü Hallerinde Kaçan Kişilerin	
Yakalanması ve Delillerin Tespiti	
Amacıyla Yapılan Arama.....	68
fff. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Arama.....	69
ggg. Gemide Suç İşlenmesi Halinde	
TTK Kapsamında Yapılacak Aramalar.....	72
bb.Önleme Aramalarında.....	73
aaa. Giriş ve Çıkışı Belli Kurallara Bağlanmış ve Kamu	
Hizmetine Özgülenmiş Binaların	

Girişlerindeki Arama.....	73
bbb.Hava meydanı, Liman ve Sınır Kapılarındaki	
Araç, Yolcu ve Görevli Personelin Aranması.....	75
ccc. Olağanüstü hal valisinin emriyle yapılacak aramalar.....	76
ddd. Sıkıyönetim Komutanının emriyle yapılacak aramalar.....	78
eee. Muhafaza Altına Alınabileceklerin Üst ve Eşya Aramaları.....	81
fff. Seçim günü yapılacak silah aramaları.....	82
ggg. Özel işletmelerin girişlerinde yapılacak aramalar.....	83
hhh. Cezaevlerinde Hükümlü ve Tutukluların	
Oda, Üst ve Eşyalarının Aranması.....	85

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARAMANIN YER, ZAMAN ve KİŞİ AÇISINDAN ÖZELLİKLERİ

I. ARAMANIN YAPILACAĞI YER.....	86
A-ADLİ AMAÇLI ARAMANIN YAPILABİLECEĞİ YERLER.....	86
1. Konut, İşyeri ve Etrafı Çevrili Diğer Mahaller.....	86
2. Eşya Üzerinde Arama.....	90
3. Kişi Üzerinde Arama.....	93
4. Askeri Mahallerde Arama.....	96
5. Derneklerde Arama.....	99
B. ÖNLEME ARAMASININ YAPILABİLECEĞİ YERLER.....	100
II. ARAMANIN YAPILACAĞI ZAMAN.....	101
A. Adli Aramada.....	101
1. İstisnalar: Gece Arama Yapılabilecek Haller.....	103
a. Genel Olarak.....	103
b. Suçüstü Hali.....	103
c. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Haller.....	104

d. Firar Eden Kişi veya Tutuklunun veya Hükümlünün Tekrar Yakalanması Amacıyla Yapılacak Aramalar.....	105
B. Önleme Aramasında.....	106
III. ARAMANIN MUHATABI	107
A.ÖZEL STATÜLÜ ŞAHISLARLA İLGİLİ ARAMALAR.....	107
1.Adli Arama Açısından.....	107
a. Cumhurbaşkanı.....	107
b. Diplomatik Temsilciler.....	108
c. Yüksek Yargı Organı Mensupları.....	108
d. Milletvekilleri.....	110
e. Hâkim ve Savcılar.....	110
f. Avukatlar.....	111
g. Noterler.....	112
h. Asker kişiler	112
2. Önleme Araması Açısından.....	113

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ARAMA UYGULAMASI, ARAMANIN SONA ERMESİ

HUKUKA AYKIRI ARAMA ve SONUÇLARI

I. ARAMA UYGULAMASI.....	114
A. Genel Olarak.....	114
B. Adli Arama Açısından.....	115
1.Cumhuriyet Savcısının Hazır Bulunduğu Durumlarda Arama.....	115
2. Cumhuriyet Savcısının Hazır Olmadığı Durumlarda Arama.....	116
C. Önleme Araması Açısından.....	117
D. Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler.....	117
1.İşlem Tanıkları.....	117
2. Aranılan yerin sahip veya zilyedi veya mümessil, mümeyyiz akrabalarından biri, birlikte sakin olunan kimse veya komşu...	119

3. Müdafî	119
E. ARAMADA KUVVET KULLANMA	122
II. ARAMANIN SONA ERMESİ	123
A. Genel Olarak.....	123
B. Arama İşleminin Tutanağa Bağlanması.....	123
C. Aramaya Muhatap Kalana İstemi Üzerine Verilecek Belge.....	125
D. Arama Sonucunda Ele Geçen Eşya ve Kağıtlar Hakkında Yapılacak İşlem ve Akıbeti.....	126
1. Arama Sırasında Arama Kararında Yer Almayan veya Aramaya Konu Suçla Alakası Olmayan Eşyanın Bulunması	129
2. Elkonulan veya Muhafaza Altına Alınan Eşyanın Akıbeti	130
a. Müsadere	130
b. İade.....	131
c. Dosyada Delil Olarak Muhafaza Altına Alınması.....	133
III. HUKUKA AYKIRI ARAMA.....	134
A. Genel Olarak.....	134
B. Hukuka Aykırı Arama Neticesinde Elde Edilen Delillerin Mahkemede Kullanılmaması.....	135
C. Hukuka Aykırı Arama Halinde Memur veya İdare Aleyhine Tazminat Hakkı.....	139
D. Hukuka Aykırı Aramanın Suç Teşkil Ettiği Haller.....	142
IV. ARAMA KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI	144
SONUÇ.....	147
KAYNAKLAR.....	150

KISALTMALAR

AD	Adalet Dergisi
AAD	Askeri Adalet Dergisi
ABD	Ankara Barosu Dergisi
AÖAY	Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
An.	Anayasa
An.Mhk	Anayasa Mahkemesi
An.MK	Anayasa Mahkemesi Kararı
As.YD	Askeri Yargıtay Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Av.K.	Avukatlık Kanunu
AYD	Anayasa Yargısı Dergisi
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AY	Anayasa
AYMKYUHK	Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun
bkz	bakınız
BKK	Bakanlar Kurulu Kararı
CD	Ceza Dairesi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇPD	Çağın Polisi Dergisi
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DK	Danıştay Kanunu
DMK	Devlet Memurları Kanunu

dn	dipnot
dfbi bkz	daha fazla bilgi için bakınız
E.	Esas
EAÖAY	Eski Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
EGM	Emniyet Genel Müdürlüğü
EÜHFD	Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HPD	Hukuki Perspektifler Dergisi
HSK	Hakimler ve Savcılar Kanunu
İz.BD	İzmir Barosu Dergisi
İBY	İstanbul Barosu Yayınları
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İHFM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK	İl İdaresi Kanunu
JD	Jandarma Dergisi
JTGYY	Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu
JTGYY	Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği
K.	Karar
KMK	Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu
KSHS	Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi(Birleşmiş Milletler)
md.	Madde
MBD	Manisa Barosu Dergisi
NK	Noterlik Kanunu
OHBVOHDSİTHKHK	Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
PD	Polis Dergisi
PVSK	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RG.	Resmi Gazete
s	Sayfa
S	Sayı
SEY	Suç Eşyası Yönetmeliği

s.k.	Sayılı Kanun
SK	Sayıştay Kanunu
SYK	Sıkıyönetim Kanunu
T	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TİD	Türk İdare Dergisi
vd.	ve devamı
Yar.	Yargıtay
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	Yargıtay Dergisi
YK	Yargıtay Kanunu
YGAİAY	Yakalama,GözaltınaAlma veİfadeAlma Yönetmeliği
YKD	Yargıtay Kararlar Dergisi

GİRİŞ

İnsanın en temel gereksinimlerinden biri de güvenlidir. Toplumsal düzenin yerleşmiş olduğu, suç ve suçluluğun etkin mücadele araçlarıyla minimum seviyeye indiği bir toplumda yaşamak, her insanın en temel dilek ve ihtiyaçlarındandır. Her insan suçlu olsun veya olmasın güvenlik ihtiyacı içerisindedir. Suçla alakası olmayan bir insan, kamu düzeninin yerleşmiş olduğu bir toplumda, devlet ve onun temsilcilerinin keyfi müdahaleleri olmaksızın, özgürce ve güven içerisinde yaşamak ister. Suçlu bir insan da, hangi şartlar altında neye muhatap kalacağını, işlemiş olduğu suç nedeniyle nasıl bir muameleye tabi tutulup ne gibi bir ceza alacağını önceden bildiği bir topluma yaşamak ister.

Devlet, insanların bu güven ihtiyacı nedeniyle kamu düzenini sağlamak amacıyla suç ve suçlulukla mücadele eder. Devlet suç ve suçlulukla mücadele edilebilmek için kolluk'u¹ bir takım yetkilerle donatmıştır. Kolluk kullanacağı yetkilerle, kamu düzenini oluşturmaya çalışır. Kolluğun kamu düzeninin sağlanması açısından kullanacağı bu yetkiler, kişilerin özgür yaşam alanlarına müdahale teşkil edecektir. İşte tam burada hukuka saygılı, dürüst ve güvenilir kişiler, suç ve suçlulukla mücadele edilirken temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması tehlikesi ile karşı karşıyadır. Demokratik hukuk devletlerinde toplumun güvenliği ile toplumda yaşayan bireylerin hakları arasında bir denge bulunması gerekir.

Kolluğun eylem ve işlemlerinin neredeyse tümünde bir temel hak ve hürriyet tehdit altındadır. İnsan hakları çağı olarak kabul edilen bu çağda, temel hak ve hürriyetlerin değerinin ve öneminin gittikçe artan bir nitelik taşıması nedeniyle, hukuki düzenlemelerde artık daha fazla özgürlükçü yaklaşımlar söz konusu olmaktadır.

¹ Kolluk kamu otoriteleri tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla kamu özgürlüklerine getirilen sınırlamalardır. Bu anlamda kolluk hem bu idari etkinliği hem de bu etkinliği yürüten görevlileri ifade eder. **AKGÜNER** Tayfun, Kolluk Kavramına Genel Bir Bakış, PD, S.36, s.195; İdari etkinliği yürüten kamu görevlileri anlamında kolluk yani zabıta, toplumların iç korunmasını sağlayan halkın güven içerisinde huzurlu ve düzenli yaşamasını sağlayan organdır. **FENDOĞLU** Hasan Tahsin, Adli Kolluk Üzerine, YD, C.23, S.3, Temmuz 1997, s.230; **İSPİR** Eyüp, Kolluk Kavramı ve Uygulamaları (İnsan Hakları ve Devletin Yetkileri Denizli Semineri "Tebliğ"), in: **DÖNMEZER** Sulhi/YENİSEY Feridun, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, CIII.1, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s.33 vd.

Kolluk suça ilişkin bütün görevlerini yasaların kendisine verdiği yetkiye dayanarak yerine getirir. Kolluk faaliyetlerinin bir yetkiye dayanmaması halinde, kolluğun eylem ve işlemleri sonuçta bir haksız fiile veya suça konu olacaktır.²

Suç ve suçlulukla mücadelede en önemli araçlardan biri de, suçun önlenmesi ve suç işleyenlerin yakalanması veya delillerin ele geçirilmesi amacıyla arama yapmaktır. Suçu önlemek veya işlenmiş bir suça ilişkin olarak sanık veya şüpheli yakalamak yahut delilleri ele geçirmek için kullanılması gereken arama yetkisinin, kollukça başka amaçlar için de kullanılıyor oluşu³ nedeniyle aramaya ilişkin sıkı şekil şartları getirilmiştir.

Özellikle Avrupa Birliği'ne giriş süreci nedeniyle başta Anayasa olmak üzere çoğu yasada değişiklikler yapılmış ve mevzuat açısından yeni bir çok şey hukukumuzda girmiştir. Anayasanın özel hayatın gizliliğinin düzenlendiği 20. maddesi, konut dokunulmazlığının düzenlendiği 21. maddesi ve haberleşme hürriyetinin düzenlendiği 22. maddesine, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasanın 5.,6.,7. maddeleri gereğince *“Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”* hükmü eklenmiştir.

Anayasada yapılan bu değişiklikle arama hukukunda uygulama açısından tereddütler oluşmuştur.

² ERYILMAZ M.Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003, s.22

³ ERYILMAZ, s.239. Yazara göre kolluk arama yetkisini suçu önlemek ve suç failleri ve delillere ulaşmanın yanında suç işlemeye yakın gördüğü kişiler üzerinde devlet otoritesi ve gücünü hissettirmek “dikkatli ol” “hal ve hareketlerine dikkat et” gibi bir mesaj vermek, aramayı bahane ederek görev bölgesindeki suça yakın kişileri tespit etmek, kendi can sıkıntısını gidermek, amirlerine çalışıyor görünmek gibi farklı amaçlarla da kullanılmaktadır.

Arama hukuku açısından uygulamada var olan bu tereddütleri gidermek için 24 Mayıs 2003 tarih ve 25117 sayılı RG de yayınlanarak yürürlüğe giren “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği”(AÖAY), aramaya getirdiği yeni anlayışla, var olan tereddütleri gidermek bir yana, uygulamadaki sıkıntıyı daha da arttırmıştır. Söz konusu yönetmeliğin bizzat kendisinin hukuki açıdan yok hükmünde olduğu bile savunulmuş⁴ ve bir çok maddesinin iptali için Danıştay’a dava açılmıştır.

Kanaatimizce, gerek Anayasanın ilgili hükümlerinde yapılan değişiklikler gerekse de AÖAY’nin uygulamada büyük tereddütlere neden olmasının asıl sebebi, aramanın düzenlendiği temel yasalarda (CMUK, PVSK gibi) düzenleme yapılmadan bu gibi değişikliklerin yapılmış olmasıdır.

CMUK’nu yürürlükten kaldıran 5271 sayılı CMK’nun aramaya ilişkin hükümlerinde Anayasanın 20,21 ve 22 maddelerindeki düzenlemelere benzer nitelikte düzenlemeler yapılması üzerine, 25117 sayılı RG de yayınlanan AÖAY de, 1 Haziran 2005 tarih ve 25832 sayılı RG’de yayınlanan AÖAY ile yürürlükten kaldırılmıştır. Çalışma boyunca karışıklığa neden olmaması için halen yürürlükte olan 1 Haziran 2005 tarihli yönetmeliğe AÖAY olarak, yürürlükten kalkan 24 Mayıs 2003 tarihli yönetmeliği ise EAÖAY olarak belirteceğiz.

Bu çalışma, adli ve önleme aramasının ne olduğunu, aramanın şartlarını, uygulanmasını ve sonuçlarını açıklamayı amaç edinmiştir. Bu çalışma, uygulamada tam olarak anlaşılamayan AÖAY’nin açıklanması ve anlaşılması amacını da taşımaktadır. Bu nedenle konular izah edilirken AÖAY bağlamında açıklamalar yapılacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde aramanın ne olduğu, hukuki niteliği ve arama hukukunda temel ilkeler izah edilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde adli ve önleme aramasının gayesi, şartları ve bu şartların istisnaları incelenecektir.

⁴ **HAFIZOĞULLARI** Zeki, “24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir”, PD, S.41. Yazara göre CMUK Adalet Bakanlığının kendi görev alanını ilgilendiren bir yasa değildir. Bu nedenle Adalet Bakanlığı hiçbir adla CMUK’nun uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkaramaz. Mutlak yetkisizlik nedeniyle AÖAY yok hükmündedir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde arama uygulaması ve arama uygulaması sırasında dikkat edilmesi gereken durumlar ve arama açısından yasalarda öngörülen özel usul kuralları incelenecektir.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise aramanın sona ermesi ve neticeleri izah edilmeye çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMANIN TANIM VE ANLAMI, ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, ARAMA HUKUKUNDA TEMEL İLKELER

I. ARAMANIN TANIMI VE ANLAMI

Kelime anlamı olarak arama, aramak fiilidir. Aramak ise bulmak için gayret etmek, yoklamak ve araştırmaktır.⁵ Adli aramanın düzenlendiği CMK'nun 116–134 maddelerinde ve önleme aramasının düzenlendiği PVSK'nun 9. maddesinde aramanın tanımı yapılmamıştır. Keza CMK'ndan önce yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'nda da adli aramaya ilişkin bir tanım mevcut değildi. AÖAY'de ise adli aramanın tanımı yapılmış önleyici aramaya ilişkin bir tanım yapılmamıştır. AÖAY'nin 5. maddesine göre “*Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.*”⁶

Öğreti incelendiğinde konuyla ilgilenen yazarların hemen hemen hepsinin farklı tanımlamalarda bulunmuş olduğu görülecektir.⁷ Aramanın adli ve önleme

⁵ DOĞAN D. Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, 11. Baskı, İstanbul 1996, s.62

⁶ Benzer bir tanımda Jandarma Teşkilat ve Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin, Jandarmanın Adli Göreve İlişkin Arama Yetkisi başlığını taşıyan 113/1 maddesinde yapılmıştır. Buna göre arama “...şüphelinin sanığın ve delil olabilecek yada zorlum konusu olabilecek eşyaların elde edilebilmesi için yürütülen araştırma faaliyetleridir”.

⁷ Aramaya ilişkin farklı tanımlar hakkında bkz.CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2003, s.274; CİHAN Erol/YENİSEY Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku İstanbul 1996, s.208; ÇİMEN Ahmet,Türk Hukukunda Arama(Konu-Yetki-Sorumluluk)

amaçlı olmasına göre bu kavrama verilecek anlam muhakkak ki farklı olacaktır. Öğretide yapılan tanımların hepsi göz önüne alındığında adli arama şöyle tanımlanabilir. Adli arama; Ceza muhakemesi amacıyla kural olarak hakimin vereceği arama kararı istisnaen ise savcının veya onun yardımcısı sıfatıyla kolluk amirinin vereceği yazılı arama emri üzerine, kişinin özel hayat alanına yapılan bir müdahale ile, kişilerin mesken, işyeri, aracı ve sair yerlerinde, üstünde eşyasında yapılan ve kişiyi geçici olarak özgürlüğünden yoksun bırakan bir araştırma işlemidir. Yani çok genel bir ifade ile, adli arama suç sonrası yapılan araştırma faaliyetidir.⁸

AÖAY’nde adli aramanın tanımı yapılmış olmasına rağmen önleme armasının tanımı yapılmamıştır. Önleme araması; makul ve kabul edilebilir bir sebebe bağlı olarak milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması ve bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde ve eşyanın tespiti için, kişinin üstünde, üzerinde bulunan özel kâğıtlar ve diğer eşya ile aracında kural olarak hâkim kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise mülki amirin vereceği yazılı emir üzerine yapılan araştırma işlemidir.

Arama gizli ve saklı olan şeylerin bulunmasını hedef alan bir faaliyettir.⁹ Bu nedenle gizli tutulmamış ve kişi tarafından isteği ile alenileştirilen şeyler arama kapsamında değildir. Ayrıca gözle görülen, burunla koklanan ve kulakla duyulan şeyler de gizli tutulmuş sayılmaz. Dolayısıyla bu tür şeylerin bulunmaya

Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1989, s.3; **DERDİMAN** Ramazan Cengiz, (Türk Hukukunda) Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Hukuki İstisnası Olarak Adli Arama ve İnsan Hakları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.14; **ERYILMAZ** M.B.,..Durdurma ve Arama., s.32; **KUNTER** Nurullah/**YENİSEY** Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1998, s.670; **ÖNDER** Ayhan, Ceza Muhakemeleri Usul Hukukunda Arama, İHFM 1963, S.3, C.XXIX, s.424 vd; **ÖZBEK** Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s.17; **ÖZTÜRK** Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1995, s.484 ; **SOYASLAN** Doğan, Ceza Muhakemeleri Usul Hukuku, Ankara 2000, s.217; **TOROSLU** Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1998, s.224; **YURTCAN** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Y.2002, s.573

⁸ **YILDIZ** Ali Kemal, Mevzuatımızda Son Değişiklikler ve Özellikle “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” Çerçevesinde Arama ve Uygulaması, PD, S.36, s.2

⁹ **ÇİMEN**, s.3; **YURTCAN** Erdener,Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, C.1,s.736.; **YURTCAN**, Yargılama s.573; **YENİSEY** Feridun,Yargıtay, Askeri Yargıtay Kararları ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesinin Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller, “Tebliğ”, in:Savaş Vural /Mollamahmutoğlu Sadık,Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu,C.I, Ankara 1995, s.616; **ERYILMAZ**, s.33; **ÖZBEK**, s.17

çalışılması teknik anlamda arama sayılmaz. Örneğin durdurulan bir aracın koltuğunda gözle görülen bir tabancanın ele geçirilmesi veya uyuşturucu madde olup olmadığının tespiti için çantanın köpeğe koklatılması teknik anlamda arama değildir.¹⁰

Arama, toplum menfaatleri ile bireyin menfaatlerinin karşı karşıya kaldığı bir durumda toplum menfaatlerinin korunması düşüncesiyle ve bireylerin bazı temel haklarının sınırlandırılmasına sebep olacak şekilde yürütülen bir faaliyettir. Aramada başlıca özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve vücudun dokunulmazlığı gibi temel haklar sınırlandırılmış olur.

Arama, suçu önlemek amacıyla suç işlenmeden önce yapılabileceği gibi suç işlendikten sonra delillerin elde edilmesi ve/veya sanığın veya şüphelinin yakalanabilmesi amacıyla da yapılabilir. Suç işlenmeden önce yapılan aramaya önleme araması, suç işlendikten sonra yapılan aramaya adli arama denir

Arama, kişinin üzerinin aranması şeklinde olabileceği gibi kişinin evinin, işyerinin, aracının aranması şeklinde de olabilir.¹¹ Bu da aramanın yapıldığı yere göre çeşitlerini ortaya koyar.

Önleme araması özünde idari nitelikte bir işlem olmasına rağmen sınırlandırılmalarına sebep olduğu temel haklar nedeniyle karar sürecinde adli bir boyut kazanır. Bu nedenle sırf idari nitelik taşıyan denetimden¹² farklıdır.

II. ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuk toplumunda yaşayan her fert, can ve mal güvenliği içinde yaşama hakkına sahiptir. Bu hak temel hakların en önemlilerindedir.¹³ İnsanın sahip olduğu yaşama hakkı soyut bir hak olmayıp güvenlik içinde bir yaşama anlamındadır. Bir başka ifadeyle insan, içinde yaşadığı toplumda, hayatına, vücut

¹⁰ YENİSEY Feridun, İnsan Hakları Açısından ARAMA, ELKOYMA, YAKALAMA ve İFADE ALMA, Mart-Haziran 1995, s.7

¹¹ Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz (AÖAY md 19/son.)

¹² AÖAY, md.13

¹³ AVCI Mustafa, “Önleme Hapsi”, KHukA, Mart 2001, s.1 vd

bütünlüğüne, meskenine, malvarlığına ve sahip olduğu diğer değerlere her türlü saldırıdan emin olarak yaşamak, toplum da suçluluğun olmadığı bir ortam ister.

Devlet olarak örgütlenmiş toplumlarda halkın dirlik, düzen ve güvenini sağlama görevi kolluk güçlerine verilmiştir. Kolluğun asli görevi suçun işlenmesine engel olmak ve bu amaçla gerekli önleyici tedbirleri almaktır.¹⁴ Bir suç işleneceği planından haberdar olan veya bir suçun işlendiğini öğrenen kolluk görevlileri, suçun işlenmesini önleyecek veya işlenmesine son verecek tedbirleri almakla yükümlüdürler. Bu görevlerini yerine getirmemeleri halinde haksızlık yapmış olurlar ve sorumlu tutulurlar.¹⁵

Devlet denilen olgunun temel varlık nedeni, insanların kendilerini güvende hissetme gereksinimi ve insan haklarının korunmasıdır.¹⁶ Bu nedenle devlet, ülkesinde huzur ortamını oluşturmak ve bu ortamın devamını sağlamak zorundadır. Bunun içindir ki devlet, suça giden yolları kapatmaya eğer bu yolları kapatamıyorsa işlenmiş olan suçları tespit edip suçluları cezalandırmaya çalışır. İşte devlet bu amaçlara ulaşmak için bireylerin özgürlüklerine müdahale teşkil eden bir takım yetkilere sahiptir.

Adli arama ve önleme aramasının, gizli olanı bulmaya yönelik bir tedbir olması nedeniyle mahiyetleri benzese de, aramanın hukuki niteliğinin tespitinde, aramanın adli veya önleme araması olması önem arz eder.

Devlet, suçun işlenmesi ve bunun neticesinde doğacak zarar ihtimaline binaen, uzak ta olsa bir tehlikenin varlığı nedeniyle, bir takım önleme tedbirleri alır.¹⁷ Önleme amaçlı arama da bir önleme tedbiridir. Çünkü, önleme amaçlı aramada da bir suç işlenmesi ihtimalinin doğurduğu bir tehlike vardır, ancak bu tehlike uzaktır.¹⁸ Yapılacak önleyici nitelikteki arama ile bu uzak tehlikenin

¹⁴ **GELERİ** Aytekin/**SOYSAL** Mustafa/ **KAYGISIZ** Mustafa/**ARSLAN** Tamer Azem, Önleyici Polis Hizmetleri, Ankara 2001 (Polis Akademisi Yayınları) s.5

¹⁵ **ÖZGENÇ** İzzet/**ŞAHİN** Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001, s.137, **AVCI** Mustafa, “Önleme Hapsi”, KHUKA, Mart 2001, s.1 vd.

¹⁶ **ÇEÇEN** Anıl, Devlet ve İnsan Hakları, TBBD, S.6, s.826

¹⁷ **KUNTER** Nurullah, “Tehlike Tedbiri” Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz, İHFM, C.XXXIV, S.1-4, s.28. Önleme tedbirlerinin uygulanabilmesi için tehlike ve haklılık şartlarının varlığı gerekir.

¹⁸ **CİHAN/YENİSEY**, s.160; **ERYILMAZ**, ..Durdurma ve Arama., s.36; **DERDİMAN**, s.10

ortadan kaldırılması, yani suç işlenmesine engel olunması amaçlanır. Kolluğun yapacağı bu arama işlemi ceza muhakemesinden önce yapılan ve ceza muhakemesi ile alakası olmayan idari bir işlemdir.¹⁹

Eğer devlet, almış olduğu tedbirlere rağmen suçun işlenmesine engel olamamışsa, düzeni bozanları tespit edip cezalandırma yoluna gidecektir. Çünkü devlet hukuk düzeninin kurulması için bu düzeni ihlal edenlere ceza müeyyidesi reaksiyonu ile karşı koyar.²⁰ Devletin suç ve suçluyu tespiti ve cezalandırabilmesi, ceza muhakemesi aracılığıyla olur. Suç teşkil eden fiilin işlenmesiyle başlayan ve uyumsuzluğu ortadan kaldırmak için iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinin tümüne ceza muhakemesi denir.²¹ Ceza muhakemesinin gayesi, bireylerin hak ve hürriyetlerini teminat altına alarak ve toplumun menfaatlerini koruyarak, hakikatin araştırılması ve adaletin sağlanmasıdır.²² Yani Ceza muhakemesi insan hakları ihlallerine meydan vermeden suçluların tespiti ve cezalandırılması amacını güder. Suçluların tespiti ve cezalandırılmaları ise kuşkusuz ki bunların delillerle ispat edilmesine bağlıdır.²³

Gerek ceza muhakemesinin sağlıklı biçimde yapılabilmesi gerekse de yapılan muhakeme sonucunda verilen kararların uygulanabilmesinin temini açısından, bu faaliyet devam etmekte iken bazı önlemlere başvurmak gerekir.²⁴ İşte henüz muhakeme neticelenmeden ve kesin hüküm verilmeden, bir takım temel haklara müdahale teşkil edecek şekilde, ceza muhakemesinin yapılabilmesi ve/veya muhakeme sonucunda verilecek kararın infazının sağlanabilmesi ve/veya yargılama giderlerinin karşılanabilmesi amacıyla²⁵ başvuru tedbirlere koruma

¹⁹ **CİHAN /YENİSEY**, s. 209; **YENERER** Özlem, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.88

²⁰ **ÖNDER**, s.424

²¹ **TOSUN** Öztekin, Ceza Muhakemesinde İhtiyat Tedbirleri, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1968, Y.2, S.3, s.7

²² **CİHAN** Erol, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM, 1962, C.XXVIII, S.1-4, s.702

²³ **KAYMAZ** Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı(Yasak) Deliller, Ankara 1997, s. 135

²⁴ **YURTCAN**, Yargılama, s.484; **CENTEL Nur/ZAFER** Hamide, s.204

²⁵ Bu tedbirler aynı zamanda yapılan yargılama sırasında suçun yeniden yaşanabilmesini sağlarlar. **SOYASLAN**, s.209; **TOSUN**, İhtiyat Tedbirleri, s.7

tedbirleri denir.²⁶ Koruma tedbirleri, iyi bir ceza muhakemesinin yapılabilmesi açısından gerekli şartların sağlanması amacıyla hizmet eder.

Adli nitelikteki arama da bir koruma tedbiridir. Çünkü adli amaçlı arama da, bir takım temel haklara müdahale ederek, suçluların yakalanmasını ve delillerin elde edilmesini amaçlayan ve ceza muhakemesine hizmet eden bir araçtır. Bir koruma tedbiri olan adli aramanın, koruma tedbirlerinin ortak özelliklerine sahip olması gerekir.

Koruma tedbirlerinin ortak özelliklerini kısaca belirtmek gerekirse, *I-koruma tedbirleri geçicidir.* Çünkü amacına ulaştığında veya ulaşma ihtimali kalmadığında sona erer. Bir koruma tedbiri olan arama da, aramaya konu olan delilin elde edilmesi veya aranan kişinin yakalanması halinde veya bu amaçların elde edilmesi ihtimali ortadan kalkması örneğinin aranan kişinin aranan yerde olmadığı anlaşılması halinde sona erer.²⁷

II- koruma tedbirleri bir araçtır. Koruma tedbirleri yargılamanın yapılabilmesine aracılık ederler. Arama koruma tedbiri de delillerin elde edilmesi, şüpheli veya sanığın yakalanmasını temin ederek yargılama sonucunda doğru karar verilmesine aracılık eder. Kısaca hüküm verilebilmesinin aracıdır.²⁸ Ayrıca arama koruma tedbirinin kendine has bir özelliği de şüpheli veya sanığın bulunması halinde yakalamaya, delillerin elde edilmesi halinde ise el koymaya aracılık yani diğer koruma tedbirlerine aracılık etmesidir.²⁹

III-Koruma tedbirleri hüküm verilmeden önce temel hakları sınırlarlar. Koruma tedbirlerinin sınırladığı temel haklar koruma tedbirinin türüne göre değişir.

²⁶ Koruma tedbirleri kavramı açısından öğretide birlik yoktur. CENTEL “koruma tedbiri” CENTEL Nur, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, “Türkiye İçin Nasıl Bir Ceza Yargılama Hukuku” Sempozyumu ‘Tebliğ’, Hukuk Araştırmaları, 1994, C.8, S.1-3, s.69 ; Cihan/YENİSEY “koruma tedbiri”, CİHAN/YENİSEY, s.160; KUNTER/YENİSEY “koruma tedbiri” , KUNTER/YENİSEY, s.602; ÖNDER “muhafaza tedbiri”, ÖNDER,s.425 ; ÖZTÜRK “koruma tedbirleri” ÖZTÜRK,..Ceza Muhakemesi., s.433; SOYASLAN “koruma tedbiri”,SOYASLAN, S.209; Tosun “koruma tedbiri”,TOSUN,Ceza Muhakemesinde İhtiyat Tedbirleri, s.8; YURTCAN “Ceza Yargılaması Önlemleri”, YURTCAN, Yargılama, s.483; YÜCE “zorlayıcı önlem”, YÜCE, Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, EÜHFD, 1980, S.1 s.69, olarak nitelendirir

²⁷ AVCI Mustafa, “Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama”, HPD, S.3, Nisan 2005, s.76

²⁸ ÖZBEK, s.21

²⁹ ÇİMEN, s.18; TOSUN, İhtiyat Tedbirleri, s.12; YURTCAN, Yargılama, s.573; AVCI, Tutuklama, s.76

Örneğin yakalama koruma tedbiri kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını, arama koruma tedbiri de konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, vücut dokunulmazlığı gibi temel hakları sınırlar.

Koruma tedbirlerine başvurulabilmenin bir takım ön koşulları vardır.³⁰ Adli arama da bir koruma tedbiri olduğu için bu ön koşullar adli arama içinde geçerlidir. Bunlar;

I-Görünüşte haklılık bulunmalıdır. Koruma tedbirinin uygulanmasında varolan hakkın görünüşte haklı olmasından kasıt, koruma tedbirinin uygulanmaması halinde başkalarının tehlikede olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olmasıdır.³¹ Koruma tedbirlerine başvurmanın haklı olup olmadığı aslında yargılamanın sonunda anlaşılır. Dolayısıyla tedbirin haksız olması ihtimali her zaman vardır.³² Gerçek manada haklılık yargılama neticesinde ortaya çıkacağından gerçekte değil görünüşte haklılık koşulu aranmıştır.³³ Görünüşte haklılığın var olup olmadığını tedbirin uygulanmasına karar veren makam değerlendirecektir.³⁴ Tosun'a göre görünüşte haklılık, vatandaşların çoğu tarafından tedbirin haklı karşılanması, yadrganmamasıdır.³⁵

II-Gecikmesinde tehlike bulunmalıdır. Koruma tedbirlerinin hepsi zaman geçmesi ile doğacak tehlikeyi, delillerdeki değişme ihtimalinin sonuçlarını önlemeyi amaç edinirler.³⁶ Arama koruma tedbiri açısından gecikme de tehlike bulunması hali aramanın neticesiz kalması ihtimalidir.³⁷ Yani hemen arama yapılmazsa deliller

³⁰ CENTEL/ZAFER, s.206; CİHAN/YENİSEY, s.162; ÖZTÜRK, ..Ceza Muhakemesi..,s.270; SOYASLAN, s.209; YURTCAN, Yargılama s.485; YÜCE , ..Zorlayıcı Önlem.., s.72

³¹ CİHAN/YENİSEY, s.162

³² AVCI, Tutuklama, s.76

³³ ÖZBEK, s.21; ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.37

³⁴ YURTCAN, Yargılama, s.487

³⁵ TOSUN, İhtiyat Tedbirleri, s.11

³⁶ TOSUN, İhtiyat Tedbirleri, s.9; YÜCE, ..Zorlayıcı Önlem.., s.72

³⁷ AÖAY nin 4/a maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hal “Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini,” ifade eder.

yok olabilecek veya sanık veya şüpheli kaçacaksa gecikmede tehlike vardır. Bunun neticesinde de ceza yargılaması bundan zarar görecektir.³⁸

III-Oranlilik ilkesi ihlal edilmemelidir. Tedbirin gerektirdiği müdahale ile işin önemi ve var olan şüphenin kuvveti arasında orantı bulunmalıdır. Yani kısaca koruma tedbiri ile işin önemi arasında uygun bir orantı bulunmalıdır.³⁹ Arama koruma tedbirine başvurulması halinde ihlal edilecek temel hakkın ağırlığının elde edilecek fayda karşısında çok önemli olmaması, daha doğru bir ifade ile ihlal edilecek temel hak ile elde edilecek fayda arasında bir dengenin bulunması gerekir. Bu ilkenin doğal bir neticesi de, daha hafif bir önlem neticenin elde edilmesini sağlıyorsa daha ağır önlemin uygulanmamasıdır. Arama koruma tedbiri açısından, verilen arama kararında aranan kişinin veya eşyanın net olarak gösterilmesi ve böylece müdahalenin sınırlandırılması oranlilik ilkesi kapsamındaki güvencelerdendir.⁴⁰

IV-Kanunla düzenlenmiş olmalıdır. Koruma tedbirinin uygulanabilmesi için tedbirin uygulanacağı kanunla önceden düzenlenmiş olması gerekir.⁴¹ Çünkü yargılama faaliyeti devam etmekteyken ve henüz işin esasını çözen bir karar verilmemiş iken temel haklar sınırlandırılmaktadır.

V-Suç şüphesinin belirli bir yoğunlukta olması aranır: Koruma tedbirlerinin hepsi için ortak bir şüphe standardı getirmek imkânsız olmakla birlikte bütün koruma tedbirleri için şüphenin belirli bir düzeye gelmesi gerekmektedir. Arama koruma tedbiri açısından da şüphenin somut durumda belirli bir yoğunluğa erişmiş olması gerekir.⁴²

Ceza muhakemesinde başvuru bu tedbirlerin hepsinde zorlayıcılık unsuru vardır ve bu tedbirler uygulanması sonucu hak ve hürriyetler hafif veya

³⁸ YURTCAN, Yargılama, s.486

³⁹ AVCI, Tutuklama, s.76; CENTEL/ZAFER, s.206; YÜCE, ..Zorlayıcı Önlem., s.72-73

⁴⁰ YENERER, s.22

⁴¹ YÜCE,..Zorlayıcı Önlem., s.74; Anayasanın Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13. maddesine göre “Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve *ancak kanunla sınırlanabilir*. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

⁴² dfbi bkz çalışmanın makul şüphe kısmı, s.41 vd.

ağır bir şekilde kısıtlandıklarından, kişinin hak ve hürriyetleri ile yakından ilgilidirler. Bu sakıncaların ortadan kalkması açısından, koruma tedbirlerinin kanunlarda düzenlenmiş olması ve istisnalar haricinde hâkim kararı ile uygulanabilmeleri önemlidir.⁴³

Koruma tedbirleri için belirtilen bütün bu özellikler adli arama içinde geçerlidir. Adli arama temel haklara müdahale niteliğini iki boyutta gerçekleştirir. Birincisi arama icrası nedeniyle özel hayatın gizliliğini ihlal ederler ikinci olarak ta arama sonucunda ele geçen taşınırların muhafaza altına alınması ve hatta müsadere edilebilmesi nedeniyle mülkiyet hakkına müdahale ederler.⁴⁴

III.ARAMA HUKUKUNDA TEMEL İLKELER

A-Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti düşüncesi 17. ve 18. yüzyılda Kara Avrupa’ında ortaya çıkan⁴⁵ ve kamu menfaati düşüncesi ile kişi hak ve özgürlüklerine sınırsız müdahale edebilen, hiçbir sınır ve denetim tanımayan, “kamu gücü” olarak tanımlanabilen Polis Devleti anlayışına karşı ortaya çıkmış bir devlet anlayışıdır.⁴⁶

Hukuk devleti faaliyetlerinde hukuka bağlı olan, kişilere hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir.⁴⁷ Bu aynı zamanda hukuk devleti ile polis devletinin farklılığını ortaya koyan başlıca özelliktir.⁴⁸

⁴³ YENERER , s.7

⁴⁴ DİRDİMAN ,s.13

⁴⁵ Hukuk devleti fikri kara Avrupa’sı kamu hukuklarının yaşadığı evrimde ortaya çıkmıştır. Temelinde müeyyideyi koyanında koyduğu müeyyidenin muhatabı olması, yani hukuku koyanında hukukla bağlı olması fikrine dayanır.Bu fikir; hukuken denetlenebilen iktidarın keyfi iktidarların, hukuken sorumlu organların sorumluluğu olmayan organların yerini alması ve nihayet hukuk düzeninde sadece özel kişilerden gelen ihlallere cevabın değil, resmi görevli kişilerden gelen ihlallere cevabın da düzenlenmiş olması fikirleriyle olgunlaşmıştır. **HAFİZOĞULLARI** Zeki, Türk Hukuk Düzeninde “Hukukun Üstünlüğu Prensibi” Sorunu, ABD 2002, S.1, s. 23 dn.33; **ÇEÇEN**, s.839

⁴⁶ **GÜNDAY** Metin, İdare Hukuku, Ankara 1999, s. 24

⁴⁷ **GÖZLER** Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa 2001, s.209

⁴⁸ **ÖZDEN** Yekta Güngör, Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu Açılış Konuşması, in; Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu ve Semineri, İBY, 1. Bası İstanbul, Ekim 1996, s. 199

Anayasa mahkemesi bir kararında hukuk devletini,“insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü gören, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir” şeklinde tanımlamıştır.⁴⁹

Hukuk devletinin vazgeçilmez şartlarından birisi yürütmenin eylem ve işlemlerinin yargı organlarınca denetlenmesidir.⁵⁰ Yönetenlerin keyfililiğinin söz konusu olduğu Polis devletinin aksine Hukuk devletinde yönetilenlerin yanında yönetenlerde hukuka bağlıdır.⁵¹

Yürütmenin eylem ve işlemlerinin yasalara uygunluğu hukuk devletinin varlığı için gerekli olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Tam anlamıyla hukuk devletinden bahsedebilmek için yürütmenin eylem ve işlemlerinin yasalara uygunluğunun denetiminin yanında, yasamanın işlemlerinin de Anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca denetlenmesi gerekir.⁵²

Ceza muhakemesi açısından Hukuk devleti, suç ve suçlulukla insan haklarını ihlal etmeden mücadele eden ve maddi gerçeği buna dikkat ederek tespit etmeye çalışan devlettir.⁵³ Suçlulukla mücadelenin, birçok ulusal ve uluslar arası belgede güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere uygun olarak yapılması, hukuk devletinin vazgeçilmez bir özelliğidir. Yani, hukuk devletinde maddi gerçeği araştırma ve ortaya çıkarmaya çalışan devletin sahip olduğu yetkileri sınırsız değildir.⁵⁴ Çünkü kamu düzeni ve hürriyetler arasındaki hassas dengenin

⁴⁹ An.Mah. E.63/124, K.63/243, AYMKD 1964, s.348

⁵⁰ **BALTA** T.Bekir/**KUBALI** H.Nail, Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı, AÜSBFD, Eylül 1960, S.39, C.XV, s.8; **ÖZER** Atilla, Hukuk Devleti, PD, S.36, s.47; Anayasa Mahkemesi 01.10.1991 tarih ve 1990/40 E ve 1991/43 K sayılı kararında “Hukuk devletinde yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur.Bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi yargısal denetimdir” demiştir.R.G. 07.02.1992-21135

⁵¹ **ESENER** Turhan, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1998, s.52;**TEZİÇ** Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s.136

⁵² **ÖZBUDUN** Ergun, Türk Anayasa Hukuku s.118 vd; **KAPANİ** Münici, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993, s.200; **HAFIZOĞULLARI** Z., ..Hukukun Üstünlüğü..., s.31

⁵³ **ÖZTÜRK** Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995, s.3;

⁵⁴ **YENİSEY** Feridun, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu “Tebliğ”,in. aynı adlı kitap, İBY, Ekim 1996,s.138; Demokratik hukuk devletlerinde devlet gücünün çağdaş sınırı “İnsan Haklarıdır”,**SAVCI** Bahri, İnsan Hakları Üzerine, Uluslar arası Alanda, “Norm-İlke”ler ve Türk İç

korunması Hukuk devletinin amacı ve varlık sebebidir.⁵⁵

Hukuk devletinde kanuni idare (yasal yönetim) ilkesi hâkimdir. Bu ilke gereğince idarenin temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bir davranışta bulunabilmesi için bu davranışın yasal dayanağının olması gerekir.⁵⁶ Bu nedenle, temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden koruma tedbirlerinin de yasada açıkça yazılı olması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.⁵⁷

Hukuk devleti ilkesinin bir diğer özelliği de, devlet faaliyetlerinin belirliliğidir. Yani idarenin davranışları idare edilenlerce önceden öngörülebilir olmak zorundadır.⁵⁸ Bu ilkenin arama açısından önemi, kişinin ne zaman ve hangi şartlarda idarenin arama işlemi gibi bir işlemine muhatap kalabileceğini bilmesi ve her an aranma korkusunun olmamasıdır. Bunun aksine, kişilerin bu korku nedeniyle güvensizlik duygularının artması, hukuk devletinin çöküşünün başlaması demektir.⁵⁹

Hukuk devletinde bireyin devletin ve çevrenin müdahalesinden korunmuş özel yaşam alanı garantisi vardır ve bu yaşam alanında kural olarak sadece bireyin egemenlik yetkisi vardır.⁶⁰ Devlet bu özel yaşam alanına keyfi şekilde müdahale edemez. Bir müdahale şekli olan aramanın da, keyfiliğe engel olacak şekilde, yasalara uygun biçimde uygulanması gerekir.

Konumuz bakımından hukuk devleti, suçun işlenmesini önlemek ve/veya işlenmiş suçların faillerini hak ettikleri cezaya çarptırmak için yaptığı işlemlerde insan hakları ihlallerine yol açmamaya çalışan devlet demektir. Bir yandan suç

Hukuku, AÜSBFD, Y.1980, C.35, 1-4, s.7; **TEZCAN** Durmuş, Organize Suçlar ve Bu Suçlarda Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması, AD, Nisan 2000, Y.91, S.3, s.14

⁵⁵ **KAPLAN** İbrahim, Demokrasi-Hukuk-Otorite, AÜSBFD Prof.İlhan Öztrak'a Armağan Özel Sayısı,1994, C.49, S.1-4, s.269

⁵⁶ **BALTA/KUBALI**, s.3; **GÜNDAY** 28-29; **ATAY** Ender Ethem, İnsan Haklarının Gerçekleştirilmesi Şartı Olarak Hukuk Devleti, PD, S.36, s.104

⁵⁷ **YÜCE**, Zorlayıcı Önlem, s. 74

⁵⁸ **GÜNDAY**, s.30

⁵⁹ **KAPLAN**, s. 270

⁶⁰ **ÇEÇEN**, s.833; **SELÇUK** Sami, Hukuk Devleti, YD, C.21, Temmuz 1995, S.3, s.201; **ŞİMŞEK** Oğuz, Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı(Anayasa Hukuku Açısından Bir Yaklaşım), İz.BD, Nisan 1998, s.88.

işleyenleri cezalandırmak suretiyle toplumun çıkarlarını korumak, diğer yandan suçsuzların cezalandırılmasını önlemek suretiyle şüphelinin/sanığın çıkarlarını garanti altına almak gerekir.⁶¹

B. İnsan Haysiyetinin Dokunulmazlığı İlkesi

İnsan haysiyeti, hukuk devleti olan bir devletin anayasasının dayandığı değerlerin başında gelir. İnsan haysiyetini en yüksek değer olarak kabul etmek, hukuk devleti ve demokratik devlet olmanın ön şartıdır.⁶² Bütün temel haklar, insan haysiyeti uğruna gerekli görüldükleri için ve hepsinin temelinde yatan ortak düşünce olması nedeniyle, insan haysiyetinden kaynaklanırlar ve dahi insan haysiyetinin bağımsızlaşmış parçalarıdır.⁶³

Her insan, kişi olması nedeniyle insan haysiyetine sahiptir⁶⁴. Suç işlemiş şüphesi altında olmak ve hatta hüküm giymiş olmak, insan haysiyetine sahip olmamak anlamına gelemez.⁶⁵

İnsan haysiyetinden vazgeçmek mümkün değildir. Bu nedenle fail insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya razı olsa bile bu vazgeçme geçerli değildir.⁶⁶

İnsan haysiyeti nedir? İnsan haysiyeti, insanı diğer varlıklardan ayıran şeydir; onun kişiliğidir.⁶⁷ İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi hayatını şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran

⁶¹ **AVCI** Mustafa, “Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i maruf) Uygulaması”, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, S:147, Aralık 2003, s.45.

⁶² **YÜCE** T.Tufan, Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri, TBBD, 1988, S.1, s.158–159

⁶³ **GÖREN** Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995, s 9

⁶⁴ **GÖREN**, s.50

⁶⁵ **YÜCE**, Ümanist , s.158

⁶⁶ **ÖZTÜRK**, Ceza, s.7; Her insanın insan olmasından dolayı asgari bir onuru vardır ve kişinin bu onurundan vazgeçmesi mümkün değildir. Hatta başkasının kendisini tahkir etmesine rıza göstermesi bile, fiili suç olmaktan çıkarmaz. Dahası isnat edilen tahkir edici fiilin gerçek olması da tahkirin suç olmasına engel teşkil etmez. **AVCI** Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004, s.206

⁶⁷ **YÜCE**, Ümanist s.159

manevi güç ve hür iradedir.⁶⁸ Anayasa Mahkemesi bir kararında, insan haysiyetinin ne olduğunu şöyle tanımlamıştır “İnsan ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele, ona muhatap olanı insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunması zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir”.⁶⁹

Anayasamızda bütün çağdaş anayasalar gibi insan haysiyetinin önemini birçok maddesinde vurgulamıştır. Anayasanın Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünün Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının düzenlendiği 17/3. maddesinde “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” hükmü, düzeltme ve cevap hakkı başlıklı 32/1. maddesinde “*Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.*” hükmü, insan haysiyetinin önemini vurgulandığı hükümlerden bazılarıdır.

İnsan haysiyetinin arz ettiği önem, onun uluslar arası birçok metinde düzenlenmesine sebep olmuştur.10 Aralık 1984 tarihli İşkence ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza ve Davranışları Önleme Sözleşmesi, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme, insan haysiyetinin korunmasına ilişkin hükümler içermektedir.⁷⁰ AİHS 3.maddesinin getirdiği koruma insan haysiyetine karşı pek çok saldırıyı da kapsar⁷¹.Yine İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin(İHEB) 5. maddesinde “*Hiç kimse zalimce, insanlık*

⁶⁸ **ÖZTÜRK** Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti(Hazırlık Soruşturması), s.68

⁶⁹ An.Mah.28.06.1966,E.1963/132,K.1966/29 (AMKD.S.4,s.187)

⁷⁰ dfbi bkz **KORKUSUZ**, s. 66

⁷¹ AİHM Valasinas&Litvanya 24 temmuz 2001 tarihli kararında, insanı küçük düşürecek şekilde yapılan üst aramasının insan haysiyetinin dokunulmazlığını ihlal ettiğini belirtmiş ve bu nedenle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. in;**REİDY** Aisling, AİHS'nin 3.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz(İşkencenin Yasaklanması),İnsan Hakları El Kitapları No:6, s.27

dışı, onur kırıcı cezalara ve işlemlere uğratılamaz” yönündeki düzenleme insan onurunun dokunulmazlığını anlatmaktadır. İHEB 5. maddede geçen “hiç kimse” tabirinden de anlaşılacağı üzere, eşitlik ilkesi insan haysiyeti kavramının bir unsurudur.⁷² Eşitlik ilkesinin arama açısından arz ettiği önem, kişilerin dil, dın, ırk ve renk gibi farklılıkları nedeniyle sırf bu nedenlerle aramaya muhatap kalmamaları gerektiğidir. Bu nedenle özellikle önleme amaçlı aramalarda bu husus nazara alınmalıdır.⁷³

Bu ilke, özellikle aramanın icrasında, aramayı icra edenlerin, aramaya maruz kalan kişilere karşı davranışlarında göz önüne alınması gereken bir ilkedir.⁷⁴ Burada şunu da vurgulamak gerekir ki, onur kırıcı muamele, bireyi başkalarının veya bizzat kendisinin gözünde küçük düşüren muameledir⁷⁵. Bu nedenle özellikle üst araması şeklindeki arama işlemleri, başkalarının gözünün önünde olmayan bir yerde yapılıyor olsa bile, kolluk memurunun arama sırasında söz ve davranışlarıyla karşıdakinin haysiyetini ihlal etmemeye çalışması gerekir.⁷⁶

İnsan haysiyeti dokunulmaz olmakla birlikte, sınırsız değildir. İnsan haysiyetinin varlık sebebi olan hukuk devleti ilkesi, aynı zamanda onun sınırlarını da belirler. Çünkü insan hukuk devletinde yükümlülükleri olan bir varlıktır ve bu yükümlülüklere uymaması halinde bir takım yaptırımlara maruz kalabilir. Bu da

⁷² ÖZTÜRK, Ceza, s.7

⁷³ Eşitlik ilkesi açısından AÖAY'nin 15/son maddesindeki düzenleme dikkate değerdir. Bu maddede önleme aramalarında herkesin üzeri aranmıyorsa, işlem sondaj usulü gibi objektif unsurlara dayandırılır hükmü yer almaktadır

⁷⁴ Yasa Uygulayıcıların Davranış Kurallarına Dair Uluslararası Sözleşmenin-ki bu sözleşme BM tarafından 1979 tarihinde bir anlaşma olarak tespit edilmiştir-5. maddesinde de yasa uygulayıcıların hiçbir sebeple onur kırıcı bir davranışta bulunamayacakları belirtilmiştir, in: **ATASOY** Ömer Adil, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu, Anayasa Mahkemesinin 40.Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu “Tebliğ”, AYD, An.Mhk.Yay.No.49,2002

⁷⁵ AIHM'e göre, kişide korku, anksiyete ve aşağılık duygusu yaratan, alçaltıcı ve küçük düşürücü nitelik taşıyan ve vicdanının aksine harekete yönelen fiil ve uygulamalar küçük düşürücü muameledir. **ERGÜL** Ergin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İşkence Yasağı ve Türk Mevzuatı, AD, S.19, Y.95, Mayıs 2004, s.8

⁷⁶ Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunun 3.12.2002 tarihili kararıyla TBMM Başkanlığına sevedilen CMK tasarisının 1/4-3 maddesinde “*Zorlayıcı Tedbirler, hiçbir suretle kişilik onurunu zedeleyemez...*” hükmü yer almaktaydı ancak maalesef bu düzenleme kanunda yer almamıştır.

insan haysiyetinin sınırsız olmadığını gösterir.⁷⁷ Bu nedenlerle şartların oluşması halinde aramaya maruz kalmak insan haysiyetinin ihlali değildir.

C. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

İnsan hayatının genel ve özel olmak üzere iki yönünün olduğu kabul edilir. Hayatın özel yönü de “özel hayat” ve “hayatın gizli alanı” olmak üzere ikiye ayrılır.⁷⁸

Hayatın genel yönü kişinin toplum içinde yaşadığı belirli ölçüde aleni olan hayatıdır. Özel hayat ise bir kimsenin ancak istediği kişilerle paylaşabileceği ve özellikle yakınları tarafından bilinebilen, aleni olmayan hayatıdır.⁷⁹ Özel hayatın başlıca unsurları, gizlilik ve bağımsızlıktır.⁸⁰ Hayatın gizli alanı da, şahsın kimseyle paylaşmadığı, aleni olmayan ve kişinin kendisiyle baş başa kaldığı hayatıdır⁸¹ ve bu nedenle mutlak bir koruma altındadır.

Herkesin istediği gibi şekillendirdiği, kamusal hayatındaki hedeflerine ulaşabilmek açısından dilediği hayat şeklini yaşayabileceği, başkalarının gözlerinden ve müdahalesinden uzak bir hayat alanına ihtiyacı vardır.⁸² Bu nedenle demokratik hukuk devletlerinde bireylere maddi ve manevi varlıklarını istedikleri doğrultuda gerçekleştirip şekillendirdikleri bir “hayat alanı” tanınır. Buna kısaca “bireyin küçük dünyası” da denilebilir. Bu alan ne kadar geniş ise o ülkedeki siyasi sistem o kadar demokratik ve hürriyetçi, ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoriterdir.⁸³ Özel hayatın gizliliği ve buna saygı gösterilmesini isteme

⁷⁷ **ÖZTÜRK** Bahri, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar, MBD, Y.6, S.22, s.34; **YENERER**, s.32

⁷⁸ **ÖZTÜRK** Bahri, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, MBD, Y.11 S.41, s.5

⁷⁹ **İMRE**, s.149; AİHM e göre özel hayat tanımlanamayacak kadar geniş bir alandır ve herkesin özgürce kişiliğini oluşturduğu ve geliştirdiği bir alanı içerir.in;**KİLKELLY** Ursula, AİHS'nin 8.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz(Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı),İnsan Hakları El Kitapları No:1,2003, s.9

⁸⁰ **KORKUSUZ**, s.247

⁸¹ **İMRE**, s.149; **ÖZBEK**, s.28

⁸² **ERYILMAZ**,..Durdurma ve Arama.., s.65

⁸³ **ÖZTÜRK**, Özel Hayatın Gizliliği, s.4

hakkı, demokratik hukuk devletlerinde devletin vermesi gereken en önemli haklardan olup, bu hakkın tanınmaması, insan haysiyetinin ortadan kalkmasına ve totaliter bir rejimin oluşmasına sebebiyet verir.⁸⁴

Özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı, bir yandan bireyin devlet ve müdahalesi olmaksızın hayatını sürdürebilmesi şeklinde bir negatif statü hakkı⁸⁵, diğer yandan da bireyin özgürlüğünün sağlanması için devletin gerekli ortamı yaratacak edimlerde bulunmasını gerektiren bir pozitif statü hakkıdır.⁸⁶ Yani devlet, alacağı pozitif tedbirlerle, gerek kendisinin gerekse üçüncü kişilerin özel hayata müdahalesini engelleyerek ve kişinin kendisini savunabileceği gerekli koşulları oluşturarak, özel hayatı güvence altına almak zorundadır.⁸⁷

Özel hayatın belirli bir mekân sınırlaması yoktur ve kişinin kendisine ait bir yerde bulunması özel hayatın varlık şartı değildir. Kişi nerede olursa olsun işyeri, otel veya hapisane gibi, mutlaka korunması gereken bir özel hayatı vardır.⁸⁸

Bir kişinin gizli ve bağımsız olan hayatının kamu makamlarından kaynaklanan ve yasal olmayan müdahalelere karşı korunması özel hayatın gizliliği prensibinin kapsamına girer.⁸⁹ Ancak kişinin özel hayatının arz ettiği önem özel

⁸⁴ **DERDİMAN**, s.6

⁸⁵ **GÖREN**, s.24

⁸⁶ **GÖREN**, s.26; **GÖLCÜKLÜ** Feyyaz, İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin “Olumlu”(Pozitif)Yükümü, PD, S.37; AİHS’nin “insan haklarına saygı yükümlülüğü” taşıyan 1.maddesinde ‘yüksek sözleşen taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar’ hükmü yer almaktadır. Özel hayatın gizliliği hak ve özgürlüğü Sözleşmenin birinci bölümünün 8. maddesinde yer alır. Ayrıca AİHM de x& y-hollanda davası 26 Mart 1985 tarihli kararında AİHS 8. maddenin getirdiği korumanın hem negatif bir taahhüdü hem de pozitif bir yükümlülüğü kapsadığına karar vermiştir in; **KİLKELLY**, s.21

⁸⁷ **TEZCAN** Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**SANCAKDAR** Oğuz, AİHS Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s.382

⁸⁸ **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.68

⁸⁹ **KORKUSUZ**, s.247; AİHM 30 Mart 1989 tarihli Chappell-Birleşik Krallık davasında bir kişinin evinde arama yapmanın özel hayata müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir.in; **KİLKELLY** U., AİHS’nin 8.Maddesi.. s. 23

hayata müdahalenin imkânsız olduğu anlamına gelmez.⁹⁰ Bu da özel hayatın, hayatın gizli alanından farkını oluşturur. Özel hayatın dokunulmazlığının düzenlendiği Anayasamızın 20,21 ve 22. maddelerinde de bu husus açıkça düzenlenmiştir. Anayasanın ilgili hükümleri incelendiğinde, özel hayatın korunması üç durumda söz konusu olmaktadır

1-konut dokunulmazlığı

2-haberleşme özgürlüğü, haberleşmenin gizliliği

3-özel eşyanın gizliliği⁹¹

Tüm bu açıklamaların ışığında; arama tedbirinin hayatın genel yönüne değil özel yönüne ilişkin bir müdahale olduğu ve bu müdahalenin ulusal ve uluslar arası standart ve kurallara uygun olarak yapılması gerektiği, aksi halde hukuka aykırı bir müdahale teşkil edeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca hayatın gizli alanına müdahale oluşturacak şekilde yapılacak bir aramanın mutlak anlamda hukuka aykırı olacağı vurgulanmalıdır.⁹²

D. Dürüst İşlem İlkesi

Dürüst işlem⁹³ ilkesi, ceza muhakemesi işlemlerinin, irade serbestliğini engellemeden ve savunma hakkını kısıtlamadan, hukuk devleti ilkesine uyarak, kanunlar tarafından önceden öngörülmüş esaslara göre yapılması anlamına gelir.⁹⁴

⁹⁰ AİHM özel hayata devletçe yapılan müdahalenin AİHS'ne uygunluğunun denetiminde bazı kriterler koymuştur. Bunlar;a-müdahalenin kanunlara uygun olması,b-müdahalenin meşru bir amaca binaen yapılması,c-müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır. in; **KİLKELLY U.**, AİHS'nin 8.Maddesi.. s.2

⁹¹ **KORKUSUZ**, s.24

⁹² Hayatın gizli alanına yapılan müdahaleler insan haysiyetinin ağır ve doğrudan doğruya ihlali niteliğinde olup mutlak delil yasakları kapsamına girer. **ÖZTÜRK**, Delil, s.23 vd

⁹³ Dürüst işlem terimine ilişkin olarak öğretide birlik yoktur. Biz hem adli aramayı hem de önleyici aramayı kapsamı açısından Dürüst İşlem terimini kullanmayı uygun bulduk. Dürüst işlem ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için **FEVZİOĞLU** Metin, “Tanıklık ve Dürüst Muhakeme”, s.1

⁹⁴ **DEMİRBAŞ** Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s.65; **ÖZTÜRK**, ..Koğuşturma..s.73.;**ÖZBEK**, s.32

Bu ilke, soruşturma organlarının sanık ve diğer ilgililere karşı insafli, anlayışlı ve savunmayı kolaylaştırıcı tarzda davranmalarını emreder.⁹⁵

Devlet, bütün eylem ve işlemlerinde olduğu gibi ceza muhakemesi kapsamında kalan eylem ve işlemlerinde de doğruluk kurallarına uymak zorundadır. Kişileri hileli ve yanıltıcı muamelelerle, zor duruma düşürerek yapılacak bir işlem, devletin saygınlığına gölge düşürür. Hele ki yapılan eylem veya işlem, sonunda adaletin gerçekleşmesini sağlamaya yönelik bir ceza muhakemesi işlemi ise, bu daha da önem kazanır. Çünkü adalet vatandaşlarda saygınlık ve güven duyguları uyandırmalıdır. Doğruluk kurallarına uymayan bir adalet bu saygınlığı ve güveni uyandıramaz.⁹⁶

Personel yetersizliği, teknolojik yetersizlikler ve devletin suçla mücadelesini olumsuz yönde etkileyen diğer imkânsızlıklar dâhil hiçbir sebep, suçla mücadelede devletin doğruluk kurallarından ayrılması için bir neden olamaz. Zaten böyle bir muhakeme sonrasında gerçekleşecek adalet gerçek adalet olamaz. Doğruluk kurallarına titizlikle uymayı kendisine amaç edinmemiş sözde bir adaletten ve sırf maddi gerçeği araştırmak amacıyla olan mekanik bir adaletten, adalet adına kaçınmak gerekir.⁹⁷

Kanıtların toplanmasında doğruluk demek bu işte kullanılacak yöntemlerin insan kişiliğine ve adaletin saygınlığına uygun olması demektir.⁹⁸ Örneğin hâkim kararı ile arama yapılması gereken bir durumda, aramaya muhatap kalan kişinin bilgisizliği, eğitimsizliği gibi bir nedenle arama yapanların, kişiye aramaya rıza göstermesinin mecburi olduğu izlenimi vererek arama yapmaları ve de arama yaptıktan sonra rıza ile arama yapılmış gibi bir tutanak tutup kişiye imzalatmaları ve sonucunda hukuka uygun arama yapıldığı görüntüsü vermeleri durumunda, adaletin saygınlığına gölge düşmüş, dürüst muhakeme ilkesi ihlal edilmiş ve hukuka aykırı arama yapılmış olur.

⁹⁵ YÜCE, Ümanist, s.164

⁹⁶ BIYIKLI Hasan İ./BOUZAT Pierre,Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanması Doğruluk Kuralları,YD, Y.1977, S.1, s.98

⁹⁷ BOUZAT/BIYIKLI, s.113

⁹⁸ BOUZAT/ BIYIKLI, s.107

Arama uygulaması sırasında hak ihlallerine sebep olmamak ve hukuk devleti ilkesini zedelememek için önceden belirlenen kurallara riayet etmek gerekir. Ayrıca bu kuralların kişilerce bilinmesi ve bu nedenle onların haklarını arayabilmesi büyük önem taşır.⁹⁹ Arama bakımından son derece önemli olan bu ilke, iddiayı ispat için yapılan faaliyetlerin ve dolayısıyla kovuşturma mecburiyeti ilkesinin sınırını oluşturur.¹⁰⁰

E. Oranlılık İlkesi

Çağımızın özgürlükçü hukuk anlayışı toplumun menfaatleri amacıyla, bireylerin hak ve özgürlüklerine yapılacak ağır müdahalelere cevaz vermez. Bu nedenle aşırılık yasağı¹⁰¹ olarak ta nitelendirilebilecek bu ilkeye göre, tedbirin uygulanması halinde doğacak zarar ile hedeflenen sonuç arasında makul bir oran olması gerekir.¹⁰² Bu oranın, aynı zamanda failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak tedbir arasında da olması gerekir.¹⁰³ Yani araçla amaç, yöntemle hedef arasında bir oran bulunmalıdır.¹⁰⁴ Bu oranın bulunmaması halinde işlem yapılmamalıdır.¹⁰⁵

Koruma tedbiri henüz hüküm giymemiş bir kişinin özgürlük alanına müdahale teşkil ettiğinden ölçülü ve gerekli kullanılmalıdır.¹⁰⁶ Orantılılık toplumun menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasını ifade eder.¹⁰⁷

⁹⁹ **YENERER**, s.37

¹⁰⁰ **ÖZBEK**, s.32

¹⁰¹ **GÖREN**, s. 192; **YÜCE**, Ümanist, s.167

¹⁰² **YÜCE**, Ümanist, s.167

¹⁰³ **YURTCAN**, Şerh, s.714

¹⁰⁴ **AVCI**, Tutuklama, s.76

¹⁰⁵ **ÖZTÜRK**, Koğuşturma, s.73

¹⁰⁶ **YÜCE**, Ümanist, s.167

¹⁰⁷ **YENİSEY** Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, s.102

Ceza yargılaması daha hafif bir önlemlerle amacına ulaşacaksa daha ağır bir işleme başvurulmamalıdır.¹⁰⁸ Oranlilik ilkesinin bir amacını oluşturan bu ilkeye de ikincillik ilkesi denir.¹⁰⁹

F. Suçsuzluk Karinesi İlkesi

Uluslar arası birçok metinde düzenlenmiş¹¹⁰ olan bu ilke gereğince, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukuku müeyyidelerinin uygulanabilmesi, ancak o kişinin kesin hükümlerle mahkûm olması halinde mümkündür.¹¹¹ Bu karine, gerçekte suçlu olsa bile kesin hükümlerle mahkûm olana kadar herkesin suçsuz kabul edilmesini öngörür. Bu karine, suç şüphesi altında bir kimsenin, gerçeğin araştırılmasından önce suçlu saymaya yatkın halkoyuna karşı hukukun bir ihtarıdır.¹¹²

Evensel bir hukuk ilkesi olan bu ilke, Anayasamız tarafından da pozitif temele oturtulmuştur. Anayasanın 38/4. maddesinde “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*” hükmü yer almaktadır. Yine Anayasanın

¹⁰⁸ YURTCAN, Şerh, s.714; AİHM de bu ilkeyi müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığını tespit etmekte bir ölçüt olarak kullanmaktadır. Mahkeme aynı amacı elde etmeye elverişli, hak ve özgürlüğü daha az sınırlayıcı başka bir alternatifin olması durumunda yapılan müdahalenin Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermektedir. TÜRMEŖ Rıza, AİHS Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlanmaları, YD, C.28,S.1-2, Ocak-Nisan 2002, s.208

¹⁰⁹ Bu ilkenin 3842 sayılı yasa ile CMUK 104 maddesinde yapılan değişlikle koruma tedbirlerinden tutuklama açısından bir ilke olarak kabul edilmiştir. Aynı düzenleme 5271 sayılı CMK'nun tutuklama koruma tedbirinin düzenlendiği 100. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre “*İşin önemi, verilmesi beklenen ceza ve güvenlik tedbiri ile orantılı olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez*”; Vergi Usul Kanununun 142-147 maddelerinde düzenlenen mükellef ve üçüncü kişiler nezdinde arama yapabilmek için idarenin başka yollardan bu belgelere ulaşma olanağının bulunmaması gerekir. SABAN Nebil , Anayasa ve İHAS İle Bir Vergi Hukuku Kavramını Okumak: Arama, PD, S.36. s.95-96

¹¹⁰ Örneğın 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 9. maddesi, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 14/2 maddesi, İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Antlaşmasınının 8/2 maddesi, İHEB 11/1 maddesi, AİHS 6/2 maddesi, dfb için bkz KORKUSUZ

¹¹¹ FEVZİOĞLU Metin, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AÜHFD, C.48, S.1-4., 1999, s.139; DEMİRBAŞ, s.68

¹¹² DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, s.111; YÜCE, Ümanist, s.160

15/4 maddesine göre savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bile suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olana kadar kimse suçlu sayılamaz.¹¹³

Bu ilkenin ceza yargılamasında ne kadar önemli bir ilke olduğu birçok yüksek mahkeme kararında da vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında “Ceza hukukunun temel kurallarından biri ‘aslolan suçsuzluk’ ilkesidir” diyerek bu ilkenin önemine değinmiştir.¹¹⁴ Yargıtay verdiği bir kararda “ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararından bahsedilemeyeceğini” vurgulamıştır.¹¹⁵ Suçsuzluk karinesi ilkesinin bağlayıcılığı, sadece mahkemeleri değil bütün devlet organlarını kapsar. Ceza soruşturması açısından ise bu ilke yargılamanın öncesini, yargılama safhasını ve yargılama sonrasını da kapsar.¹¹⁶ Dolayısıyla hazırlık soruşturması esnasında yapılan adli nitelikteki arama açısından da bu ilke nazara alınmak zorundadır.

Bu karinenin iki doğal sonucu vardır bunlardan birincisi sanığın kendisinin suçsuz olduğunu ispatlamak mecburiyetinin olmaması¹¹⁷ yani ispat yükünün sanıkta değil savcıda olması ve ikincisi de şüpheden sanık yararlanır ilkesidir.¹¹⁸

Bu ilke, ceza soruşturmasının her hal ve derecesinde görev yapanlara bir düşünce ve davranış standardı getiren bir ilkedir. Hazırlık soruşturmasının başlamasından ve sanık statüsünün kazanılmasından sonra, hakkında suç şüphesi olan, ancak suçluluğu henüz kesinleşmeyen sanığa karşı, peşin hükümlü olmak ve ön yargılı davranmak, bu ilkenin ihlali niteliğindedir. Yani bu ilke kovuşturma ve

¹¹³ 2002 tarihli CMK tasarısının 1/4 maddesinde “*Şüpheli altında bulunan veya kovuşturulan herkes suçluluğu sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. Kişilerin suçsuzluk karinesine karşı yöneltilen müdahaleler önlenir ve bu karinenin ihlali ile neden olunan zararlar onarılır. Kanunların öngördüğü cezalara ayrıca hükmolunur.*” şeklinde bir hüküm yer almaktaydı. Bu hüküm CMK’da yer almamıştır.

¹¹⁴ An Mhk 1973/37 E.,1975/22 K.,25.02.1975 RG,03.12.1975, No.15431 in;DONAY Süheyl, Sanığın Hakları, s.119, dn. 22

¹¹⁵ YCGK.19.04.1993T,6–79/108;YKD Ekim 1993,s.1564 vd.

¹¹⁶ AİHM Allenet de Ribemont Fransa’ya karşı 10 Şubat 1995 tarihli kararında bunu vurgulamıştır. in; MOLE Nuala/HARBY Catharina,AİHS’nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz(Adil Yargılama Hakkı)İnsan Hakları El Kitapları No:3, 2003, s.50-51

¹¹⁷ TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s.206

¹¹⁸ FEVZİOĞLU, ..Suçsuzluk Karinesi.., s.149

yargılama makamlarının sanıkla temasa geçtiklerinde, onun suçsuz olduğunu düşünerek hareket etme zorunluluğu öngörür.¹¹⁹ Bu nedenle hakkında yasal şartlar oluşmadan tamamen sübjektif bir kanaatle ve keyfi olarak bir kişi hakkında arama icrası masumiyet ilkesi ile bağdaşmaz. Yine hukuka uygun bir arama esnasında kolluk görevlisinin kişilere karşı kaba ve sert davranışları, gereksiz zor kullanması suçsuzluk karinesi ilkesine uygun olmayan davranışlardır. Unutulmamalıdır ki delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde bu ilkeye aykırılıklar, verilecek hükmün yasal olmamasına sebep olur.¹²⁰

¹¹⁹ ŞEN Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hâkim Olması Gereken İlke ve Esaslar, PD, S.36, s.237

¹²⁰ DONAY, Sanığın Hakları, s.113

İKİNCİ BÖLÜM

ARAMANIN GAYESİ, ARAMANIN ŞARTLARI

I.ARAMANIN GAYESİ

A.Genel Olarak

Aramanın gayesi aramanın adli veya önleme araması olmasına göre farklıdır. Ancak gerek adli gerekse önleme aramalarında ortak gaye, devletin topluma suç ve suçluyla mücadele ettiği mesajını vermesidir.¹²¹ Yine her iki aramada da toplumsal düzeninin kurulması ve korunması ortak gayedir.

B.Adli Aramanın Gayesi

CMK'nun 116. maddesinde “...yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa...” denilerek aramanın yakalama ve delil elde etme olmak üzere iki gayesinin olduğu açıkça belirtilmiştir. Keza AÖAY’de de adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser ve emare ve delillerinin elde edilmesi için yapılır denmektedir.¹²² Suç işlendikten sonra yapılan adli aramada gaye, suç

¹²¹ ERYILMAZ, .. Durdurma ve Arama., s.35

¹²² AÖAY md 5. Kanaatimce yönetmeliğin bu düzenlemesi gereksiz bir uzunlukta ve ayrıntılıdır. Bir kere makul şüphe altında bulunan kimsenin dedikten sonra tek tek saklananın,şüphelinin sanığın demek dil bilgisi kurallarına uymayan ve anlatım bozukluğu niteliğinde bir anlatımdır. Çünkü kimse sözcüğü bunların hepsini kapsayan bir tabirdir. Ayrıca makul şüphesi altında dedikten sonra şüphelinin denmesi yine gereksiz bir tekrardır.Yine “suç işlemek” denildikten sonra “buna iştirak” ve “yataklık” demek gereksiz bir tekrardır.Çünkü suça iştirak ve yataklıkta nihayetinde suçtur.

şüphesi altında olanların yakalanması ve suça ilişkin ispat vasıtalarının ele geçirilmesidir.¹²³

1.Yakalama gayesi

Yakalama, maddi gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla olan ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılmasını sağlamak için, hakkında suç şüphesi bulunan kişinin, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde, geçici olarak özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran bir koruma tedbiridir.¹²⁴ YGAİAY'nin 4. maddesine göre yakalama *“Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını, ifade eder”*.¹²⁵

CMUK'da yakalama, herkesin yakalama yapabileceği haller ile savcı ve kolluk kuvvetlerinin yakalama yapabileceği haller olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. Herkesin yakalama yapamayacağı haller ise müzekkeresiz ve müzekkereli yakalama diye ikiye ayrılmaktaydı. Benzer bir ayrım CMK'da da mevcuttur. CMK'nun 90/1 maddesinde herkesin yakalama yapabileceği durumlar belirtilmiş ve bu durumlarda yakalama emrine gerek olmaksızın, herkesin geçici olarak yakalama yapabileceği düzenlenmiştir. Yine CMK'nun 90/2 maddesinde de müzekkeresiz yakalama halleri düzenlenmiş ve kolluk kuvvetlerinin yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, yakalama emrine gerek olmaksızın yakalama yapabileceği düzenlenmiştir. CMK'nun 98. maddesinde ise yakalama emri düzenlenmesinin nedenleri ve emre istinaden yakalama halleri yani müzekkereli yakalama halleri düzenlenmiştir.

¹²³ ÖNDER, s.26

¹²⁴ SEVÜK Handan Yokuş, 5271 Sayılı CMK'da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, HPD, S.03, Nisan 2005, s.63 vd

¹²⁵ YGAİAY, 1 Haziran 2005 T.25832 RG.

AÖAY'nin 5.maddesi incelendiğinde üç tür suç makul şüphesi altında bulunanlardan bahsedildiği görülecektir. Bunlar

a-bir suç işlemek makul şüphesi altında olanlar

b-bu suça iştirak etme makul şüphesi altında olanlar

c-ya da suç işlememiş ve bu suça iştirak etmemiş olmasına rağmen yataklık etmek makul şüphesi altında olanlar.

Bu durumların tümünde arama yakalama amaçlı yapılmaktadır. Yani, arama koruma tedbiri bir başka koruma tedbiri olan yakalamaya aracılık etmektedir.

Yakalama amaçlı arama suç şüphesi altında bulunanların yakalanmasının yanında hükümlünün yakalanması amacıyla da yapılabilir. Gerçektende CMK 98/2 maddesine göre *“yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilir.”* Müzekkereli yakalamanın özel bir türü olan bu düzenlemeye göre arama, yargılaması tamamlanmış ve hüküm giymiş birinin yakalanması amacıyla yapılabilecektir.

Yakalama amaçlı arama açısından diğer bir önemli husus ta, sanığın ve şüphelinin yakalanması için sanık veya şüpheliye ait olmayan yerlerde aranması koşullarına ilişkindir. Yakalama amaçlı aramanın düzenlendiği CMUK'nun 94/2 maddesinde bir suç işlemek veya buna iştirak etmek şüphesi altında olanların kendilerine ait yerlerde aranmasından bahsetmekte ve 95/2 maddesinde ise üçüncü kişilere ait yerlerde ancak sanığın aranması amacıyla arama yapılabileceği düzenlenmekteydi. Yani, yasa anlatımından şüphelinin yakalanması amacıyla üçüncü kişilere ait yerlerde arama yapılamayacağı sonucu çıkmakta ve bu nedenle öğretide sanığın yakalanması amacıyla üçüncü kişilere ait yerlerde aramanın CMUK'nun 95. maddesine göre yapılabileceği ve dolayısıyla 94/2 maddesindeki koşullar yeterli olmayacağından bu maddeye göre yapılamayacağı belirtilmekteydi.¹²⁶ CMK'nun konuya ilişkin 116. ve 117. maddelerinde her iki durumda da sanığın ve şüphelinin yakalanması amacıyla arama yapılabileceği

¹²⁶ ÖZBEK, s.54; YENİSEY, Arama s.46

açıkça düzenlendiğinden artık şüphelinin yakalanması amacıyla da üçüncü kişilere ait yerlerde arama yapılabilecektir.

2. Delil Elde Etme Gayesi

Maddi gerçeği araştıran ceza muhakemesinde, uyuşmazlık konusu olayın çözümü için uyuşmazlığa ilişkin bir takım maddi vasıtalara ihtiyaç vardır. Bu vasıtaların mahkemenin elinde olması, suçun işlenip işlenmediği konusunda var olan şüphenin ortadan kalkması açısından son derece önemlidir.

Adli amaçlı aramanın diğer bir gayesi de, suçun iz, eser, emare ve delillerinin elde edilmesidir. Suçun işlenip işlenmediğini ve eğer işlenmişse kim tarafından nasıl işlendiğini aydınlatmaya yarayan¹²⁷ suç konusu olayı temsil ve aksettiren araçlara delil denir.¹²⁸

Emare (belirti), dış dünyada gerçekleşen ve sadece ispat edilecek husus için değil başka hususları da ispata yarayan bir delil çeşididir. İspat edilecek hususu doğrudan değil dolayısıyla ispata yararlar ve bunlar genel mahiyette olduklarından, ispat sebebi olabilmeleri için diğer delillerle desteklenmeleri gerekir.¹²⁹ Örneğin, arama sonucunda ele geçirilen tabanca bir belirtidir. Ancak bunun suça konu veya suçta kullanılan tabanca olduğu hususunun diğer delillerle desteklenmesi gerekir.

İzler de, emare (belirti)lerin bir türüdür. Emareler gibi onlarda tam bir ispat vasıtası değildirler, diğer delillerle desteklenmesi gerekir.¹³⁰ Hırsızlık suçu işlenmiş bir yerde failerin bırakmış olduğu parmak izleri gibi izlerin tespiti için arama yapılabilir. Yani doğrudan delil olabilecek eşyaların örneğin suçta kullanılan bıçağın yanında dolayısıyla delil olabilecek şeylerde aramanın konusunun kapsamına girer. Örneğin suça konu yazıyla karşılaştırılmak üzere

¹²⁷ **TOSUN** Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Dersleri C:1, İstanbul 1984, s.707; **TOSUN** Öztekin, Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976, s.1

¹²⁸ **KUNTER /YENİSEY** , s.113

¹²⁹ **KUNTER/YENİSEY**, s. 578; **ÖZTÜRK**, Ceza Muhakemesi..., s. 319

¹³⁰ **ÖZTÜRK**,...Ceza Muhakemesi..., s. 319

suçtan önce suçla alakasız yazılmış yazıların ele geçirilmesi amacıyla arama yapılabilir.¹³¹ Bunun gibi olay yerinde bulunan ayakkabı izinin şüpheli veya sanığa ait bir ayakkabıya ait olup olmadığının tespiti amacıyla ayakkabılar üzerinde inceleme yapılmak üzere arama yapılması da mümkündür.

Bu durumda yapılan arama da, diğer bir koruma tedbirine aracılık eder niteliktedir. Eğer aranılan şey ele geçerse muhafaza altına alınacak ya da el koyulacaktır.

C. Önleme Aramasının Gayesi

Önleme araması, makul ve kabul edilebilir bir sebebe bağlı olarak, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti¹³² toplum açısından tehlike yaratacak kişilere ulaşmak amacıyla yapılabilir.¹³³ Önleme aramasında gaye, genel emniyet ve asayişin korunması veya tehlikenin önlenmesi için, tehlike yaratan bir eşyanın veya kişinin ele geçirilmesi ve polisin koruması altına alınmasıdır.¹³⁴ Böylelikle işlenmesi muhtemel bir suçun işlenmesine engel olunacak ve toplum muhtemel bir zarardan korunacaktır.¹³⁵

AÖAY’nde önleme aramasının yapılabilmesi için gösterilen milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi sebepleri Anayasanın 20.21.22.33.34 ve 51. maddelerinde 2001 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen

¹³¹ **MALKOÇ İsmail/GÜLER Mahmut**, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C.1, s.438

¹³² AÖAY md 19

¹³³ **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.161

¹³⁴ **KUNTBAY İhsan**, İnsan Hakları ve Polis, Ankara 1990, s.33; **KUNTER/YENİSEY**, s.670;**CİHAN/ YENİSEY**, s.209;**YENİSEY**, Arama s.15.

¹³⁵ **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.35

düzenlemenin aynıdır.¹³⁶ Yani yönetmelik Anayasanın ilgili maddelerindeki düzenlemeleri doğrudan ithal etmiştir.

Yapılacak önleme amaçlı arama ile suç işlemenin normal bir davranış olmadığı ve suça giden yolların devlet tarafından kapatıldığı mesajı da verilmiş olacak¹³⁷ ve bu mesaj, çoğu zaman suç işleme kararında olanların bu kararlarından dönmelerinde etkili olacaktır.

II. ARAMANIN ŞARTLARI

A.Genel Olarak

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması sonucunu doğuran aramanın hangi koşullar altında uygulanabileceği gerek Anayasada gerekse kanunlarda düzenlenmiştir. Bu şartlar aramaya maruz kalan açısından bir güvence niteliğindedir.¹³⁸ Adli ve önleyici aramalar temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğurduğundan, öncelikle Anayasanın 13. maddesindeki sınırlamalara tabidir.¹³⁹ Buna göre, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, kanunla mümkündür. Ayrıca bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.¹⁴⁰ Anayasal sınırlandırmalar her tehlike tedbiri gibi arama açısından da bir koşul niteliğindedir. Anayasal sınırlandırmalar haricinde

¹³⁶ 03.10.2001 T. ve 4709 SY

¹³⁷ **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.35

¹³⁸ **SARIGÜL** Ali Tanju, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama, AAD, Y.30, Ocak 2002, S.113, s.69

¹³⁹ 03.10.2001 T. ve 4709 sayılı yasa ile değişik An. md.13

¹⁴⁰ Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının Anayasal sınırları konusunda dfb için bkz, **FENDOĞLU** Hasan Tahsin, 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, AYD, Y.2002, S.19, s.111 vd

aramanın koşulu niteliğindeki yasal sınırlandırmalar açısından şartlar tek tek ele alınıp incelenecektir.

B. MAKUL ŞÜPHE, MAKUL SEBEP :

1. Adli Aramalar Açısından Makul Şüphe

Bir koruma tedbiri olan adli aramanın ilk ve en önemli şartı suç işlendiği şüphesidir.¹⁴¹ Şüphe kelime anlamı olarak bir şeyin gerçekliği konusunda var olan kuşku dur. Ceza muhakemesinde ise şüphe, gerçekliği konusunda bazı maddi vakıalar bulunan ancak doğruluğu delillerle ispat edilmesi gereken bir iddiadır.¹⁴²

Kural olarak ceza muhakemesi bir kişinin suç işleyip işlemediği hususunda varolan şüphe üzerine başlar.¹⁴³ Bu şüphe de, şüphenin en alt derecesi olan basit şüphedir.¹⁴⁴ Yürütülen ceza muhakemesi neticesinde başlangıçta varolan iddia niteliğindeki şüphe ya gittikçe yoğunlaşır ve sonuçta kesinlik kazanır ya da doğruluğu kesinleşmez ve varlığı ortadan kalkar. Şüphenin kuvvet derecesine göre bazı türleri vardır. Mevzuat ve öğreti incelendiğinde ceza muhakemesi açısından başlıca dört tür şüphenin bahse konu olduğu görülecektir. Bunlar ise basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphedir.

Basit şüphe, soruşturmaya başlanabilmesi için gerekli olan şüphedir. Belli ve somut yaşanmış olaylar¹⁴⁵ ile gerçekliği ve doğruluğu azda olsa var olabilecek olayların¹⁴⁶ ortaya koyduğu şüphe, basit şüphedir. Mevcut deliller, ilerde fail

¹⁴¹ ÖNDER, s. 428

¹⁴² ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s. 47

¹⁴³ YENİSEY, Hazırlık Soruşturması, s.42

¹⁴⁴ CMK'nun 160/1 maddesinde "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gereğini araştırmaya başlar" hükmü yer almaktadır. Benzer bir düzenleme CMUK 153/1 maddesinde "cumhuriyet savcısı, ihbar veya herhangi bir suretle bir suçun işlendiği zehabını bir hale muttali olur olmaz kamu davasını açmağa mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin hakikatini araştırmağa mecburdur" şeklinde yer almaktaydı. Maddede zehab olarak ifade edilen basit şüphedir.

¹⁴⁵ ÖZTÜRK, ..Ceza Muhakemesi..., s.178

¹⁴⁶ ERYILMAZ, ..Durdurma ve Arama..., s.47

hakkında kamu davasının açılma ihtimalinin, açılmama ihtimalinden daha yüksek olduğunu gösteriyorsa, basit şüphe var demektir.¹⁴⁷ Keyfiliğe yol açabilecek olan ve somut olaylara dayanmayan tahminler hazırlık soruşturmasına başlanabilmesi için yeterli kabul edilemez.¹⁴⁸

Basit şüphe üzerine başlatılan soruşturma üzerine elde edilen deliller, yapılacak yargılama sonunda sanığın mahkum olma ihtimalini beraat etme ihtimalinden daha kuvvetli hale getirmiş ise şüphe yeterli şüphe haline gelmiştir.¹⁴⁹ Yeterli şüphenin varlığı aynı zamanda kamu davasının açılabilmesinin ön şartıdır. Gerçekten de CMK'nun 170/2 maddesinde "*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler*" hükmü yer almaktadır. Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı gibi, kamu davasının açılması için şüphenin yeterli şüphe düzeyinde olması gerekir.

Yapılacak yargılamada sanığın mahkûm olma ihtimali elde edilen delillere göre kuvvetle muhtemel ise artık kuvvetli şüphe var demektir.¹⁵⁰

Kuşkusuz ki soruşturmaya başlanabilmesi için gerekli olan basit şüphenin hükümden önce bir takım temel hakların sınırlandırılmasına sebep olan koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi açısından yeterli kabul edilmesi düşünülemez.¹⁵¹ İşlenen suçun niteliği veya ağırlığı ne olursa olsun, basit şüphe hiçbir şekilde arama için yeterli şüphe olarak düşünülmemelidir.¹⁵²

¹⁴⁷ ÖZBEK, s.63

¹⁴⁸ ÖZTÜRK,..Ceza Muhakemesi.., s.178; YENİSEY, Hazırlık Soruşturması, s.45

¹⁴⁹ ÖZTÜRK,..Ceza Muhakemesi.., s.436

¹⁵⁰ ÖZTÜRK,..Ceza Muhakemesi.., s.436

¹⁵¹ ÖZTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği , s.9; ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s. 48.Aksi görüşte YENİSEY, Arama, s.11

¹⁵² ÖZBEK'e göre aramaya neden olan suçun niteliği ve ağırlığına göre bazı hallerde örneğin aramaya neden olan suçun organize bir suç olması durumunda basit şüphe yeterli görülebilir. ÖZBEK, s.64; ERYILMAZ terör ve organize suçlarla mücadelenin zorluğu sebebine binaen makul şüphe standardından vazgeçilmesini doğru bulmadığını ve tam aksine bu tip suçlarda mücadele eden kolluğun kamuoyunun baskısı nedeniyle suçlu yaratma psikolojisi içerisinde sokuğunu ve bu nedenle bu tip suçlarda bu standardın daha sıkı sağlanması gerektiğini savunmaktadır ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.49

Koruma tedbiri niteliğindeki adli amaçlı arama için ne tür bir şüphe aranır? Bu sorunun cevabı hususunda 1412 sayılı CMUK'nun uygulandığı dönemde tartışmalar mevcuttu. Çünkü adli amaçlı aramanın CMUK'da düzenlendiği 94–103. maddelerinde diğer bazı koruma tedbirlerinde olduğunun aksine, ne derecede bir şüphenin gerektiğinin açıkça düzenlenmemiştir.¹⁵³ Ancak 5271 sayılı CMK'nun 116. maddesi arama koruma tedbiri açısından makul şüphe gerektiğini açıkça düzenlemiştir.

Makul şüphe nedir? Makul şüphe hangi aşamada var sayılır? Makul şüphe, hayatın olağan akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.¹⁵⁴ Kanaatimizce makul şüphe, bazı yazarlar tarafından yeterli şüphe olarak nitelendirilen şüphedir. Yani eldeki delillere göre yapılacak yargılama sonrasında sanığın mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha yüksek olduğu anda var olan şüphedir. Sayısal bir değerle ifade etmek gerekirse, sanığın mahkûm olma ihtimalinin % 51 e ulaştığı anda söz konusu olan şüphedir.¹⁵⁵

Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşıdığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.¹⁵⁶ Örneğin hırsızlık olaylarının çok yaşandığı bir bölgede, gece geç bir vakitte, elinde demir makası ile gezen bir kişinin görülmesi, hırsızlık suçunun işlendiğine dair makul şüpheye sebep olabilir. Keza başka bir örnek vermek gerekirse, bıçakla yaralama olayının olduğu bir yere yakın bir yerde, eli kanlar içerisinde ve telaşlı bir şekilde yürüyen birinin görülmesi, o kişinin yaralama olayını gerçekleştirdiğine ve aranması halinde suç aletinin üzerinde bulunacağına ilişkin makul şüphe oluşturur.

¹⁵³ Gerçektende CMUK ta örneğin bir koruma tedbiri olan tutuklamanın düzenlendiği 104 vd. maddelerinde kuvvetli şüphenin gerektiği açıkça düzenlenmiştir

¹⁵⁴ AÖAY, md.6/1

¹⁵⁵ **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.48

¹⁵⁶ AÖAY, md. 6/2

Makul şüphede, ihbar ve şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.¹⁵⁷ Yani ihbar ve şikâyet tek başına arama kararı verilebilmesi için yeterli değildir.¹⁵⁸ Uygulamada genellikle kolluğun bir telefonla ihbar tutanağı düzenleyerek arama talebinde bulunduğu görülmektedir. Eğer makul şüphe bir ihbarcının ihbarı üzerine oluşmuşsa bu ihbarın, ihbarcının güvenilir olduğunu gösteren ve olayın bütünlüğü içinden çıkan sebeplerle ve ihbarcının verdiği bilgilere ilişkin yan gerçeklerle desteklenmesi gerekir.¹⁵⁹ Yani ihbarcının ihbara konu şeyi veya kişiyi bizzat görüp görmediği, ihbarda bulunduğu kişinin hareketlerini izlemiş olup olmadığı, ihbarın teferruatlı olup olmadığı ve olaya ilişkin detaylı bilgi verilip verilmediğine dikkat etmek gerekir. Ancak, ihbarcı bir başka polis memuru, mağdur veya görgü tanığı ise veya kimliğini açıklayarak ihbarda bulunan biri ise bu kişilerin güvenilir olup olmadıklarının araştırılması gerekmez.¹⁶⁰

Arama kararı talebi, özel kanunlarda inceleme ve arama talebinde bulunma yetkisine sahip olanlarca yapılmış olabilir. Aramaya konu talep, incelenmesi teknik bilgi gerektiren suçlara ilişkin olsa bile ise aramada makul şüphe olup olmadığının tespiti gerekir. Örneğin Vergi Usul Kanununun(VUK) 142-147 maddelerine göre ihbar ve yapılan incelemeler sonucunda, bir vergi yükümlüsünün vergi kaçırdığına dair emareler ortaya çıkarsa, yükümlü veya üçüncü kişiler nezdinde arama yapabilecektir. Bunun için vergi incelemesi yapanların arama icrasını lüzumlu görmeleri ve bu konuda hakimden bir karar

¹⁵⁷ AÖAY, m.6/3

¹⁵⁸ **YILDIZ** Ali Kemal, Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” Çerçevesinde Arama ve Uygulaması, PD, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Y.9, S.36, s.252

¹⁵⁹ **YENİSEY**, Arama, s.12-13

¹⁶⁰ **YENİSEY**,..Hukuka Aykırı..., s. 619, 620; **YENİSEY** Feridun, Avrupa Birliğine Uyum Yasaları Çerçevesinde Polisin Arama Yetkisi “Tebliğ”(Kayseri Polis Meslek Yüksek Okulu Konferansı 3 Mayıs 2004), in: Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, C III.5, s.22

almaları gerekir.¹⁶¹

Makul şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.¹⁶² Kolluğun keyfi uygulamalarının önüne geçilebilmesi için bu gereklidir de.¹⁶³ Somut olgulara dayanmayan sırf bir tahminden ibaret şüphe arama için yeterli değildir. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut olmalıdır..¹⁶⁴

Makul şüphe arama açısından asgari şarttır. Aramaya ilişkin CMUK ve CMK incelendiğinde her iki kanununda aramaya maruz kalanlar açısından şüphe standardı ile ilgili bir ayırma gitmiş olduğu görülür. Bu açıdan CMK’ da ilgili maddeler incelendiğinde aramaya maruz kalanların iki grup halinde düzenlendiği görülecektir. CMK’nun şüpheli veya sanıkla ilgili aramanın düzenlendiği 116. maddesinde, arama açısından makul şüphe gerektiği düzenlenmişken, diğer kişilerle ilgili aramanın düzenlendiği 117. maddesinde, aramanın yapılmasının makul şüpheye ek olarak, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı tutulmuş olması, kanun koyucunun bu kişiler açısından makul şüphenin daha yoğun gerçekleşmesi şartını aradığı anlaşılmaktadır.¹⁶⁵ Kanun, suç şüphesi

¹⁶¹ VUK md.142: “İhbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırdığına dair emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde arama yapılabilir.

Arama yapılabilmesi için:

1-Vergi incelemesi yapanların buna lüzum göstermesi ve gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh yargıcından bunu istemesi

2-Sulh yargıcının istenilen yerde arama yapılmasına karar vermesi

Şarttır.

İrtibatları sebebiyle muhtelif şahıslar nezdinde ve mahallerde arama yapılmasına lüzum gösterilen aramalardan birine karar vermeye yetkili olan sulh yargıcı bunlardan diğer sulh yargıcının yetkisine dahil bulunanlar hakkında da karar vermeye yetkilidir.

İhbar üzerine yapılan aramada ihbar sabit olmazsa nezdinde arama yapılan kimse muhbirin adının bildirilmesini isteyebilir, bu takdirde, vergi dairesi muhbirin ismini bildirmeye yetkilidir.”

¹⁶² AÖAY, m.6/4

¹⁶³ KAYMAZ, s.139

¹⁶⁴ AÖAY md. 6/son

¹⁶⁵ ŞAHİN Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s.331

altında olmayan kişiler nezdinde yapılan aramalarda, aramanın koşulları açısından daha katı davranmıştır.¹⁶⁶

Her iki grupla ilgili CMK 116 ve 117 maddelerinde şüphe açısından kanun koyucunun aradığı yoğunluk farklılığı¹⁶⁷ AÖAY tarafından ortadan kaldırılmış olmasına rağmen yinede ikinci gruptakilerin muhatap kaldıkları aramalar açısından aranan makul şüphe daha kuvvetli olmalıdır.¹⁶⁸ Çünkü bu durumda hiçbir suç şüphesi altında olmamasına rağmen kişi aramaya muhatap kalmaktadır.

5271 sayılı CMK'nun "diğer kişilerle ilgili arama" başlıklı 117/2 maddesine göre sanık ve şüpheli dışında bulunan kişilerin üstlerinin, eşyalarının konutlarının ve diğer yerlerinin aranması, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Bu koşulun varlığı, arama yetkisini kullananlar tarafından dikkatli bir şekilde tespit edilmelidir.¹⁶⁹ Maddenin üçüncü fıkrasında bu sınırlamanın şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmayacağı düzenlenmiştir.

Kanun koyucunun suç işleme şüphesi altında olanlara ilişkin arama ile bu şüphe altında olmayanlara ilişkin arama açısından standart farkı koyması doğrudur. Çünkü suç işleme şüphesi altında olmamasına rağmen bir kişinin aranması, suç işleme şüphesi altında olanlara göre o kişiyi manen daha zor duruma sokar.¹⁷⁰ Suçla ilgisi olmayan kişilerin sadece şüphe nedeniyle tedirgin

¹⁶⁶ **ÇİMEN** Ahmet, Türk Hukukunda Arama(Konu-Yetki-Sorumluluk), Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.20

¹⁶⁷ Anayasa Mahkemesi bir kararında üçüncü kişilere ait yerlerde arama yapılması için ummanın ötesinde bazı makul sebeplerin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu kararda "CMUK m.95'e göre arama yapılabilmesi için m.94 deki umulma hali yeterli olmayıp, bu yerlerde aramanın gerçekleştirilmesi için bir delil elde edileceğinin umut edilmesi ve bu umudun bazı somut olgulara dayandırılması aranır.Yalın bir duyguyla aramaya girişilmesi doğru ve yasaya uygun sayılmaz...Bir suç işlendiği şüphesi vardır denebilmek için o suçun aranılan kimse tarafından işlendiği kanısını uyandıracak yeterli maddi olguların varlığı gerekir.Umulan haller sözcükleri ile de normal bir insanda bu duyguyu uyandıracak verilerin bağlılığı aranacaktır.." An.Mah.31.03.1987 T.1986/32 E.,1987/8 K.,AMKD,S.23,s.179,nakleden **ÖZBEK**, s.65-66, dn.184; **SARIGÜL**, s.71, dn.11

¹⁶⁸ **ÖZBEK**, s.65; **ERYILMAZ**,..Durdurma ve Arama..., s.145

¹⁶⁹ CMK md.117 gerekçesi in.**ÜLGEN** Celal, CMK, İBY, Şubat 2005, s.184

¹⁷⁰ **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.147

edilmeleri, bu kişilerin özel hayatlarının ihlali niteliğindedir. Bu nedenle bu kişiler nezdinde arama yapabilmek için somut olayların varlığı gerekir.¹⁷¹

Makul şüphenin daha yoğun olması gereken hallerden biri de çıplak olarak yapılacak aramalardır. Çıplak olarak arama, kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığından makul ve ciddi bir şekilde şüpheleniliyor ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması halinde mümkündür(AÖAY md.28/9). Kuşkusuz ki çıplak olarak arama, normal aramaya göre daha ağır bir müdahale teşkil ettiğinden şüphe açısından makullüğün yanında ciddiyet şartının da aranması gerekmektedir.

Makul şüphe, aramanın vazgeçilemeyecek, hiçbir istisna kabul edilemeyecek bir şarttır. Hakim kararı alınmasına gerek olmadan arama yapılabilecek hallerde, hatta rıza ile aramanın söz konusu olduğu hallerde bile mutlaka makul şüphe oluşmalıdır.¹⁷² Makul şüphenin varlığı o kadar önemlidir ki, makul şüphenin olmamasına rağmen verilen arama kararının veya arama izninin kolluk tarafından fark edilmesi halinde arama icra edilmemelidir.¹⁷³ Çünkü, makul şüphe şartının oluşmamasına rağmen yapılan arama, aramanın koşullarından birinin gerçekleşmemesi nedeniyle hukuka aykırı hale gelecek, bu durumda arama yapan memurun cezai mesuliyeti, arama sonucunda elde edilen delilin yasak delil niteliği ve aramaya maruz kalanın tazminat hakkı söz konusu olacaktır.¹⁷⁴

2. Önleme Aramalarında Makul Sebep

Önleme araması suç işlenmeden önce söz konusu olan bir arama olduğundan, önleme aramalarında suça ilişkin bir durum olan, şüphe söz konusu değildir. Bu nedenle, önleme araması için ön şart aramanın makul ve kabul edilebilir bir sebebinin varlığıdır.

¹⁷¹ SOKULLU-AKINCI, Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi Lütü Durana armağan özel sayısı 1988, S.1-3, s.262

¹⁷² Aksi görüşte YENİSEY.YENİSEY'e göre rıza varsa polis makul şüphe şartı oluşmadan bile arama yapma yetkisi kazanır.YENİSEY,İstanbul Semineri, s. 95

¹⁷³ YENİSEY,Hukuka Aykırı, s.618; ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.150

¹⁷⁴ dfbi bkz çalışmanın hukuka aykırı arama kısmı s.134 vd.

Makul sebep, 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 belirlenir¹⁷⁵ tehlikenin doğduğunu gösteren sebeplerin somut olgulara dayanması şarttır. Örneğin, her yıl yapılan ve öncesinde yapılan toplantılarının tümünde olay çıkmış bir grubun yapacağı toplantıda, önceki yıllarda yapılan toplantılarda olay çıkmış olması, önleme araması için makul sebep oluşturmaz. Bu durumda önleme araması yapılabilmesi ancak yapılacak toplantıda olay çıkarılacağı ve suç işleneceğinin somut olgulara dayanması halinde mümkündür.

Tekrara sebep olmamak amacıyla makul şüphe konusunda belirtilen hususlar makul sebep konusunda da geçerlidir

C. HÂKİM KARARI

1. Adli Arama Açısından

Aramaya karar verecek makamın bağımsız ve tarafsız olması ve makul şüphenin varlığı hususunda karar verebilecek durumda olması gerekir.¹⁷⁶ Bu nedenle Anayasanın koruması altında olan “özel hayatın ve mesleki hayatın gizliliği” ilkesine önemli bir müdahale teşkil eden arama koruma tedbirine, ceza yargılamasında bir taraf olan savcı yerine hâkim tarafından karar verilmesi, bu hakların korunması açısından önemli bir güvence oluşturur.¹⁷⁷

Adli aramaya karar vermek yetkisi hâkimindir(AÖAY md. 7/1,CMK md.119/1). Aramanın temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek nitelikte bir işlem olması nedeniyle, arama kararı açısından hâkim kararı şartı aranmıştır.¹⁷⁸ Bu hâkim, yetkili sulh ceza hâkimi veya yetkili hâkimdir(AÖAY md 4).Aramaya

¹⁷⁵ EAÖAY md.15/2

¹⁷⁶ YENİSEY, Arama, s.28

¹⁷⁷ ŞEN Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hakim Olması Gereken İlke ve Esaslar, PD, S.36, s.243-244; ÖNER Hamdi, Ceza Muhakemeleri Usul Kanununda Hürriyet ve Mülkiyeti Takyit Eden Kaideler,Adliye Ceridesi, Y.29,1938, s.1982

¹⁷⁸ KUNTER/YENİSEY, s.683; ÖZBEK, S.68

karar verecek hâkim konusunda CMUK'da ve 5271 sayılı CMK'da açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle genel görev kuralları gereğince, soruşturma sırasında sulh hâkimi, kovuşturma sırasında işin esasına bakan mahkeme arama kararı verir.¹⁷⁹

Arama kararı için bir talep gerekir. Kolluk, arama kararı alınması için makul şüphe sebeplerini belirten ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet savcısına başvurur(AÖAY md. 7/1). Eğer derhal yapılması gereken bir tahkik işlemi veya C.savcısına ulaşılamaması gibi bir durum söz konusuysa, kolluğun CMK 163. maddesi gereğince doğrudan hakime başvurma yetkisi vardır.¹⁸⁰ 5271 sayılı CMK'nun 163. maddesine göre “*suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olayın genişliği itibariyle Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa,sulh ceza hakimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir*”.¹⁸¹

Cumhuriyet savcısı, arama talebi hususunda bir karar verilmesi için evrakı arama kararı hususundaki mütalaası ile birlikte hâkime gönderir. Adli tahkikatı kolluk Cumhuriyet savcısının yardımcısı sıfatıyla ve onun adına yaptığından, savcı yapacağı değerlendirme sonucunda aramanın şartlarının oluşmadığı kanaatine varırsa, arama talebini reddedebilir.

Hâkim arama kararı konusundaki kararını dosya üzerinde yapacağı inceleme sonucunda verir. Arama kararı dosya üzerinden verilen karar niteliğinde olduğundan, müdafinin hâkim oturumunda hazır bulunma yetkisi yoktur.¹⁸² Arama talebini hâkimin reddetmesi durumunda, yeni vakıa ve belirtiler ortaya çıkmadıkça Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine arama yaptırabilmesi mümkün değildir.¹⁸³

¹⁷⁹ ÖNDER, s.427; ÖZBEK, s.69;YILDIZ, s. 3

¹⁸⁰ CİHAN/ YENİSEY, s.217; YENİSEY Feridun, “Yeni Arama Hukukumuz”, PD, S.37

¹⁸¹ Aynı yönde düzenleme Adli Kolluk Yönetmeliği 6/5 maddesi “*Suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. Bu durumda adli kolluk görevlileri, sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve araştırmaları yerine getirir.*”

¹⁸² YENİSEY , Hukuka Aykırı , S.621; YENİSEY, Arama, s.28

¹⁸³ ÇİMEN, s.34

Hakimin vereceği arama kararında; aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya ve kararın geçerli olacağı zaman süresi, aranılacak eşyanın ele geçirilmesi halinde el koyulup koyulmayacağı gösterilir(CMK md.119/2,AÖAY md.7/7). Yapılan bu düzenlemeyle arama açısından yazılılık ilkesinin kabul edilmiş olması, kişi hürriyeti ve dokunulmazlığı ve konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetleri açısından bir güvence niteliğindedir.¹⁸⁴

2. Önleme Araması Açısından

Adli aramada olduğu gibi önleme aramasında da karar vermek yetkisi kural olarak hâkimindir.¹⁸⁵ Önleme araması kararı için de, adli aramada olduğu gibi kolluğun bir talepte bulunması gerekir.

Önleme aramalarında, aramanın yapılacağı kanunda belirtilen umumi ve umuma açık yerlerde makul sebeplerin oluştuğunu ve 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 amacının ortaya çıktığını ve tehlikenin oluştuğunu gösteren belirlemeler, kolluk tarafından önceden tespit edilir ve aramanın yapılması önerilen yer ve zaman ile birlikte o yer mülkî amirine, gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak iletilir(AÖAY md 20/1). 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçların önlenmesi amacıyla yapılacak aramalar için bu talep o yer Cumhuriyet savcısına da yapılabilir.¹⁸⁶

¹⁸⁴ GÜLŞEN ,s.92

¹⁸⁵ Önleme aramalarında hakim kararı şartının getirilmesi eleştirilere uğramaktadır. Önleme aramasının genel güvenlik ve asayişe yönelik bir faaliyet olduğu ve ülkenin iç güvenlik ve asayişinden işleri bakanı ve emrindeki mülki amirlerin sorumlu olduğu, mülki amirlerin bu faaliyetleri açısından hakim kararı almak zorunda bırakılmalarının kuvvetler ayrılığı prensibinin ihlali olduğu belirtilmiştir.ÇAMLİBEL Cemil, AİHS ve AİHM Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku, PD, S.36, s.328

¹⁸⁶Kanaatimizce yönetmeliğin bu düzenlemesi yerinde bir düzenleme değildir. Çünkü önleyici arama önceden de belirtildiği gibi suç öncesi alana ilişkin bir tedbir olduğu için Ceza muhakemesi ile alakası olmayan idari bir işlemdir.Suç sonrası alanda yetki ve görevi olan Cumhuriyet savcısının bu tedbire ilişkin karar verme ve işlem yapma hakkının olduğunu düzenlemek, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali niteliğindedir.

Yetkili merci, kolluğun talebini uygun bulursa, hâkimden arama kararı talep eder, ancak gecikmesinde sakınca bulunan bir hal söz konusu ise yazılı arama emri verir(AÖAY md 20/2).

Mülki amir, kolluk tarafından kendisine önleme araması yapılması hususunda bir taleple başvuru olduğunda, iki aşamalı bir değerlendirme yapacaktır. Birincisi,önleme araması yapılmasını gerekli kılan ve 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 amacının ortaya çıktığını gösteren makul sebeplerin ve bunları tehlike altına sokan bir durumun varolup olmadığına ilişkin bir değerlendirmedir. Mülki amir, böyle bir tehlike ve bu tehlikeyi ortaya koyan makul sebeplerin olmadığı kanaatine varırsa, kollukça yapılan istemi reddedecektir. Çünkü suç işlenmesini önlemek, kamu düzenini ve güvenini korumak mülki amirin görevidir.¹⁸⁷ Eğer mülki amir görevi olan bu hususlarda bir tehlike görmüyorsa önleme araması yapılmasına müsaade etmeyebilir. Bu durum mülki amirin takdir yetkisinin kapsamındadır. Bu yetkinin varlığı AÖAY'nin 20/2 maddesinde "...uygun bulursa.." şeklinde ifade edilmiştir. Mülki amir, yapacağı birinci değerlendirme sonucunda önleme araması yapılması gerektiği sonucuna varırsa, yapacağı ikinci değerlendirme gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varolup olmadığıdır. Gecikmesinde sakınca bulunmuyorsa -ki önleme aramaları genellikle planlı faaliyetlere ilişkin bir arama faaliyeti olduğundan genellikle gecikmesinde tehlike bulunmaz- arama kararı verilmesi için görevli ve yetkili hakime talepte bulunacaktır.

Önleme araması talebinin hâkime gelmesi üzerine, hâkim dosya üzerinde yapacağı inceleme sonucunda, makul sebep ve tehlikenin varlığı kanaatine varırsa arama kararı verecek aksi durumlarda vermeyecektir. Ayrıca, önleme araması kararında aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, yapılacağı yer, geçerli olacağı zaman süresi açıkça belirtilir(AÖAY md. 20/3).

¹⁸⁷ İİK md.11 ve 32

3.Hakim Kararı Şartının İstisnaları

a. Genel Olarak

Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde arama icrası için hâkim kararı gerektiği düzenlenmiştir. Anayasanın bu şart açısından getirdiği tek istisnai düzenleme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri üzerine yapılan arama durumudur.

Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde arama için hâkim kararı gerektiği belirtilmiş ve bunun tek istisnasının ise yetkili merciin yazılı emri üzerine arama hali olduğu ifade edilmiştir. Anayasanın bu mutlak ifadesi karşısında acaba-gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri üzerine yapılan arama istisnası hariç- hâkim kararı olmadan arama icrası mümkünmüdür? Anayasanın ilgili hükümlerinde yapılan değişikliklerden sonra arama hukukunda var olan tereddütleri gidermek amacıyla çıkarılan AÖAY bu kurala hem adli hem de önleyici arama açısından bir takım istisnalar tanımıştır. AÖAY'nin 8. maddesinde adli aramalarda, 25. maddesinde ise önleme aramalarında hâkim kararı ve yetkili merciin yazılı emri olmaksızın arama yapılabilecek haller ayrı ayrı gösterilmiştir.

Hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri olmaksızın arama yapılması halinde, yapılan işlemin hukuka aykırı olacağı ve suç teşkil edeceği ortadadır. Dolayısıyla, bir eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması halinde, karar ve emir olmaksızın arama yapılabileceği kuşkusuzdur. İkinci olarak, arama için değil de daha ağır bir tedbir için(örneğin yakalama, tutuklama)daha evvelce verilmiş bir hâkim kararı varsa ve arama icrası bu kararın infazını sağlayacaksa, bu kararın aramayı da kapsadığı ve hâkim kararı şartının gerçekleştiği söylenebilir.¹⁸⁸ Üçüncü olarak ta, kolluğun aramaya göre daha ağır bir tedbir olan yakalama yetkisinin doğduğu hallerde, kolluk yakalama sırasında gerekli

¹⁸⁸ YENİSEY, Yeni Arama Hukukumuz, PD, S.37

tedbirleri almak zorunda olduğundan, kolluğun karar ve emir olmaksızın arama yapabileceği kabul edilebilir.¹⁸⁹

Bu anlatımın ışığında öncelikle yetkili merciin yazılı emri üzerine arama hali incelenecek sonrasında ise AÖAY'nin hâkim kararına ve yetkili mercinin yazılı emrine gerek olmaksızın arama yapılabileceğinin düzenlendiği maddeler incelenecektir.

b. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Yazılı Arama Emri İle Yapılan Arama

aa. Adli Aramada

Hâkim kararı açısından tanınan ilk istisna gecikmesinde tehlike bulunma ihtimalidir. Gecikmesinde tehlike bulunmak demek, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun,iz,eser,emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalin varlığı ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması demektir(AÖAY md 4). Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri üzerine arama icra etmek mümkündür(An. Md. 20,21,22)

Bazen kanun yapılacak arama açısından gecikmede tehlike bulunduğunu bizzat kendisi düzenlemiş olabilir. Bu gibi durumlarda derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolma tehlikesi veya şüphelinin kaçması, kimliğinin tespit edilememesi ve hakimden karar almak için zaman bulunamaması durumu söz konusu olmasa bile yazılı emirle arama icrası mümkündür. Örneğin Orman Kanunu'nun 88. maddesine göre orman suçlarından kaynaklanan aramalar CMK 119/1 maddesindeki gecikmesinde sakınca bulunan hallerdendir ve orman muhafaza memurları tarafından yapılır. Bu düzenlemenin

¹⁸⁹ YENİSEY, Hukuka Aykırı , S.615; YENİSEY Feridun, İnsan Hakları ve Devletin Yetkileri Semineri "Tebliğ", Şubat 2004, Denizli, in:Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, C.III.1, s.11. YENİSEY' e göre bu durumlarda Anayasa yakalama yetkisi vermiş ve yakalama sırasındada gerekli tedbirleri al demıştır.Bu nedenle hakim kararına gerek yoktur

doğal sonucu, hâkim kararına gerek olmadan bu kanun kapsamındaki suçlardan dolayı arama yapılabileceğidir.¹⁹⁰

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının ve kolluk amirlerinin yazılı emri ile arama yapmak mümkündür. Ancak özel kanunlarda arama yapma açısından yetki verilenlerin emri ile de söz konusu kanun kapsamındaki suçlara ilişkin olarak arama yapmak mümkündür. Örneğin Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu'nda maliye müfettişleri ve maliye müfettiş muavinleri, hesap uzman ve yardımcıları, kambiyo kontrolörleri ve kambiyo murakabe mercileri bu kanunda arama yapmaya yetkili merciler olarak gösterilmiştir.¹⁹¹ Bu kanun kapsamındaki suçlar açısından belirtilen kişilerin yazılı arama emri ile arama icrası mümkündür.

Kolluk amirlerinin yazılı emri üzerine arama yaptırabilmeleri cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerle sınırlıdır(CMK md.119 ,AÖAY md. 7/2). Gerek C.savcısının gerek kolluk amirlerinin ve gerekse de özel yasalarda arama yapma yetkisi verilenlerin arama emri yazılı olmak zorundadır.¹⁹² Sözlü olarak arama emri verilemez.¹⁹³

¹⁹⁰ **MESTAV** Mehmet, Orman Kanunu ve İlgili Mevzuat, s.465-466

¹⁹¹ TPKKK. Ek md.1

¹⁹² Anayasa ve CMK da var olan bu düzenlemelere rağmen PVSK nun 2/VIII m.de yer alan “*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için..*” ve son fıkra hükmü olan “*Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.*” hükmünün işlevsiz hale geldiği ve değiştirilmesi gerektiği ortadadır

¹⁹³ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emrinin yazılı olması şartının aranması eleştirilere uğramaktadır.**ÇAMLİBEL** Cemil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku, PD, S.36.Yazara göre Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı ile yazılı emir şartının birbiriyle bağdaşması mümkün değildir.Çünkü gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı kişilere veya kamuya yakın bir tehdidin olduğu durumları ifade eder.Bu durumda kolluk kuvvetlerinin yazılı emir alınana kadar olaya müdahale edememeleri telafisi imkansız sonuçlara sebep olabilir.Böyle bir durumda özel hayatın korunması amacıyla getirilmiş bir düzenleme daha üstün temel hakların tehlikeye düşmesine yol açar; **ÖZTÜRK** Bahri, 2001 Anayasa Değişikliklerinin Ceza Muhakemesine Etkileri, “Terör, Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları” konulu 16.Hukuk İhtisas Semineri, ÇPD, S.13.Yazara göre yazılı emir şartının getirilmesi uygulamada hukuk devleti ile bağdaşmayacak sonuçların doğmasına sebep olacaktır.Canlı bomba olan birinin üst aramasının yapılabilmesi için yazılı emir alınana kadar doğacak sonuçların vehameti veya yazılı emir alınana kadar üst araması yapılamayan birinin aramaya göre daha ağır bir koruma tedbiri olan yakalamaya maruz kalması buna örnektir.Bu gibi durumlarda insan haklarının korunması amacıyla yapılmış olan bu değişiklikler tersine çalışarak insan haklarının önünde engel oluşturacaktır,aynı yönde bir başka

Kolluk amirinden kimin anlaşılacağı sorunu uygulamada tereddütlere yol açmaktadır Adli kolluk görevini başlıca Emniyet ve Jandarma teşkilatı personeli yapmaktadır. 04.06.1937 tarih ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu(ETK) açısından kolluk amiri kavramı tartışmalıdır. Ancak Yargıtay uygulamasına göre il veya ilçe emniyet müdürü, ilçe emniyet amiri ve ilçe emniyet komiseri adli kolluk amiri diğer personel ise kolluk memuru niteliğindedir.¹⁹⁴ Jandarma teşkilatı açısından ise, JTGY' nin 148. maddesi ilçe ve il merkez jandarma komutanının kolluk amiri, diğer personelin ise kolluk memuru olduğunu açıkça düzenlemektedir.

AÖAY'nin 4. maddesine göre, kolluk amiri konuyla ilgili yetkili ve görevli kolluk biriminin amiridir. EAÖAY taslağında da kolluk amiri, asgari ekip amiri olmak üzere, konuyla ilgili yetkili ve görevli en alt düzeydeki kolluk biriminin amiri olarak tanımlanmıştı. Yönetmeliğin tanımındaki '*konuyla ilgili yetkili ve görevli*' tanımlamasından ekip amirini anlamak mümkündür. Çünkü burada tanımlanan bir makam değil görevle sınırlı bir konumdur. Ayrıca kolluk amirinden kastedilenin, konuyla ilgili yetkili ve görevli asgari ekip amiri olduğunu anlamanın yasa ve pratiğe daha uygun olacağı ortadadır.¹⁹⁵

Gerek ETK ve JTGY'deki kolluk amiri tanımları, gerek CMUK'nda kolluk memurlarının arama emri verme yetkileri olmasına rağmen bu yetkinin CMK'nda verilmemiş olması nedeniyle kanun koyucunun kolluk memurlarına arama emri yetkisi vermek istemediği yönündeki iradesi, gerek yönetmelik taslağındaki "asgari ekip amiri" ve "en alt düzeydeki kolluk biriminin amiri" ifadelerine AÖAY de yer verilmemesi ve gerekse de uygulamada yeterli olmayan amir sayısı nedeniyle asgari ekiplerde amirlik görevini memur konumundaki

düşünce **ÇİÇEKLİ** Bülent/**ERYILMAZ** M.Bedri, Son Anayasa Değişiklikleri Üzerine Düşünceler,ABD, 2002-1,s.44

¹⁹⁴**MALKOÇ/GÜLER** , s.621; **KOÇ** Cihan/**ÖZBUDAK** Coşkun,Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Üzerine Bir İnceleme, s.1529,dn.1 ,in: **GÜNDOĞAN** Kadir/**KOÇ** Cihan/**ÖZBUDAK** Coşkun, Kolluk Görev ve Yetkileri Mevzuatı, Ankara 2003

¹⁹⁵ YENİSEY'e göre kolluk amiri, olaya ilişkin görev yapan kolluk memurunun ilk ve en yakın amir konumunda olan kişidir. Delile ele değen kişi amirdir. Bu nedenle kolluk amirinden kastedilen il emniyet müdürü değildir. **YENİSEY**, Denizli Semineri, s.23.

görevlilerin yapmaları ve bu nedenle kolluk amiri olarak asgari ekip amirini anlamının dolaylı olarak ta olsa kolluk memurlarına da arama emri yetkisi verme anlamına geleceği ve bununda kanun koyucunun iradesine ters düşeceği hususu hep birlikte değerlendirildiğinde, CMK ve AÖAY deki kolluk amiri ifadesinden makamın kastedildiğini ve bununda o yerin en yüksek jandarma komutanı ve polis amiri olduğu sonucuna varmanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz.¹⁹⁶

Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan arama ve el koyma işlemi üzerine; ilgili kolluk görevlilerince neden Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı, Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla arandığını belirten ayrıntılı tutanak düzenlenmeli ve soruşturma evrakına eklenmeli ve kolluk âmirinin yazılı emriyle yapılan arama ve sonuçları Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirilmelidir(AÖAY md. 7/3-5).

Kolluk amirlerinin yazılı arama emri verebilme yetkileri yer bakımından sınırlandırılmıştır. Kolluk amirleri yazılı arama emri ile konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı mahal niteliğindeki yerlerde arama yaptırılmazlar. Benzer bir sınırlama da C.savcılarını açısından öngörülmüştür. AÖAY'nin 7/4 maddesinde, 4926 sayılı KMK'da öngörülen suçlar açısından, hâkim kararı olmadıkça özel konut ve eklentilerinde arama yapılamayacağı düzenlenmiştir. Yani, bu suçlar açısından özel konut ve eklentilerinde Cumhuriyet savcısının yazılı emirle arama yaptırabilme yetkisi yoktur.¹⁹⁷

Cumhuriyet başsavcılıklarınca arama ile ilgili karar vermek üzere, yirmi dört saat süre ile bir nöbetçi cumhuriyet savcısı görevlendirilir(AÖAY md. 7/son)

Cumhuriyet savcısının, kolluk amirinin ve özel kanunlarda arama emri vermeye yetkili olanların yazılı arama emri üzerine yapılabilecek arama istisnai bir durumdur. Bu istisnanın uygulamada kural haline getirilmesinin¹⁹⁸ önüne geçebilmek için, verilen arama emrinin hâkim denetiminden geçmesini sağlamak gerekmektedir. Bu nedenle yetkili merciin yazılı emri yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur(An. md. 20,21) Buradaki 24 saatlik süre azami

¹⁹⁶ Aynı görüşte **KOÇ/ÖZBUDAK**, s.1529

¹⁹⁷ AÖAY deki bu düzenlemenin aynısı 4926 SK'nun aramalar başlıklı 17/3 md.de son cümle olarak yer almıştır.

¹⁹⁸ **ÖZBEK**,s.73

süre olup, yazılı emiri en kısa süre içerisinde¹⁹⁹ aramanın neticesi olumsuz olsa bile hakim onayına sunmak gerekir.²⁰⁰ Her ne kadar CMK ve AÖAY’nde buna ilişkin bir düzenleme mevcut değilse de, AÖAY ve CMK Anayasaya aykırı olamayacağından yazılı arama emrinin, el koyma gerçekleşsin veya gerçekleşmesin hakim onayına sunulması gerekir. Aksi halde yapılan işlem geçersiz hale gelecektir.²⁰¹

Hâkim, yapacağı bu denetimde makul şüphenin, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin var olup olmadığını ve eğer arama neticesinde el koyma işlemi yapılmışsa, bunun hukuka uygun olup olmadığını denetleyecektir. Şartları taşımamasına rağmen bir arama emri verilmişse hâkim arama emrini onaylamayacaktır. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar(An. md. 20,21).

bb. Önleme Aramasında

Önleme aramalarında arama yapılabilmesi kural olarak hâkim kararıyla mümkündür. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı arama emri üzerine arama yapmak mümkündür(PVSK md. 9/1,AÖAY md 20/2). Mülki amirden maksat, illerde vali veya bu konuda yetkilendirdiği yardımcısı ve ilçelerde kaymakamdır(AÖAY md 4).

Adli amaçlı aramanın aksine, kolluk amirlerinin önleme araması emri verme yetkileri yoktur. Kolluk amirlerinin önleme amaçlı arama emri yetkilerinin

¹⁹⁹ YILDIZ, s.4

²⁰⁰ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.53;YENİSEY, Denizli Semineri, s.39

²⁰¹ CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.274; YENİSEY Feridun, Arama Hukuku ve Vatandaşın Hakları, NTV TV Kanalında Söyleşi, İstanbul, 7 Temmuz 2003

olmaması, suçla mücadele açısından doğru bir düzenleme niteliğinde değildir.²⁰²

Cumhuriyet savcısının önleme aramasında rolünün olması durumunda, kolluğun ve idarenin önleme yetkileri ortadan kalkacağından, savcının önleme aramasında herhangi bir rolü yoktur.²⁰³ Ancak buna rağmen 4926 sayılı KMK 17/3 maddesinde, C.savcısına gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emirle arama yaptırabilme yetkisi verilmiştir. Bu hüküm kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali niteliğindedir.

KMK kapsamındaki önleyici aramalar KMK'nun 17/3 maddesinde düzenlenmiştir. Kanun önleme aramaları açısından, aramaların yapılacağı yere göre ikili bir ayırıma gitmiştir. Buna göre önleme araması ticarethane, işyeri eğlence yerleri ve eklentilerinde yapılacaksa kural olarak hâkim kararı üzerine ve ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine yapılabilecektir. Ancak, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz.²⁰⁴ Önleme araması özel konut ve eklentilerinde yapılacaksa, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bile olsa hâkim kararı ile arama yapılabileceği, yani mülki amirin ve Cumhuriyet savcısının yazılı emir verme yetkilerinin olmadığı belirtilmiştir.²⁰⁵

²⁰² Aynı görüşte **YILDIZ**.Yazara göre suçun işlenmesinin önlenmesi kolluğun başlıca görevlerinden biridir ve bu nedenle adli aramadan daha öncelikli olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirlerinin önleme araması verme yetkilerinin olması gerekir. Uygulamada yaşanan rahatsızlıklar bu tür bir düzenlemenin sebebi olamaz. Gerekli denetim mekanizması kurularak kolluk amirlerine de önleme araması emri verebilme yetkisi tanınmak gerekirdi; **YENİSEY**'de önleme amaçlı aramalarda kolluk amirinin yazılı emriyle arama imkanı tanınması gerektiğini ancak yasal anlamda böyle bir yetkileri olmadığından yönetmelikte bu yetkinin verilmediğini belirtiyor. **YENİSEY**,Kayseri Semineri, C.III.5, s.30

²⁰³ **YENİSEY** Feridun,AB Uyum Yasaları ve İnsan Hakları Çerçevesinde Kolluğun Görevleri Sempozyumu "Tebliğ"(05-06 Mayıs 2003 Samsun),19 Mayıs Polis Meslek Yüksek Okulu Yayınları, 2003, s. 35

²⁰⁴ AÖAY nin 14/3 maddesindeki "suçu önleme maksadıyla konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde arama yapılamaz" hükmü ile yasanın zımnî bir şekilde özel konutlarda önleme amacıyla arama yapılabileceği hükmünün çelişki arz ettiği ortadadır.Her ne kadar yönetmelikte önleme amaçlı arama yapılamayacağı hükmü yer alsada yönetmelik yasaya aykırı olamayacağından bu kanun kapsamında özel konut ve eklentilerinde önleme amaçlı arama yapılabileceği ortadadır

²⁰⁵ **GÜNAY** Erhan, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s.188

Mülki amirlerin arama emri vermeleri ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mümkündür. Mülki amir, gecikmede sakınca bulunup bulunmadığını takdir edecek ve eğer böyle bir hal varsa arama emri verecek yoksa evrakı karar vermek üzere hâkime havale edecektir. Önleme amaçlı aramaların yapıldığı yer ve durumlar incelendiğinde, bunların daha önceden planlı faaliyetler ve bilinen durumlar olduğu görülecektir. Bu nedenle önleme amaçlı aramalarda gecikmesinde tehlike bulunma ihtimalinin gerçekleşmesi, adli aramalara göre daha zor olacağından, mülki amirin gecikmesinde tehlike bulunma ihtimaline binaen vereceği arama emri çok istisnai durumlarda söz konusu olacaktır.²⁰⁶

EAÖAY’nde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin verdiği yazılı emirle yapılan önleme aramasının 24 saat içinde hâkim onayına sunulacağı düzenlenmesine rağmen(EAÖAY md 17/son) AÖAY’de bu hususta açık bir düzenleme yoktur. AÖAY’nin derneklerde aramanın düzenlendiği 22. maddesinde, el koyma söz konusuysa yazılı emrin 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden el koyma gerçekleşmediğinde hâkim onayının gerekmediği anlamı çıkmaktadır. Yetkili merciin verdiği yazılı arama emrinin hâkim onayına sunulması Anayasada düzenlenmiştir ve bu nedenle Anayasal bir zorunluluktur. Hâkim, makul sebebin ve gecikmesinde sakınca bulunan bir halin var olup olmadığını denetleyecek ve ona göre bir karar verecektir.

c. Karar ve Emre Gerek Olmaksızın Arama Yapılabilecek Haller

aa. Adli Aramada

aaa. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Bulunduğu Durumlarda Arama

AÖAY’nin 8/f maddesinde “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26 ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk

²⁰⁶ ÖZBUDAK Coşkun, Önleyici Arama, JD, Eylül 2002, S. 99, s 32

sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağruları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için.” hâkim kararı ve yetkili merciin yazılı emri gerekmediği düzenlenmiştir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu durumlarda, hâkim kararı ve yetkili merciin yazılı emri olmaksızın yapılacak arama, suç olmaktan çıkacağı için, bu gibi hallerde hâkim kararı olmaksızın arama yapılabilir. 5237 sayılı TCK’nda hukuka uygunluk nedenleri,1-Kanun Hükmü, Amirin Emri(TCK md. 25), 2-Meşru Savunma ve Zorunluluk hali(TCK md. 26), 3-Hakkın kullanılması ve İlgilinin Rızası(TCK md.27) şeklinde düzenlenmiştir.²⁰⁷

Hukuka uygunluk sebeplerini kısaca açıklamak konunun anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

Kanunlar hatta kanun şeklinde olmayan diğer metinlerde var olan bir hukuk kuralı, emredici nitelikte olsun veya olmasın, kişiye belirli bir şekilde hareket etme hususunda bir görev yüklüyorsa, bu kişi açısından söz konusu eylem, görevin ifası niteliğinde bir eylem olacaktır. Bu durumda da kanun hükmünün icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu olur.²⁰⁸ Kanun, KHK, tüzük veya yönetmeliklerde failin hareketine izin veren ya da ona bir görev yükleyen bir düzenleme söz konusuysa failin hareketi kanun hükmünün icrası niteliğindedir. Ancak failin eyleminin bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için failin yasada belirtilen bütün koşullara uygun olması gerekir.²⁰⁹

²⁰⁷ Amirin emri ve zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedenimi yoksa kusurluluğu kaldıran bir sebepmi olduğu öğretilerde tartışmalıdır. 5271 sayılı TCK madde gerekçelerinde amirin emri ve zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğu belirtilmiştir. HAKERİ’ye göre bu iki hal hukuka uygunluk sebebi değil kusurluluğu kaldıran sebeplerdir. **HAKERİ** Hakan, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, s.205-210; **ÖZBEK**’e göre her ne kadar 5271 sayılı TCK’nun madde gerekçelerinde bu iki hal kusurluluğu kaldıran sebepler olarak belirtilmiş ise de hukuka uygunluk sebepleridir. **ÖZBEK** V.Özer, TCK İzmir Şerhi, s.309-322.

²⁰⁸ **DÖNMEZER** Sulhi/ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,Genel Kısım, C.II, 11.Bası, s.83

²⁰⁹ **SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU**, CMUK, s.879

Yetkili merci tarafından verilmiş ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emrin varlığı halinde ise amirin emrini yerine getirmek hukuka uygunluk sebebidir. Ancak emrin yasanın belirlediği biçim ve öze ilişkin koşullara uygun olması gerekir.²¹⁰ Anayasada arama açısından yetkili merciin emrinin yazılı olması gerektiği açıkça düzenlendiğinden kanaatimizce amirin emrinin hukuka uygunluk sebebi olabilmesi, amir açısından bir kanun hükmü niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı durumunda mümkündür.

Kendisine veya başkasına ait bir hakka karşı gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırıyı, o andaki hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetme zorunluluğu amacıyla fiilin işlenmesi halinde meşru savunma hali, kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olunmayan ve başka surette korunma olanağı olmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kendisini veya başkasını korumak amacıyla bir fiil işlenmesi halinde ise zorunluluk hali söz konusudur(TCK md.25). Örneğin yanmakta olan binaya girip içerdekileri kurtarmaya çalışmak, ceza sorumluluğunun kalkmasına sebep olan zorunluluk halidir. Yine başkasına ait bina içerisinden imdat sesi gelmesi üzerine saldırıya uğradığı muhtemel olan birini saldırıdan kurtarmak meşru savunma halini oluşturacaktır.²¹¹ Burada amaç arama olmayıp, tehlike altında bulunan kişiyi kurtarmak, saldırıyı bertaraf etmek ve bu kapsamda suç işlediği iddia olunan sanığı etkisiz hale getirmektir.²¹² Belirtilen durumlarda bina içerisine girilmesi için karar ve emir gerekmeyecektir.

Hukuken tanınmış ve korunmuş bir hakkın kullanılması halinde de hakkın icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur. Hakkın kullanılmasının bir hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için, hakkın varlığı, kişinin bu hakkı başka bir merciye müracaat etmeksizin doğrudan doğruya kullanabilmesinin mümkün olması, hakkı doğuran sebeplerin koyduğu sınırlar içerisinde hakkın kullanılması yani hakkın kötüye kullanılmamış olması ve hakkın kullanılması ile eylem

²¹⁰ SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK, s.880

²¹¹ Benzer yönde bir düzenleme PYSK md.20/1 ve JTGYY'nin 33 md. yer almaktadır

²¹² ŞEN, s.244

arasında nedensellik bağının olması gerekir.²¹³ Türk Medeni Kanununun 981. maddesi gereğince zilyet rızası dışında elinden alınan taşınır şeyini, eylem sırasında veya kaçarken, alan kişinin elinden almak hakkına sahiptir. Bu anlamda örneğin bir kişinin, elinden telefonunu çalan kapkaççıyı kovalayıp yakaladıktan sonra telefonunu bulup almak amacıyla kapkaççının ceplerine eline koyup telefonunu araması için hakim kararı gerekmecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, bu durumun eylem sırasında veya kaçarken olması gerektiği yani suçüstü hallerinde söz konusu olacaktır.

Hukuka uygunluk sebepleri içerisinde en tartışmalı olan ilgilinin rızası halidir. Rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olması, rıza açıklayanın buna ehliyetinin olması ve eylemden önce rızanın açıklanması gerekir. Hâkim kararıyla arama yapılabileceği kuralının bir diğer istisnası olan rıza ile arama, arama hukukunun en hassas konularından birini oluşturur.²¹⁴

Hukuken geçerli ve serbest iradeye dayalı bir rızanın mevcut olması durumunda karar ve emre gerek olmaksızın arama yapılabilir.²¹⁵ Rıza sadece hâkim kararı alınması şartını ortadan kaldırır. Makul şüphe ve makul sebep oluşmadan rıza olsa dahi arama yapılması mümkün değildir.²¹⁶ Rıza ile arama durumunda, şahsın korunmaya değer görülen özel hayatını gizli tutma iradesi,

²¹³ **DÖRMEZER/ERMAN**, s.29-37; **ÖZTÜRK**, Ceza Hukuku ,s.168;**OKTAR** Salih, Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in:SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s.905

²¹⁴ Önceki AÖAY'nin 8. maddesinde düzenlenen rıza ile arama haline ilişkin düzenlemenin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmişti. İzmir Barosu Başkanlığı tarafından İçişleri ve Adalet Bakanlıkları aleyhine açılan davada Danıştay 10.Dairesi 2003/3396 E sayı ve 21.11.203 günlü kararında; Hakim yada yetkili merci kararı olmadan ev veya işyeri sahibinin rızası ile yapılacak aramaların Anayasanın "Özel Hayatın Gizliliği" ni düzenleyen 21.maddesine, "Konut Dokunulmazlığı" nı düzenleyen 21.maddesine, "temel hakların özüne dokunulmayacağı" ilkesini açıklayan 13.maddesine aykırı bularak bu temel hakların "vazgeçilemeyen" haklardan olduğunu belirttikten rıza ile arama durumunun bu hakların ihlalini kolaylaştıracağını, Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacağını açıklamış ve yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.

²¹⁵ Rızanın geçerliliği açısından önemli olan noktalar şunlardır 1)Şüphelinin eğitim ve zeka durumu, 2)Akıl hastası olup olmadığı, 3)Rızasını açıkladığı sırada sarhoş olup olmadığı, 4)Yakalandığı sırada zor kullanılmış olup olmadığı, 5)Rutin üst aramasında üzerinde bulunan anahtarların daha sonra ev aramasında kullanılıp kullanılmadığı, 6)Rıza beyanı esnasında tereddüt edip etmediği. **YENİSEY**, Arama, s. 49

²¹⁶ **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.190; **KAYMAZ**, s.141; Aksi yönde **YENİSEY**, Hukuka Aykırı, s. 631

gösterdiği rıza ile ortadan kalkmaktadır.²¹⁷ Yani bir anlamda kişi, ben özel hayatımı gizli tutmak istemiyorum demektir.

Rıza ile arama yapabilmek için kolluk memurunun ilgili kişiye bağlı bulunduğu birimi bildirip ve kimliğini gösterip, yapılan aramanın konusunu ve aramanın yapılmasına temel oluşturan sebebi açıklaması, aramayı kabul etmeme hakkı olduğunu hatırlatması ve kişinin rızasını aldıktan sonra imzası alıp, arama işlemine başlaması gerekir.²¹⁸ Rıza gösteren kişinin rıza göstermeye yetkisinin olması gerekeceğinden, kişinin sahibi veya zilyedi olmadığı bir yerin aranmasına rıza göstermesi geçerli değildir. Ayrıca verilen rızanın kapsamı da önemlidir.²¹⁹ Örneğin sanığın aranması için verilen rıza kapsamında girilen evde delillerin aranması mümkün değildir.

Rıza ile arama yapıldıktan sonra yapılan aramanın hâkim onayına sunulması ancak yapılan arama neticesinde el koyma gerçekleşmişse söz konusu olur. Rıza ile arama sonucunda el koyma gerçekleşmişse, aramanın 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekir. El koyma gerçekleşmemişse hâkim onayına sunmak gerekmez.²²⁰

AÖAY'nin 8/f maddesinde suçüstü hallerinde yapılacak aramalarda da karar ve emir gerekmeyeceği düzenlenmiştir. Bu duruma ilişkin açıklama ayrı bir başlık altında verilecektir.²²¹

bbb. Hakkında Tutuklama, Yakalama ve Zorla Getirme Müzekkeresi Bulunan Kişinin Yakalanması Amacıyla Yapılan Arama

AÖAY nin 8/a maddesi *“hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda ,işyerinde,yerleşim yerinde,bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak*

²¹⁷ YENİSEY, İstanbul semineri, s. 48

²¹⁸ EAÖAY,md.9/2

²¹⁹ YENİSEY, Arama, s. 50

²²⁰ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.153; ÖNDER, s. 427

²²¹ bkz.s.68-69

aramada” hakim kararı aranmayacağını düzenlemiştir. Maddede müzekkereli yakalama hallerinde arama icrası için karar ve emre gerek olmadığı belirtilmektedir. AÖAY’ndeki bu düzenleme, tutuklama ve yakalama ve zorla getirme müzekkerelerinin aynı zamanda arama yetkisini de içerdiği anlamına gelmektedir.

Tutuklama, yakalama ve zorla getirme müzekkerelerinin arama yetkisi verip vermediği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Yenisey ve Özbek’e göre tutuklama, yakalama ve zorla getirme aramaya göre daha ağır koruma tedbirleridir ve bu tedbirlere karar veren hâkim karar verirken en az arama kararı verirken gösterdiği titizliği göstereceğinden tutuklama, yakalama ve zorla getirme müzekkereleri arama yetkisini de içerir.²²² Ayrıca yine Yenisey’e göre hakkında tutuklama kararı olan bir sanığın aranabilmesi için tekrar bir hakim kararı aranması, hakim bağımsızlığına ters düşecek ve böyle bir anlayış, bir hakim tarafından verilen kararın uygulama yeteneği kazanabilmesini bir başka hakim kararına bağlı tutacağından, hukuk devleti prensiplerine aykırı olacaktır.²²³ Eryılmaz’a göre her ne kadar hakim yakalama kararı verirken en az arama kararı verirken gösterdiği titizliği gösterecek ise de ve yakalama açısından gereken kuvvetli şüphe arama için gerekli makul şüphe standardından yüksek ise de arama ve yakalama ayrı koruma tedbirleridir. Yakalamada tehlikede olan temel hak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı iken aramada tehlikede olan temel hak aile hayatını ve konut dokunulmazlığını da içeren özel hayatın gizliliği hakkıdır. Dolayısı ile aramanın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği her somut olayda değerlendirilmelidir. Aksi halde kolluk yakalama emrine istinaden belirtilen yerlerde her istediğinde arama yapacak bu da belirtilen yerlerde aranan şahıs dışında yaşayan insanların özel hayatlarının gizliliği ihlal edilecektir.²²⁴

Kanaatimizce, hakkında tutuklama, yakalama ve zorla getirme müzekkeresi olan şahsın, bu müzekkerelere dayanılarak belirtilen yerlerde aranabilmesi olanaklı hale getirilmesine rağmen, bu şahsın belirtilen yerlerde

²²² ÖZBEK, s.71; YENİSEY, İstanbul semineri, s. 65

²²³ YENİSEY, Denizli Semineri, s.10

²²⁴ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama ,s.150, dn.271

kolluk tarafından her istenildiğinde aranabilmesi mümkün değildir. Makul şüphe şartı oluşmaksızın her istenildiğinde arama yapılabilmesi, aranan kişiyle birlikte yaşayanların özel hayatlarının ihlaline neden olacaktır. Tutuklama ve yakalama müzекkerelerinin arama yetkisini de içerdiğini kabul etmenin diğer bir sıkıntısı ise , bu müzекkerelere istinaden sayısız ve istenildiği zaman arama yapabilme imkanının olmasıdır. Oysa arama kararları sadece bir defa için geçerlidirler ve aramanın yapılacağı zamanı gösterirler. Burada dikkat edilecek husus arama kararı açısından değil arama uygulaması açısındandır. Tutuklama, yakalama ve zorla getirme müzекkerelerine istinaden arama icra edilecekse CMK'nun 116 vd. maddelerinde belirtilen koşullara riayet edilmelidir.²²⁵

Bu düzenleme, kişinin yakalanması için belirtilen yerlerde aranmasını ve yakalandığı anda üst aramasının yapılabilmesini kapsar.²²⁶ Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, hakkında tutuklama veya yakalama müzекkeresi olan şahsın başkasına ait bir konut veya işyerinde olduğu bilinse bile, aranan şahsın yakalanması amacıyla arama yapılabilmesi genel kurallara tabidir. Böyle bir arama, eğer diğer istisnalar kapsamına girmiyorsa ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emir üzerine yapılabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki bu gibi hâllerde sadece yakalanacak kişiyle ilişkili işlemler yapılabilir. O yerde bulunan diğer kişiler hakkında ayrıca karar verilmemişse arama yapılamaz(AÖAY md.30/1).

ccc. Yakalama Sonrası Arama

Hâkim kararına gerek olmaksızın arama yapılabilecek hallerden biride yakalama sonrası yapılacak kaba üst aramalarıdır. AÖAY'nin 8/b maddesinde *“Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst*

²²⁵ ÖZBEK, s.71

²²⁶ Aksi görüşte KOÇ/ÖZBUDAK, s.1531, Yazara göre maddedeki düzenleme hakkında müzекkere bulunan kişinin aranmasına değil her nasılsa yakalanmış kişinin üstünde, özel kağıtlarında eşyasında ve aracında yapılacak aramaya ilişkindir.

aramasında” hâkim kararı gerekmediği düzenlenmiştir. Maddede hem müzekkereli hem de müzekkeresiz yakalama hallerinde yapılacak arama için karar ve emre gerek olmadığı düzenlenmiştir.

Kolluğun yakalama yapabileceği haller PVSK’nun 13. ve 17.,YGAİAY’nin 5. ve JTGY’ nin 29. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerin tümünde kolluğun, yakalanan kişinin kaçması veya başkalarına zarar vermesinin önlenmesi amacıyla, kişinin sağlığına zarar vermeyecek her türlü önlemi alacağı belirtilmiştir. Kolluğun alacağı ilk önlem ise bu şahsın kendisine veya diğer kişilere zarar verebilecek silah gibi şeylerden arındırılmasıdır.²²⁷

Kolluk görevlilerinin suçüstü halinde veya yoğun şüphe altında yakaladığı kişinin, çevrenin, sanığın, üçüncü şahısların veya kendi güvenliği açısından üzerini, aracını, çantasını arayabilmesi gerekir. Bu bir tür güvenlik nedeniyle aramadır.²²⁸ Aksinin kabulü kolluğun yakaladığı kişiyi aramaması ve arama emri beklemesi, aranan kişinin üzerinde bulunabilecek bombayı patlatması veya aranan kişinin üzerindeki silahı kullanmak suretiyle başkalarına zarar verebilmesine yol açar ki bu istenmeyecek bir durumdur.²²⁹

Kolluk bu amaçla yakalanan kişinin içinde bulunduğu aracında da arama yapabilecektir. Bu madde kapsamındaki aramalar açısından dikkat edilmesi gereken husus şudur. Yapılan arama yakalananın, kolluk memurunun veya üçüncü kişilerin tehlikeden korunması için yapılmakta olan ve yakalananın tehlikeli şeylerden arındırılması amacını güden kaba üst araması niteliğindedir. Yakalananın üzerinde veya içerisinde bulunduğu araçta yapılacak arama güvenlik nedeniyledir ve aramanın bu amacı gerçekleştirmeye yeterli olacak kadar yapılması, ayrıntılı arama halini almaması lazım gelir. Örneğin, araç içerisinde arama yapılıyorsa, aramanın yakalananın elinin uzanacağı yerlerle sınırlı kalması ve aracın tümünde arama yapılmaması, üst araması yapılıyorsa kaba üst araması yapılmakla sınırlı kalması gerekir.

²²⁷ YGAİAY’nin 6/2 maddesinde de bu husus düzenlenmiştir.

²²⁸ YENİSEY, Yeni Arama Hukukumuz, “burada tehlikeyi önlemek amacıyla arama yapılır”

²²⁹ ŞEN, s..243

Görüldüğü gibi bu gibi durumlarda arama yapmak, YGAİAY'nin 6/2 maddesinin emredici nitelikte düzenlemesi nedeniyle, kolluk memuru açısından görev niteliğinde ve kanun hükmünün icrası niteliğindedir. Bu nedenle hukuka uygunluk sebebi oluşturacağından karar ve emre gerek olmaksızın arama icrası mümkündür.

ddd. Nezarethaneye Konulmadan Önce Yapılacak Üst Araması

Nezarethaneye konulan şahsın hayatı ve vücut bütünlüğü devletin koruması altındadır. Bu koruma aynı zamanda nezarethaneye alınan şahsın kendi kendisine verebileceği zararları da kapsar. Kişinin kendisine zarar verebileceği şeylerden arandırılması, gözaltından çıkarıldıktan sonra işkence gördüğüne dair iddiaların da önüne geçebilecek bir tedbirdir²³⁰.

AÖAY nin 8/c maddesinde “Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında” hâkim kararı gerekmeyeceği düzenlenmiştir. Gözaltına alınan şahısların nezarethaneye konulmadan önce üst aramalarının yapılması hususu YGAİAY'nin 10. maddesinde yer almaktadır.²³¹ Söz konusu madde de nezarethaneye konulacak şahsın, nezarethaneye konulmadan önce aranacağı hususu düzenlenmiştir. Bu durumda yapılacak arama, görevli kolluk personeli açısından görevin ifası niteliğindedir. Bu nedenle yapılacak arama, kanun hükmünün icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebi içerdiğinden, hâkim kararına ve yazılı arama emrine gerek yoktur.

²³⁰ AİHM 22.07.2003 tarih ve 29484/95 sayılı Esen&Türkiye kararında bir kimsenin gözaltında iken tamamen polis memurlarının denetiminde olduğunu ve bu nedenle göz altında iken oluşmuş yaraların nedeninin devlet tarafından ispatlanması gerektiğini vurgulamıştır.in;TEZCAN/ERDEM/SANCAKTAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 264

²³¹ *Güvenlik araması*

Madde 10-Gözaltı birimine getirilen kişi hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

a) Nezarethaneye veya zorunlu hâllerde bu amaca tahsis edilen yerlere konulmadan önce usulünce aranır. Kadının üst veya vücudunun aranması, bir kadın görevli veya bu amaçla görevlendirilecek diğer bir kadın tarafından yapılır.

b) Kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelere arındırılır.

c) Üzerinden çıkan eşya ve para muhafaza altına alınır. Paranın nev'i, seri numarası ve miktarı, eşyanın vasıfları ve markasını belirten bir tutanak düzenlenir ve bu tutanağın bir sureti üstü aranan kişiye verilir.

eee. Yakalama ve Suçüstü Hallerinde Kaçan Kişilerin Yakalanması ve Delillerin Tespiti Amacıyla Yapılan Arama

Gerek müzekkereli gerekse müzekkeresiz yakalama hallerinde ve gerekse de suçüstü hallerinde kolluk güçlerinin elinden kaçan kişinin yakalanması ve suç delillerin elde edilmesi için yapılacak aramalarda karar ve emir gerekmeyeceği AÖAY'nin 8/d maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin d fıkrasına göre *“Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda,”* karar ve emir gerekmeyecektir.

Madde incelendiğinde, iki duruma ilişkin olarak karar ve emir gerekmeyeceğinin düzenlendiği görülmektedir. Bunlardan ilki müzekkereli veya müzekkeresiz yakalama hallerinde kaçan kişinin yakalanması ve suç delillerinin tespiti amacıyla yapılacak aramalara ilişkindir. İkincisi ise suçüstü halinde kaçan kişinin yakalanması veya suç delillerin tespiti amacıyla yapılacak aramalara ilişkindir.

Suçüstü hali, işlenmekte olan suç, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan, fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç ifade eder(AÖAY md.4/son). Suçüstü hallerinde şüphelinin kaçması veya hemen kimliğinin belirlenmesi imkânın olmadığı durumlarda herkesin yakalama yetkisi doğar(YGAİAY md. 5/3).

Kolluğun yakalama yetkisinin doğduğu durumlarda yakalamaya göre daha alt bir tedbir olan arama icrası mümkündür. Kanunun yakalama yetkisi verdiği bir durumda arama icrası için hâkim kararı alınması gerekmez.²³² Bu kapsamdaki arama hem yakalama, hem de delil elde etme amaçlı yapılan aramalardır.

²³² YENİSEY, Denizli Semineri, s.11.Yazara göre Anayasa ve kanunların yakalama yetkisi verdiği durumlarda,bir işin çoğu için yetki veren yasa söz konusudur. Çoğu için yetki veren Anayasa azı içinde yetki vermiş sayılır.

Yakalama sırasında yakalananın kaçması halinde kaçarken girdiği bina ve eklentilerde yapılacak aramalar açısından da hâkim kararı gerekmez. Çünkü bir yandan yakalananın kaçarken girdiği yerlerde bulunanlara verebileceği zarar nedeniyle acil ve zorunlu bir durum vardır²³³, diğer yandan ise kolluğun yakalama yetkisinin doğduğu bir durum olması nedeniyle yakalamaya göre daha alt bir tedbir olan arama açısından kolluk yetkilidir.

Bu gibi durumlarda kaçan kişinin girdiği yerlerde delil araması da yapılabilir. Çünkü kaçan kişi bilerek veya bilmeyerek suçta kullandığı suç aletini veya suç konusu eşyayı düşürmüş ve hatta saklamış olabilir. Bu eşyaların ele geçirilmesi amacıyla arama yapmak mümkündür.

fff. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamındaki Arama

Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunu yürürlükten kaldıran 10.07.2003 tarih 4926 sayılı KMK'nun 17. maddesi incelendiğinde, hem adli aramanın hem de önleme amaçlı aramanın düzenlendiği ve karar alınmadan yapılacak aramalara da yer verildiği görülecektir. Bu durumlarda arama yapmaya yetkili olanlar, kanunun 16. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre Mülkî amirler, gümrük ve gümrük muhafaza amir ve memurları, Emniyet, Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı personel arama yapmaya yetkilidir.

AÖAY'nin 8/e maddesi incelendiğinde KMK kapsamında hakim kararı olmadan yapılabilecek aramaların KMK'nun 17/2-6 ve 18/2 maddesindeki suçlara ilişkin olduğu görülecektir.²³⁴

²³³ Amerikan Yüksek Mahkemesi Werden v. Hayden(1967) davasında bu gibi durumlarda yakalananın girdiği yerlerde bulunanlara verebileceği zarar ihtimaline binaen acil ve zorunlu bir durum olduğunu ve bu nedenle hakim kararı olmaksızın polis arama yetkisinin olduğunu belirtmiştir.in;YENİSEY, İstanbul Semineri, s.66

²³⁴ *AramalarMADDE 17.- 16 ncı maddede sayılanlar bu Kanuna göre aramalara da yetkilidir.*

Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphelenilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda arama yapılır.

Ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde arama yapılması ve buralardaki eşyaya el konulması bu Kanunda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı; bu sebebe bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise o yerin en büyük mülkî amirinin veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılır. Mülkî amirin

veya Cumhuriyet savcısının verdiği yazılı emir yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar. Ancak, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz.

Arama sırasında kaçakçılık suçunun işlendiğini gösteren veya suçun kanıtlanmasına yarayacak olan belgeler bulunursa, sahibinin veya mümeyyiz akrabalarının, bunlar da bulunmadığı takdirde mahalde bulunan iki kişinin huzurunda mühürlenir ve aramayı yapan kimselerce alınarak tutanakla birlikte soruşturmayı yapanlara verilir.

Bu belgelerden suçun işlendiğini gösterenlerle suçun kanıtlanmasına yarayanlar ayrılarak soruşturma belgeleriyle birlikte Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Diğerleri imza karşılığında hemen iade edilir. El koyma işlemine karşı ilgililerce Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre itiraz olunabilir.

Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişiler gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir.

Hâkim veya Cumhuriyet savcıları ile bunların emirlerini yerine getirmekle görevli kolluk güçleri hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki yetkiler saklıdır.

Kaçak eşya arama işlerinde Kanuna aykırı hareket edenler hakkında Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanır.

Gümrük bölgesinde, Devletin genel güvenliğini ilgilendiren silâh, mühimmat, uyuşturucu madde kaçakçılığı ile ilgili organizasyonu yurt içinde ve yurt dışında bulunma ihtimali olan diğer kaçakçılık olaylarının ihbar ve vukuunda; gümrük ve gümrük muhafaza teşkilatlarınca kaçakçılığın men ve takibi ile olay bölgesinden sorumlu güvenlik kuvvetine haber verilir, müşterek operasyon yapılarak diğer güvenlik kuruluşlarına da neticeden bilgi verilir.

Silâh kullanma yetkisiMADDE 18.- Gümrük bölgesine 4458 sayılı Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır.

Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır.

"Dur" uyarısına uymayan kişiler için önce havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Bu uyarıya da uyulmaz ise görevli memurlar durmaya zorlayacak şekilde silâh kullanmaya yetkilidir. Ancak, silâhla karşılığa yeltenilmesi veya meşru müdafaa durumuna düşülmesi hallerinde yetkili memurlar doğrudan hedefe ateş edebilir. Memurların silâh kullanmalarından dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması halinde, bağlı bulunduğu kurum tarafından avukat sağlanır ve avukatlık ücreti kurumlarınca karşılanır.

Demiryolu araçlarına ilişkin işlemler istasyonlardaki beklemeleri sırasında uygulanır.

Kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla yükümlü olanlar, gümrük bölgesindeki her nevi deniz araçlarına yanaşıp yük ve belgelerini incelemeye yetkilidir. Görevlilerin yanaşmasına izin vermeyerek kaçan veya kaçmaya teşebbüs eden her nevi deniz araçlarına uluslararası deniz işaretlerine göre telsiz, flama, mors ve benzeri işaretlerle durması ihtar olunur. Bu ihtara uymayan deniz araçlarına uyarı mahiyetinde ateş edilir. Buna da uymayıp kaçmaya devam ettiği takdirde durmaya zorlayacak şekilde üzerine ateş edilir.

Konumuz açısından yani karar alınmadan yapılacak aramalara ilişkin hükümlerden ilki KMK'nun 17/2. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede *“Kaçak eşya,her türlü silah, mühimmat,patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda arama yapılır”* hükmü yer almaktadır. Buna göre ülkeye giriş, çıkış yapmak üzere gümrük idarelerine gelen yolcuların kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu madde bulundurduğundan şüpheleniliyorsa bu kişilerin üzerleri, eşyaları ve araçları aranacaktır. Ayrıca içinde kaçak eşya,her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda da arama yapılır.²³⁵ Madde metni incelendiğinde, söz konusu hükmün arama icrasına dair kısmının, kolluk görevlileri açısından bir görev niteliğinde olduğu görülmektedir. Bu durumda yapılacak arama, kanun hükmünün icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle, hâkim kararı ve yetkili merciin yazılı emrini gerektirmeksizin icra edilebilir.

AÖAY'nin 8/e maddesinde karar alınmadan yapılacak aramalara ikinci hal KMK'nun 17/6. maddesindeki suçlara ilişkin arama halidir. KMK'nun 17/6. maddesinde *“Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişiler gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir”* hükmü düzenlenmiştir. Bu halde de yapılacak arama, gümrük görevlileri açısından görev niteliğindedir. Bu nedenle kanun hükmünün icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebi oluşacağından, arama yapılması için hakim kararı ve yetkili merciin emri gerekmeyecektir.

Karar alınmadan yapılacak aramalara ilişkin diğer bir hal de 27.10.1999 tarih ve 4558 sayılı Gümrük Kanunu(GK)gereğince belirlenen kapı ve yollardan girmek, çıkmak ve geçmek üzereyken tesadüf edilen kişilerin üst, eşya ve araçlarının aranması halidir. KMK'nun 18/1 m.de GK gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden geçmenin yasak olduğu düzenlendikten sonra

²³⁵ Maddenin gerekçesinde de *“Uluslar arası sözleşmelerde giriş veya çıkış yapmak üzere gümrük idarelerine gelen yolcuların üst veya eşya aramasının istisnai hallerde gümrük kontrolü amacıyla örnekleme ve seçicilik esasına göre gümrük görevlilerince yapılabileceği belirtildiğinden,kaçakçılık veya diğer suçların işlendiği konusunda makul sebeplerin bulunması halinde ve istisnai olarak kişilerin üzeri ve eşyasının görevlilerce gümrük salon ve kapılarında aranabileceği öngörülmüştür...”* şeklinde belirtilmiştir. Maddenin gerekçesi için bkz ERTUĞRUL Metin, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Ankara 2004, s.779

maddenin ikinci fıkrasında “*Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır.*” hükmü getirilmiştir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere KMK’nun 18/2 maddesine göre kolluk görevlisinin arama yapması görev niteliğindedir. Bu nedenle yapılacak arama kanun hükmünün icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacağından hâkim kararına ve yazılı arama emrine gerek yoktur. Ayrıca burada bir suçüstü hali vardır ve bu gibi hallerde herkesin yakalama yetkisi doğar. Aramaya göre daha ağır bir tedbir olan yakalama açısından kolluk görevlisinin yetkisinin olması kolluk görevlisini arama açısından da yetkili kılacaktır.

Bu kanun kapsamındaki adli aramalar açısından karar ve emre gerek olmaksızın arama yapılabilecek haller istisnası hariç, suçlara ilişkin olarak yapılacak aramalarda CMK’nun ilgili hükümlerine göre işlem yapılacaktır. Kural olarak hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili merciiin yazılı emri üzerine arama yapılabilecektir.

ggg. Gemide Suç İşlenmesi Halinde TTK Kapsamında Yapılacak Aramalar

TTK’nun 1472/1 maddesine göre, gemi yabancı bir memlekette veya denizde bulunduğu sırada gemi adamları veya gemideki diğer kimselerin suç işlemesi durumunda gemi kaptanının bir takım yetkileri vardır. Bu yetkilerin içerisinde delilleri toplamak, delillerin ziya uğramasını engellemek ve suç vasıtalarının saklamakta yer alır. Kaptan açısından bunlar yetki olmakla birlikte bir yükümlülüktür de. Suç işlendikten sonra, kaptan, gemi zabıtları ve güvenilecek diğer kimselerle birlikte şahısların üzerinde ve eşyalarında, belirtilen amaçlarla arama yapar.

Her ne kadar AÖAY’nde hakim kararına gerek olmaksızın yapılabilecek adli aramalar arasında sayılmamış ise de TTK’nun 1472 maddesinde gemide suç işlenmesi durumunda gemi kaptanının arama yapma yetkisi açısından hakim kararına gerek yoktur.

Kaptan gemide suç işlenmesi halinde yasanın sayılan tedbirleri uygulamaya, yasanın deyimiyile mecbur olduğu için bu durumda yapılan arama

kanun hükmünün icrası niteliğinde bir arama olacak ve bu nedenle arama hakim kararına veya yazılı emre gerek olmaksızın icra edilebilecektir. Hukuka uygunluk sebebi olan kanun hükmünün icrası söz konusu olduğundan, karar ve emir olmaksızın yapılacak arama hukuka aykırılık oluşturmaz.²³⁶

bb. Önleme Aramalarında

aaa. Giriş ve Çıkışı Belli Kurallara Bağlanmış ve Kamu Hizmetine Özgülenmiş Binaların Girişlerindeki Arama

AÖAY'nin 25/a maddesinde “*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*” karar ve emir gerekmeyeceği düzenlenmiştir.

Kamu hizmetine özgülenmiş binalara giriş ve çıkışın kurum ve kurumda bulunanların güvenliği açısından belli kurallara tabi tutulması söz konusu olabilir. 22.07.1981 tarih ve 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun’a göre bazı nitelikteki kurumların giriş ve çıkışları koruma ve güvenlik açısından özel şartlara tabi tutulmuştu.²³⁷ Bu

²³⁶ **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama s.169.Yazara göre bu durumda yazılı emir üzerine arama yapılabilir ve bu nedenle 24 saat içerisinde yapılan aramayı hakim onayına sunmak gerekir

²³⁷ RG 24.07.1981 T., S.17410.Kanunun amacını tanımlayan 1. maddesine göre “Milli ekonomiye veya Devletin savaş gücüne önemli ölçüde katkısı bulunan,kısmen veya tamamen yıkılmaları,hasara uğratılmaları veya geçici bir zaman için dahi olsa çalışmadan alıkonulmaları,ülke güvenliği,ülke ekonomisi veya toplum hayatı bakımından olumsuz neticeler yaratacak,kamuya veya özel kişilere ait kurum ve kuruluşların sabotaj,yangın,hırsızlık,soygun,yağma,yıkma burada bulunanların zorla işten alkoyma, sağlıklarını ve vücut bütünlüklerini tehdit ve tehlikelere karşı korunması ve güvenliklerinin sağlanması, yurt dışına giriş çıkış yapılan yerlerde giriş ve çıkışa yarayan belgelerin kontrolü ile giriş çıkış işlemlerinin yapılması, aranan ve giriş çıkışı yasaklananların resmi güvenlik görevlilerine tesliminin sağlanmasıdır.Askeri kurum ve kuruluşlarla, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ve Emniyet Teşkilatına ait kurum ve kuruluşların korunmaları özel mevzuatlarına tabidir.”yine kanunun uygulama kapsamını gösteren 2. maddesinde de “Bu Kanun hükümlerine göre korunacak ve güvenlikleri sağlanacak yerler; 1. maddede belirtilen özellikleri taşıyan milli eğitim ve öğretim ve ekonomi ile Devletin savaş gücüne önemli ölçüde katkısı bulunan baraj, enerji santralleri, rafineri, enerji nakil hatları, akaryakıt nakil, depolama, yükleme tesisleri ve benzeri yerlerde, sivil trafiğe açık Devlet eliyle işletilen hava meydanları ve limanlar, tarihi eserler, ören yerleri, sitler, açık ve kapalı müzeler, sanayi ve ticari ve turistik tesislerdir.” hükmü yer almaktadır.

nitelikteki kurumların güvenliğini sağlamaktan sorumlu görevliler yasanın 9. maddesine göre kurumu her türlü tehlikeden korumak ve gerekli olan bütün önlemleri almakla görevlidir. Ancak 2495 sayılı kanun 10.06.2004 tarih ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 27. maddesi gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.²³⁸

Koruma ve güvenlik düşüncesiyle, bazı kamu kurum ve kuruluşlarının giriş ve çıkışlarında, giren ve çıkanların üzerlerinin aranması söz konusu olabilir. Ancak yapılacak mutata aramaların hakim kararına gerek olmaksızın icra edilebilmesi için söz konusu aramanın aramayı icra edenler açısından, kanun hükmünü icra niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebi içermesi gerekir.

Bunun haricinde kendi özel kanunlarında kuruma giriş ve çıkışlarda arama yapılacağı düzenlenen kurumlarda vardır. Örneğin 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkında Kanunun ziyaret ve görüşlerde uygulanacak esasları düzenleyen 86. maddesinde, hapisanelere girişte personelin, ziyaret ve görüşe gelenlerin aranacağı düzenlenmiştir.²³⁹

Ayrıca yine Merkez Bankası ve Darphane gibi yerlerde çalışanlar girişte ve çıkışta aranmaktadır. Bu gibi kurumlarda çalışanlar haklarında bazı sınırlamalar getirileceğini önceden kabul ettiklerinden arama açısından hâkim kararı gerekmeyecektir.²⁴⁰

Bu nitelikteki kurumlara giriş ve çıkışlarda yapılacak aramalar görevli personel açısından kanun hükmünü icra niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacağından, yapılacak aramalar açısından karar ve emir gerekmeyecektir.

²³⁸ RG. 20.06.2004 T ve S.25504

²³⁹ Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında "Kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal dedektörle 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 aranmaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır." hükmü yer almaktadır.

²⁴⁰ YENİSEY, Hukuka Aykırılık, s.631

bbb. Hava meydanı, Liman ve Sınır Kapılarındaki Araç, Yolcu ve Görevli Personelin Aranması

Karar ve emir alınmadan yapılabilecek önleyici arama hallerinden bir diğeri de AÖAY'nin 25/b maddesinde yer alan hava meydanları, liman ve sınır kapılarındaki araç, yolcu ve görevli personelin aranması durumudur. Söz konusu maddeye göre “5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ek 1 inci maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında” karar ve emir gerekmeyecektir.

Uluslar arası Sivil Havacılık Örgütü(ICAÖ), Avrupa Sivil Havacılık Konferansı(ECAC), Avrupa Hava Seyrüsefer Güvenliğı Teşkilatı(EURO CONTROL) gibi hava taşımacılığı örgütleri ve sözleşmeleri hava taşımacılığını sıkı güvenlik şartlarına tabi tutmuştur. Türkiye'nin onayladığı ve yürürlüğe girmiş uluslar arası güvenlik antlaşmaları 23 Eylül 1971 tarihli “Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Montreal Sözleşmesi” ve 14 eylül 1963 tarihli “Uçaklarda İşlenen Suçlar ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Tokyo sözleşmesi” de sivil havacılığın güvenliğinin sağlanması amacıyla sözleşen taraflara güvenliğın sağlanması konusunda yükümlülükler yüklemiştir.

5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ek 1. maddesine göre vali veya görevlendireceğı mülki idare amiri, sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında güvenlik, hizmetin düzenliliğı ve etkinliğı, görevli personel arasındaki koordinasyonun sağlanması amacıyla gerekli önlemleri almaya yetkilidir. Valinin söz konusu yerlerdeki önlemleri alması aynı zamanda görevidir.²⁴¹ Bu anlamda genel güvenlik ve kamu düzeni açısından gerekli görülen hallerde vali veya görevlendirilen mülki idare amiri belirtilen yerlerde bulunan binaları, uçak, gemi

²⁴¹ 25.7.1997 Tarih ve 97/9707 nolu Sivil Hava Meydanları,Limanlar ve Sınır Kapılarında Güvenliğın Sağlanması,Görev ve Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik'in 5/b-c maddesi

ve her türlü deniz ve kara taşıtlarını, giren çıkan yolcular ile buralarda görevli personelin üzerini, eşyasını ve araçlarını aratabilecektir. Verilen emir yazılı olacak ve aramanın kimler tarafından yapılacağını gösterir nitelikte olacaktır. Ancak acele hallerde en kısa zamanda yazı ile teyit edilmek şartıyla sözlü emirde verilebilecektir. KMK'nun ve GK'nun aramaya ilişkin hükümleri saklıdır.²⁴²

Görüldüğü üzere İİK'nun ek.1 ve SHMLSKGSGHYHY'nin 5/b-c maddeleri gereğince vali belirtilen yerlerdeki güvenliğin sağlanmasından sorumludur. Valinin bu görev ve sorumluluğu nedeniyle arama emri verme yetkisi vardır. Bu nedenle bu durumlarda arama icra eden açısından amirin emri ve arama emrini veren açısından ise kanun hükmünün icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebi bulunacağından, yapılacak arama için karar ve emir gerekmecektir.

ccc. Olağanüstü hal valisinin emriyle yapılacak aramalar

Anayasanın 119 ve 120. maddeleri gereğince bu maddelerde belirtilen sebeplerle olağanüstü hal ilanı mümkündür. Olağanüstü hal kanununda birtakım arama halleri düzenlenmiştir. Ancak bu aramalar önleme amaçlı arama halleridir. Bu kanunun, yargı görevi, usul ve ceza hükümlerinin düzenlendiği 24-25 maddelerinde, adli amaçlı aramalarda usul hükümleri açısından istisnai bir düzenleme bulunmamaktadır.²⁴³

Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet hareketleri nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması

²⁴² Bu yönde bir düzenleme 25.7.1997 Tarih ve 97/9707 nolu Sivil Hava Meydanları, Limanlar ve Sınır Kapılarında Güvenliğin Sağlanması, Görev ve Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinde de yer almaktadır

²⁴³ Aksi görüşte **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.155-156. Yazara göre olağanüstü hal ilan edilen yerlerde il valisi ve bölge valisinin adli amaçlı arama açısından yazılı emirle arama emri verebilmesi mümkündür. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yazarın belirttiği olağanüstü hal kanununun 11/c, 14 maddeleri ile 430 sayılı kararnamenin 3/d maddelerindeki arama halleri madde anlatımlarından da anlaşılacağı üzere kamu düzeni ve genel güvenlik amaçlı yani önleme araması niteliğindeki aramalardır. Ayrıca adli amaçlı arama hallerinde Vali ve Bölge Valisinin yani yürütmenin bir temsilcisinin yetkili olduğunu söylemek Anayasadaki Kuvvetler ayrılığı prensibinin aksine bir yetki tanınması anlamına gelir ki bunu savunmak imkan dahilinde değildir.

nedeniyle olağanüstü hal ilan edilmişse, Olağanüstü hal kanununa göre kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak, il valisinin ve bölge valisinin yetkileri dâhilindedir(OHALK. md.14). AÖAY'nin hakim kararına gerek olmaksızın önleyici arama yapılacak haller arasında düzenlediği bu tür aramalar, önleyici nitelikteki aramalardır. AÖAY'nin bu tür aramaların önleyici arama olduğu yönündeki düzenlemesi ve bu aramaların genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak ve şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla yapılacağını düzenleyen kanunun 11/c maddesi hükümleri de, bu tür aramaların önleyici arama olduğunu göstermektedir.

Olağanüstü hal ilan edilen yerlerde yapılabilecek diğer bir önleyici arama hali de, bölge valisinin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde zabitanın talebiyle veya gerekli gördüğünde, yollarda, meskûn mahallerde yaptıracağı genel aramalar ile özel ve tüzel kişilere ait ev, işyeri ve eklentileri ile umuma açık olmayan mahallerde yaptıracağı aramalardır.²⁴⁴

Dikkat edilirse olağanüstü hal ilan edilen yerlerde il valisinin ev, işyeri ve eklentileri ile umuma açık olmayan mahallerde arama yaptırma yetkisi yoktur. Bu yetki bölge valisininindir. Bu aramalarda genel güvenlik, kamu düzeninin korunması amacıyla yapılacak aramalar olup önleyici niteliktedir.

Olağanüstü hal ilan edilen yerlerde, olağanüstü hal valisinin, olağan üstü hal ilanının sebeplerine göre, olağanüstü hal kanununun 9. ve 11. maddelerinde gösterilen tedbirleri alma yetkisi vardır. Eğer olağanüstü hal, hür demokratik düzeni ve temel hakları kaldırmaya yönelik şiddet hareketlerinin yaygınlaştığına yönelik ciddi belirtilerin oluşması veya bu şiddet hareketleri nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle ilan edilmişse, olağanüstü hal valisi 11. maddede belirtilen tedbirleri de alabilecektir. Bu tedbirlerden biride genel güvenlik, asayiş, kamu düzenini korumak ve şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak ve suç eşyası ve delil niteliğinde olanlara el koymaktır.

²⁴⁴ 430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği Ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, md.1 ve 3/d,RG,16.12.1990 tarih, S.20727,s.201

AÖAY'nin 25/c maddesinde “2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanununun 11 inci maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında” hâkim kararına gerek olmadığı düzenlenmiştir.

Anayasanın 20. maddesi, olağanüstü haller için ayırık bir durum öngörmemiştir. Anayasanın ilgili maddeleri gereğince, arama için mutlak hâkim kararı gerekecek ve ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri üzerine arama icra edilebilecektir. Bu nedenle, Olağanüstü hal valisinin bu yetkisini gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve yazılı arama emri vererek kullanması mümkündür. Ayrıca verilen arama emrinin 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekmektedir.²⁴⁵

ddd. Sıkıyönetim Komutanının emriyle yapılacak aramalar

Sıkıyönetim, Anayasanın 122. maddesinde düzenlenen olağanüstü bir yönetim türüdür. 1982 Anayasasının 122. maddesinde düzenlenen Sıkıyönetim haline ilişkin ayrıntılı hükümler 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununda mevcuttur.

AÖAY'nin 25/d maddesine göre “1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3 üncü maddesi kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasî parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, işyerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında,” hâkimden önleme araması kararı almaya gerek yoktur.

Anayasanın 122. maddesi gereğince ve bu maddede belirtilen sebeplerle sıkıyönetim hali ilan edilebilir. Sıkıyönetim altına alınan yerlerde genel güvenlik ve asayişe ilişkin zabıta kuvvetlerine ait görev ve yetkiler Sıkıyönetim Komutanlığına geçer. SK'nun 3. maddesinde Sıkıyönetim komutanının, Sıkıyönetim bölgesinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini sağlamakla görevli olduğu ve bu nedenle arama emri vermeye yetkili olduğu düzenlenmiştir.²⁴⁶

²⁴⁵ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.156.

²⁴⁶ 1402 sayılı SK

Sıkıyönetim halinde aramaya karar vermek yetkisi Sıkıyönetim komutanına aittir. Sıkıyönetim halinin yarattığı zorunluluk ve yetkinin kanuna dayanması nedeniyle Sıkıyönetim komutanı bu yetkisini herhangi bir müracaat, talep ve karara gerek olmaksızın res' en kullanma yetkisine sahiptir.²⁴⁷

Her ne kadar SK'da, sıkıyönetim komutanının herhangi bir talep ve karara gerek olmaksızın arama yetkisini kullanabileceği düzenlenmiş ise de, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı, sonradan çıkan kanunun önceden yürürlüğe girmiş kanunun kendisi ile çelişen hükümlerini yürürlükten kaldıracağı ve Anayasanın ilgili maddelerinin arama açısından Sıkıyönetim hallerindeki aramaları istisna kapsamında tutmadığı hususları hep birlikte değerlendirildiğinde, sıkıyönetim komutanının arama yaptırma yetkisini gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve yazılı emirle kullanabileceği ve verilen yazılı emrin 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerektiği ortadadır.²⁴⁸

AÖAY'nin 19/son maddesinde konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme amaçlı arama yapılamaz hükmü yer almasına rağmen yine yönetmeliğin 25/d maddesinde, önleme amaçlı aramalarda hakim kararına gerek olmaksızın arama yapılacak yerler içerisinde bu gibi yerlerin gösterilmesinin sebebini izah etmek zordur. Konutta önleme amaçlı arama yapılamaz hükmüne rağmen Sıkıyönetim Kanununun 3. maddesi kapsamında olmak üzere bu gibi yerlerde arama icrası için hâkim kararı gerekmez hükmünün düzenlenmesi bir çelişkidir. Bu durumlarda önleme amaçlı arama yapılabileceği ortadadır. Çünkü her ne kadar yönetmelik yasak getirirse de, kanunun verdiği yetkiyi yönetmelik kaldıramayacağından ve Anayasada da bunu

Madde 3 - (Değişik: 15/5/1973 - 1728/1 md.)

(Değişik: 19/9/1980 - 2301/2 md.) Sıkıyönetim Komutanı; Sıkıyönetim bölgesinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak ve sağlamakla görevlidir. Ayrıca, gerektiği hallerde aşağıda yazılı tedbirleri almaya yetkilidir.

a) Konutları ve her türlü dernek, siyasi parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaları, işyerleri ile özel ve tüzel kişilikleri haiz (Özerk müesseseler dahil) müesseseler ve bunlara ait müştemilat ve her türlü kapalı ve açık yerleri mektup, telgraf ve sair mersuleleri ve kişilerin üzerlerini herhangi bir müracaat, talep ve karara lüzum olmaksızın aramak ve bunlardan sübut vasıtaları olan yahut zor alıma tabi bulunan eşyayı zaptetmek;.....)

²⁴⁷ YENERER, s.92.

²⁴⁸ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama s.155.

yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığından, kanunun açıkça gösterdiği bu durumlarda arama yapmak mümkündür.

SK'nda adli aramalara ilişkin hükümlerde mevcuttur. Adli aramalar açısından konuyu incelemek gerekirse. Sıkıyönetim ilan edilen yerlerde SK 11. maddesi gereğince Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi adı altında mahkemeler kurulur. Bu mahkemeler kanunda belirtilen suçlara bakmakla görevlidirler (SK md. 13 vd.). Bu mahkemelerin görev kapsamındaki suçlara ilişkin özel usul kuralları SK'nun 18. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre bu mahkemelerin görev kapsamındaki suçlar açısından arama kararı vermeye SK'nun 18/b maddesi gereğince bu mahkemelerin hâkim sınıfından olan üyelerinden biri yetkilidir.²⁴⁹

Bu kanunun 2. maddesine göre, sıkıyönetim altına alınan yerlerde zabitanın genel güvenlik ve asayişe yönelik görev ve yetkileri sıkıyönetim komutanlığına geçeceğinden ve zabıta kuvvetleri bütün teşkilatı ile sıkıyönetim komutanının emri altına gireceğinden, sıkıyönetim komutanının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri olarak yazılı emirle arama yaptırma yetkisi vardır. Ancak bu aramanın 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekecektir.

Sıkıyönetim Kanununda aramaya ilişkin özel bir düzenleme olmadığından, CMK'ndaki adli amaçlı aramalar için aranan şartlar Sıkıyönetim Kanununu kapsamındaki aramalar açısından da geçerlidir.²⁵⁰ Sıkıyönetim Mahkemelerinin görevine girmeyen suçlar açısından da genel hükümlere göre arama yapılır.

²⁴⁹ Aksi görüşte **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.54. Yazara göre SK da adli ve önleme araması diye bir ayırım yapılmadığından bu kanunun 3/1-a maddesi gereğince Sıkıyönetim Komutanının arama kararı verme yetkisi vardır. Yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü her ne kadar yazar kanunda adli ve önleme araması ayırımı yapılmadığını düşünse de kanunun 3. maddesindeki arama faaliyeti bu maddenin girişinde de belirtildiği üzere genel güvenlik kamu düzeni ve asayişin korunması amacıyla yapılan bir arama faaliyeti olduğundan bu aramanın önleme amaçlı arama olduğu ortadadır. Adli arama kanunun 18. maddesinde düzenlenmiştir ve bu maddeye göre de adli amaçlı arama açısından yetkili hakimdir.

²⁵⁰ **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.155

eee. Muhafaza Altına Alınabileceklerin Üst ve Eşya Aramaları

Karar ve emre gerek olmaksızın arama yapılabilecek hallerden biri de muhafaza altına alınmalarına olanak bulunan kişilerin üst ve eşyalarının aranması halidir. Muhafaza altına alma, hukuken yakalama ve gözaltına alma sayılmayan hallerde, bir kişinin geçici bir süreliğine tedbir, yardım, koruma ve tedavi gibi saiklerle kolluğun denetimine alınmasıdır. YGAİAY'nin 4. maddesine göre muhafaza altına alma *“Kanunun yetki verdiği hâllerde yetkili merci önüne çıkarılması gereken kişilerin ilgili kurumlar veya kişilerce teslim alınana kadar sağlıklarına zarar vermeyecek şekilde ve zorunlu olduğu ölçüde özgürlüklerinin kısıtlanıp alıkonulmasını”* ifade eder.

AÖAY'nin 25/e maddesinde *“Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında,”* hâkim kararı gerekmeceği düzenlenmiştir.

Muhafaza altına alınması gerekli şahıslar hem kendi hem de kamunun emniyeti açısından tehlike yaratmakta olan şahıslardır. Kişinin vücudu veya hayatı bakımından mevcut bir tehlike söz konusu ise ve özellikle o kişinin iradesinin mevcut olmadığı veya yardıma muhtaç olduğu anlaşılıyorsa, polisin o kişiyi muhafaza altına alma yetkisinin olduğu kabul edilir.²⁵¹

PVSK'nun 1. maddesinde yardım isteyenlere ve yardıma muhtaç kişilere polisin yardım etmesi, polisin bir görevi olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda yoğun trafikte sendeleyerek yürüyen bir sarhoşun veya yağmur altında bayılıp kalan hamile bir kadının, yardım amacıyla muhafaza altına alınması polisin görevidir.

Kanunların kolluğa verdiği ve muhafaza altına almayı gerektiren yetkileri mevzuatımızda tek tek sayılamayacak kadar çoktur. Örneğin 07.04.1938 tarihli BKK ile yürürlüğe giren Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesinin 2/c-d maddelerinde, polisin sokaklarda dolaşan ve oturduğu yeri haber vermektan aciz olanları ve çocuklar ile serseri gibi dolaşan, kimsesiz oldukları tespit edilen çocukları ve çalışmaktan aciz olan kimseleri, denetim altına alıp, kanuni mümessillerine ve eğer kanuni mümessilleri yoksa kanunlarla belirlenen yerlere

²⁵¹ YENİSEY, Hazırlık Soruşturması, s.179

teslim etmek görevi düzenlenmiştir. Yine aynı nizamnamenin 24. maddesinde kuduz bir hayvan tarafından ısırılmış ve kendisinde kuduz belirtisi olan kişiler hemen yetkili yerlere polis tarafından bildirilmek zorundadır. Bu şahısların gerekli tedavi kurumlarına nakli sırasında başkalarına saldırması ihtimali varsa, talep halinde kolluk tarafından gerekli tedbirler alınarak, kolluk refakatinde nakilleri yapılacaktır. Bu durumda olan kişiler tabiidir ki öncelikle muhafaza altına alınacaktır. Benzer bir düzenleme de JTGY' nin 31/d maddesinde mevcuttur. Bu maddeye göre, jandarma kendini bilmez durumda olup, kimliği konusunda bilgi veremeyenlerin, kimliğini tespit amacıyla üst, eşya ve araçlarını arayabilecektir. İşte bu durumdaki şahıslarında üst ve eşyasının aranması için hâkim kararı gerekmezdir.²⁵²

Bu gibi durumlarda, kişinin üzerinde ve eşyasında yapılacak aramalar, suç eşyası veya delil elde etmeye yönelik olmayan, kişinin kimliğini, adresini ve yakınlarını tespiti veya muhafaza altına almadan sonra eşya kaybı iddialarının önüne geçecek, envanter çıkarma amaçlı eşya aramaları niteliğindeki aramalardır.

fff. Seçim günü yapılacak silah aramaları

AÖAY' nin 25/f maddesinde "26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanunun 79 uncu maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında." hâkim kararı gerekmezdir düzenlenmiştir.

Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun, İçki ve Silah Taşıma yasağının düzenlendiği 79. maddesinde, seçimin selameti amacıyla, oy verme günü bazı yasaklamalar öngörülmüştür. Bu yasaklardan biri de oy verme günü emniyet ve asayiş korumakla görevli olanlar haricindekilerin silah taşıyamamalıdır. AÖAY' nin 25/f maddesine göre bu yasak kapsamında olmak üzere silah taşıdığı konusunda makul şüphe olan birisinin üzerinin ve

²⁵² Muhafaza altına alınması gereken durumlara ilişkin olarak 1563 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 166 maddesinde, Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü 24. maddesinde bu yönde hükümler mevcuttur.

eşyasının aranması açısından hakim kararı gerekmez.Görüldüğü üzere istisna sadece silah taşıyıp taşımadığının tespitine yönelik yapılan aramalar açısındandır.Bu amaç haricindeki aramalar genel kurallara tabi olacaktır.

Her ne kadar AÖAY'ne göre bu durumlarda karar ve emre gerek olmaksızın arama yapılabileceği düzenlenmiş ise de, STHSKHK'da arama yapılmasına dair kolluk mensuplarına görev yükleyen bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, kanun hükmünün icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı gibi, diğer hukuka uygunluk sebepleri de söz konusu değildir. Ayrıca, karar ve emre gerek olmaksızın arama yapılabileceğini belirttiğimiz diğer haller de söz konusu değildir. Bu nedenle, her ne kadar AÖAY'nde seçim günü yapılacak silah aramaları açısından, karar ve emre gerek olmaksızın arama yapılabileceği düzenlenmiş ise de, arama yapabilmek için karar veya emir gerekecektir.

ggg. Özel işletmelerin girişlerinde yapılacak aramalar

AÖAY'nin 25/son maddesinde “*Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller, buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlıdır. Kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir. Ancak, bu yerlerin ve katılanların taşıyabilecekleri özel niteliklere göre, önleme aramaları kolluk güçleri tarafından da yapılabilir.*” hükmü yer almaktadır.

Mülkiyet ve idare hakkına dayanılarak, özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerinde, el veya kapı dedektörü yada X-Ray cihazı gibi cihazlarla kontrol edilerek buraya girmek isteyenlerin üzerleri ve eşyaları kontrole tabi tutulabilir.AÖAY'nin 25/son maddesinde bu gibi yerlerde yapılacak kontrollerin Özel Güvenlik Görevlileri(ÖGG) tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.ÖGG'nin arama yetkisini kısaca açıklamak faydalı olacaktır.

Özel Güvenlik görevlilerinin yetkileri 10.06.2004 tarih ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'da(ÖGHDK) ve 07 Ekim 2004 tarih ve 25606

sayılı RG de yayınlanan Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte(ÖGHDKUİY) düzenlenmiştir.

ÖGG'nin yetkileri ÖGHDK'nun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre ÖGG, görev yaptıkları yerlere girmek isteyenlerin üzerlerini duyarlı kapıdan geçirmek ve dedektörle aramak, x-ray cihazı ve benzeri güvenlik sistemlerinden geçirmek yetkisine sahiptirler. Ayrıca herkesin yakalama yapabileceği durumlarda ÖGG'nin de yakalama yetkisi olduğundan, yakalama nedeniyle orantılı arama hakları vardır. Orantılı aramadan kasıt yakalama esnasında yakalananın kendisine veya başka birine zarar verebilecek silah gibi şeylerden arındırılması amacıyla yapılan kaba üst aramasıdır. ÖGG'nin yangın, deprem gibi tabi afet durumlarında ve imdat istenmesi halinde görev alanındaki işyerlerine ve konutlara girme yetkisi de vardır. ÖGG'nin aramaya ilişkin diğer bir yetkisi de görev alanında bulunan ve haklarında yakalama, tutuklama veya mahkûmiyet kararı bulunan şahısların yakalanması amacıyla aranmasıdır.

ÖGHDKUİY'un 14. maddesinde, ÖGG'nin önleyici arama yetkileri ve kapsamı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *“Görev alanında, can ve mal güvenliğinin ve kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasaklanmış her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilmesi amacıyla dedektörle, x-ray cihazından geçirerek veya kanunda belirtilen durumlarda gerektiğinde üst araması yapılabilir.*

Kamuya açık alanlarda üst araması,24/03/2003 tarihli ve 25117 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği hükümlerine göre yapılır.Bu alanlarda özel güvenlik görevlilerince yapılacak üst araması genel kolluğun gözetim ve denetiminde yapılır.Arama sırasında yakalanan kişiler veya el konulan madde ve cisimler, yasal işlemi yapılmak üzere bir tutanakla genel kolluğa teslim edilir.

Arama kişinin aynı cinsiyetindeki görevli tarafından yapılır.”

AÖAY'nin 21. maddesinde ÖGG'nin görev alanlarındaki kontrol yetkileri düzenlenmiştir. AÖAY'nin 21. maddesindeki düzenleme ÖGG'nin arama yetkisi açısından ÖGHDK'un 7. maddesindeki düzenlemenin aynısıdır.

ÖGG'nin önleme araması yapma yetkileri mülkiyet ve yönetim haklarının bir uzantısı niteliğindedir. ÖGG'nin, görev alanlarına tehlike doğurabilecek, suç

işlemeye elverişli ya da zapt veya müsadereye konu olabilecek bir eşyanın girmesini engellemek amacıyla önleyici arama yapma yetkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Ancak ÖGG'nin önleyici arama yapabilmeleri için, aramanın görev alanı içerisinde ve görev sırasında olması²⁵³, uygulamadan önce bütün çalışanlara ve ziyaretçilere bilgi verilmesi ve uygulamanın adil ve ayırım yapmayan nitelikte olması gerekir. ÖGG'nin arama yetkilerinin sınırı, görev yaptığı yerin niteliğine göre değişir. Özel mülkiyete konu ve kapalı mekânlarda ÖGG'nin arama yetkileri tamdır. Kamu yönetimine ait kapalı alanlarda ÖGG'nin arama yetkisi olmakla birlikte, bu yetki özel mülkiyete konu alanlara göre daha sınırlıdır. Otobüs terminali ve metro istasyonları gibi umuma mahsus kapalı alanlarda ve yol, park gibi umuma mahsus yerlerde ÖGG'nin kural olarak önleyici arama yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir.²⁵⁴

hhh. Cezaevlerinde Hükümlü ve Tutukluların Oda, Üst ve Eşyalarının Aranması

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun(CGTHK)'un 36. maddesine göre ceza infaz kurumunda düzen ve güvenliğin sağlanması amacıyla, oda ve bu odaların eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyalarında her ay mutlaka bir kez ve hükümlülerin haberi olmaksızın arama yapılır.

CGTHK görüldüğü üzere her ay bir defa belirtilen yerlerde arama yapılmasını zorunlu tutmuştur. Bu nedenle arama icrası aramayı icra edenler açısından görev niteliğindedir. Aramayı icra edenler açısından görev niteliğinde olan bu eylem, bir hukuka uygunluk sebebi olan kanun hükmünün icrasını oluşturacağından arama eylemi hukuka aykırı olmayacaktır. Her ne kadar AÖAY'nde hakim kararına gerek olmaksızın yapılabilecek aramalar arasında sayılmamış ise de bu durumda da arama icrası için hakim kararı gerekmeyecektir.

²⁵³ ÖGHDK md.7

²⁵⁴ GÜLCÜ Mustafa, Özel Güvenlik Görevlilerinin Kimlik Sorma, Arama ve Elkoyma Yetkileri, PD, Özel Sayı, Y.2003, s.198-199

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARAMANIN YER, ZAMAN VE KİŞİ AÇISINDAN ÖZELLİKLERİ

I. ARAMANIN YAPILACAĞI YER

A-ADLI AMAÇLI ARAMANIN YAPILABİLECEĞİ YERLER

1. Konut, İşyeri ve Etrafı Çevrili Diğer Mahaller

CMK'nun 118 ve AÖAY'nin 31/3 maddeleri konut, işyeri ve etrafı çevrili diğer mahallerde gece arama yapılamayacağını belirtmiş ve CMK 119 ve AÖAY'nin 30. maddeleri de bu gibi yerlerde yapılacak aramaları farklı usul hükümlerine tabi tutmuştur. Bu nedenle konut, işyeri ve etrafı çevrili diğer mahal terimlerinin kapsamının tespit etmek önem arz etmektedir.

Konut, bir kimsenin geçici veya sürekli olarak fiilen oturduğu yer olarak tanımlanabilir.²⁵⁵ Konut özel yaşam ilişkilerinin büyük ölçüde sürdürüldüğü, kişiliğin geliştirilmesine ve özel yaşamın icra edilmesine hizmet eden mekânsal ve sınırlı bir alandır.²⁵⁶ Önemle belirtmek gerekir ki konut olarak kullanılan yerin ele geçiş şeklinin hukuka uygun veya aykırı olması önemli değildir.²⁵⁷ Ayrıca konut olarak kullanılan yerin gayrimenkul niteliğinde olması da gerekmez. Bu nedenle

²⁵⁵ ÇINAR Ali Rıza “Konut Dokunulmazlığının Uluslararası Temel Belgelerde Düzenlenişi” İnsan Hakları Merkezi Dergisi Sayı 1995/4,in Savaş/Mollamahmutoglu, TCK Yorumu ,C.2, s.2184

²⁵⁶ ŞİMŞEK,s.88-89

²⁵⁷ ÖNDER, s. 433; Aksi görüşte ÖZBEK, s.109

taşınır nitelikte konutlar, çadır ve gemi kamarası gibi yerlerde konut niteliğindedir.

Kanun koyucu maddenin uygulama alanını daraltmak istemediğinden, konut terimine göre daha dar ve sınırlı bir alanı ifade eden ev ve ikametgah terimlerini kullanmamıştır. Gerçektende, ev ve ikametgah terimlerinin kapsamı madden ve iradi özgüleme olarak konut kavramına göre daha dardır.Örneğin geçici süre kullanılan bir pansiyon veya otel odası ev ve ikametgah sayılmasa da konut dokunulmazlığı hakkı açısından koruma kapsamındadır.Konut dokunulmazlığı ihlal suçu açısından kanun koyucunun korumayı amaçladığı hak maddi bir şey olan konutun bizatihi kendisi değil,özel hayatın gizliliği ve kişi özgürlüğü haklarıdır.²⁵⁸ Konut dokunulmazlığı insanın temel haklarındanir.Konut dokunulmazlığı hakkı İHEB 12,AİHS 8.,KSHİUS 17. maddede düzenlenmiştir.

Bir kimsenin aynı anda birden fazla konutu olabilir, bunların her biri arama açısından konutta yapılacak aramalar niteliğindedir.²⁵⁹ Ancak terk edilmiş yerler de yapılacak aramalar teknik anlamda arama değildir.²⁶⁰ Kullanıcısının tarafından terk edilmemekle beraber uzun süredir kullanılmayan ve/veya arama esnasında kullanıcısının olmadığı yerlerde yapılan aramalar teknik anlamda arama sayılırlar. Önemli olan kullanıcısının terk etmek yönünde iradesinin varlığıdır.

CMK'nun deyimiyle diğer kapalı yerler ise konutun mütemmim cüzü niteliğinde olmayan, ancak şüpheli veya sanığın yalnız kendisinin veya başkaları ile birlikte devamlı veya geçici olarak kullandığı yerlerdir.²⁶¹ Sair kapalı yerleri, konut ve işyeri niteliğinde olmayan, özel mülkiyete ait, taşınmaz nitelikte ve etrafi özel mülkiyete tahsis iradesini ortaya koyacak surette duvar, parmaklık çit gibi engellerle kapatılmış yerler olarak tanımlayabiliriz.²⁶² YCGK bir kararında eklentiyi mesken veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini

²⁵⁸ ÖNDER ,s. ; ÖZBEK, s.106; YENERER, s.175

²⁵⁹ ÇINAR, s. 2185

²⁶⁰ YENİSEY, Arama, s.7

²⁶¹ ÖNDER, s. 432

²⁶² ÖZBEK, s.111; YENERER, s.132

tamamlayan, rıza haricinde içine girilmesi meskende oturma hakkına sahip kimselerin huzur ve güvenliğini bozabilecek ek yapılar ve yerler olarak tanımlamıştır.²⁶³ Bu anlamda olmak üzere ortak kullanılan banyo, ortak kullanılan mutfak, balkon, avlu, ahır, samanlık ve bahçe gibi yerler eklenti sayılan yerlerdendir.

Çünkü eklentinin etrafının çevrili olması şartı yoktur. Bu düzenlemelerden kanun koyucunun etrafı çevrili olan eklentilerde yapılacak araştırma işlemi teknik anlamda arama olarak gördüğü, etrafı çevrili olmayan eklentilerdeki araştırma işlemi teknik olarak arama olarak görmediği sonucu çıkmaktadır.

CMK'nun 116 ve 117. maddelerine göre sanığa, şüpheliye ve üçüncü kişilere ait işyerlerinde de arama yapılabilecektir. 765 sayılı TCK'nun uygulamasında işyerlerinin konut dokunulmazlığı suçunun koruması kapsamında olmadığı bir durum söz konusuydu. Ancak 5237 sayılı TCK'nun 116/2 maddesi yerinde bir düzenleme ile açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan yerler dışında kalan işyerlerini koruma kapsamına almıştır.²⁶⁴ İşyerinin ne olduğu hususunda ne TCK'da ne de CMK'da bir tanım mevcut değildir. İşyeri olarak kabul edilen ve bir kimsenin görevini ve sanatını icra ettiği yer o kişinin işyeridir.²⁶⁵

İşyeri niteliğinde de olsa avukat bürolarının aranması, normal işyeri aramasına göre daha farklı özellikleri olması gereken bir durumdur.²⁶⁶ CMUK'da bu duruma ilişkin bir düzenleme yoktu. 5271 sayılı CMK'nun 130. maddesi avukat bürolarının aranmasına ilişkin özel hükümler getirmiştir. Bu düzenlemeye göre avukat büroları ancak mahkeme kararıyla ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak

²⁶³ YCGK 7.3.1988 T. 605/74 sayılı kararı, in; **SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU** , s.1817 vd

²⁶⁴ AIHM Niemietz-Almanya ve Gillow-Birleşik Krallık davalarında Konut kavramının meslek sahibinin bürosunu da kapsayabileceğine karar vermiştir, in; **KILKELLY U.**, AIHS'nin 8.Maddesi.. , s.19

²⁶⁵ **SOYASLAN** Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.222; **YENERER**, s.184

²⁶⁶ Adalet Bakanlığının 27.03.1971,11/37 sayılı genelgesine göre usul hükümlerinin gösterdiği istisnalar dışında avukat bürolarındaki aramaların savcı veya yardımcıları tarafından yapılmasına azami dikkat ve itinanın gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. in:Avukat Bürolarında Arama, **EREM** Faruk, Ankara 1971

Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya belirleyeceği bir avukatın huzuruyla aranabilecektir.

Avukat ve müvekkil ilişkisindeki güven unsurunun sağlanabilmesi için avukatlara ait büroların kolaylıkla aranmaması gerekir. Bu güven hem müvekkilin avukata duyacağı güven hem de avukatın kendi kendisine duyması gereken güvendir. Zira müvekkil avukata güvenmezse büroya delil getiremeyecek ve savunma hakkı otomatik olarak kısıtlanacak, avukatta tam bir güven içinde olmadığından mesleğini gereği gibi ifa edemeyecektir.²⁶⁷

Avukatın bürosu CMUK'nun 95 ve CMK'nun 117/2 maddelerinde sayılan yerlerdendir ve arama, bu maddeler gereğince, aranılan şeyin büroda bulunduğunu kabul edilmesini olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Avukat bürolarının aranması hususunda *“Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi nedeniyle öğrendikleri bilgiler”* hakkında tanıklıktan çekinebilecekleri (CMK md. 46/b) ve *“Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde buldukça el konulamaz”*(CMK md.126) hükümlerine dikkat etmek gerekir. Dolayısıyla meslek sırrı kapsamında kalan veya el konulamayacak bir delilin bulunması amacıyla arama yapmanın mümkün olmaması gerekir.²⁶⁸

Ancak avukat bürolarının arama da ayrık düzenlemelerden yararlanabilmeleri, avukatların suçun dışında kalmalarına bağlıdır. Yani ayrıcalığın sebebi avukatın şahsı değil yaptığı görevin niteliğidir.²⁶⁹

AÖAY'nin 30. maddesinde konut işyeri ve eklentilerinde aramaların nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kolluk, arama yapılacak kapalı yerlerde ve eklentilerinde öncelikle gerekli güvenlik önlemlerini alarak kapıyı çalacaktır. Hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle yapılan aramalarda veya karar alınmasını gerektirmeyen işlemlerde, mümkünse o yere girme izni verme yetkisine sahip kişilerle iletişim kurulmasına

²⁶⁷ EREM, s.4

²⁶⁸ EREM, s.3

²⁶⁹ EREM, s.7-8

çalışılacak, kolaylık gösterilmesi istenecektir. Ancak arama yapılacak olan yerin konut veya yerleşim yeri olarak kullanılmadığının bilinmesi, arama esnasında bu yerlerde kimsenin olmadığını anlaşılması, bu yerlerde oturan veya izin vermeye yetkili kişinin arama öncesinde bilgilendirilmesinin, delil karartmasına yol açarak aramanın amacını tehlikeye sokacak veya kolluk memurlarını veya diğer bireyleri tehlikeye düşürebilecek olması söz konusu ise iletişim kurmadan arama amacıyla kapalı yerlere ve eklentilerine girilebilecektir. Diğer hâllerde, kolluk memurları arama kararını gösterecek istisna en gecikmesinde sakınca veya tehlike bulunması hâlinde, bilgilendirme içeri girildikten sonra da yapılabilecektir.

Aramayla görevlendirilenler, aramaya karşı çıkılması hâlinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanarak direnci ortadan kaldıracırlar. Bilgilendirme yapıldıktan sonra, kapı açılmadığı takdirde güç kullanılacağı ihtar edilir ve buna rağmen kapı açılmazsa zorla eve girilir ve arama gerçekleştirilir. Güç, kademeli bir şekilde artarak kullanılabilir. Bulundurulması suç teşkil eden eşyanın arandığı evde bulunan kişilerin üstü, güvenlik veya suç eşyasının elde edilmesi amacıyla aranır. Arama, bulunması istenen şeyin boyutu ve niteliği göz önüne alınarak, amaca ulaşmak için gerekli olan ölçüde gerçekleştirilir. Aranacak yerde bulunan kişilerin özel hayatlarına ve mallarına gereken azamî özen gösterilir. Kasa gibi, açılması özellik isteyen eşya, kolluk tarafından veya masrafları kollukça karşılanmak üzere bu konudaki meslek erbabına açtırılır. Bu işlemin o yerde yapılmasının masraflı, külfetli veya oraya zarar verebilecek nitelikte olması durumunda, eşya kolluk tarafından muhafaza edilen başka bir yere götürülerek de açılabilir. Arama sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz.

2. Eşya Üzerinde Arama

Arama eşya üzerinde de yapılabilir. Eşya kavramına çanta, bavul gibi şeylerle birlikte kişinin o an giymediği elbise, takmadığı protez ve araçlar, konutunda ve sair yerlerde bulunan sandık, mobilya gibi eşyalar da girer.²⁷⁰

²⁷⁰ KAYMAZ, s.152; YENERER, s.137

Eşya üzerinde yapılan incelemenin teknik olarak arama sayılabilmesi için, biraz evvel de belirtildiği gibi yapılan incelemenin kişinin özel hayatına bir müdahale teşkil etmesi gerekir. Bu anlamda eşyanın terk edilmesi önem kazanır. Eşyanın terk edilmiş olması halinde, terk edilen eşya üzerinde yapılacak incelemenin arama sayılabilmesi, eşyayı terk edenin iradesine göre belirlenir. Bu nedenle eşyanın terk edilmesinin yanı sıra, önemli olan sahibinin eşyayı terk etmekle o eşya açısından özel hayatının gizliliği hakkında vazgeçip vazgeçmediğidir.²⁷¹

Eşya kavramına dâhil olan araçlar açısından da durum aynıdır. Araç kullanıcısı tarafından devlet müdahalesini öngörebilecek şekilde terk edilmişse içerisinde incelenmesi arama niteliğinde değildir.²⁷² Araçta yapılan incelemede delil elde edilmesi, sanığın veya şüphelinin yakalanması veya suçun önlenmesi amacı gütmüyorsa yapılan inceleme teknik olarak arama değildir. Örneğin sahibi tarafından trafiği engeller şekilde park edilen aracın görevlilerce çekilip parka götürüldükten sonra sahibine teslim sırasında sorun yaşanmaması için araç içerisinde bulunan eşyaların tespiti amacıyla envanterinin çıkarılması için araç içerisinde yaptığı inceleme arama sayılmaz.²⁷³

Araçlarda aramanın nasıl yapılacağı AÖAY'nin 29. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre araçlarda aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmasını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Araç araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır. Araç araması, kişiye en az sıkıntı verici şekilde ve makul olan en kısa sürede, aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Detaylı inceleme yapılması gereken hâllerde, başka yere götürülerek arama yapılabilir. Aranan araç bir deniz aracı ise deniz şartları sebebiyle aramanın denizde mümkün olmaması veya deniz aracının ayrıntılı aranmasının gerektiği hâllerde şüpheli deniz aracı en yakın ve

²⁷¹ YENİSEY, İstanbul Semineri, s.39

²⁷² YENİSEY, Arama, s. 8; YENİSEY, Hukuka Aykırı , s. 617

²⁷³ YENİSEY, Denizli Semineri, s.12

uygun limana çekilerek arama limanda yapılabilir. Boş araçların aranmasında, arama yapıldığını belirten bir not bırakılır. Bu notta, arama tutanağının bir kopyasının alınabileceği yer belirtilir.

Eşya üzerinde arama sayılabilecek diğer bir durumda CMK'nun 134. ve AÖAY'nin 17. maddelerinde düzenlenen bilgisayarda, bilgisayar programları ve kütüklerinde arama halidir. İnternet ve bilgisayar ortamında işlenen suçlarla ilgili detaylı yasal düzenlemeler yaparak, bu suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma usullerinin yargıç denetimine tabi hale getirilmesi adına yapılan bu düzenlemeyle, uygulamada daha önceleri Cumhuriyet savcılarının ve kolluğun hâkim kararı olmaksızın yapmış olduğu bu aramalar bundan sonra artık sadece hâkim kararı üzerine yapılabilecektir.²⁷⁴ Bu düzenlemeye göre, yapılan soruşturmada başka surette delil elde etme imkânı bulunmaması halinde, şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılabilir. Bu gibi yerlerde arama yapılmasına, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak istem üzerine hâkim karar verecektir.²⁷⁵

²⁷⁴ GÜLŞEN Recep, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama, HPD, S.03, Nisan 2005 ,s.94

²⁷⁵ *Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*

MADDE 134. - [1] Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözümlenerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir.

[2] Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

[3] Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.(AÖAY EK CÜMLE)Bu işlem,bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır

[4] İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

[5] Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır.

3. Kişi Üzerinde Arama

Kişinin üzerinin aranması, kişinin giydiği elbise, aksesuar ve buna benzer eşyanın içinde ve/veya altında, doğal vücut boşluklarında ve dış görünüş itibariyle bedeni üzerinde, tıbbi bir müdahalede bulunmaksızın duyu organları ile inceleme yapılarak delil aranmasıdır.²⁷⁶ Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır(AÖAY md 28/3).Kişilerin üzerlerinde yapılacak arama, insan onurunun dokunulmazlığının önemli bir ihlali olması nedeniyle, yapılacak aramanın hukuki olması ve çok iyi bir sebebe dayanması gerekir.²⁷⁷ Adli arama açısından kişilerin üzerlerinin aranması pek çok durumda söz konusu olabilmektedir. Kişinin üzerinin aranması umuma mahsus bir yerde olabileceği gibi konutta veya işyerinde yapılan arama sırasında, üzerlerinin aranması şeklinde de olabilir.

Bir kişinin umuma açık bir yerde üzerinin aranması durdurma sonrası aramalarda söz konusu olabilir. Kolluk görevlisi tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlardan, o kişinin suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde eder veya kişinin silahlı olduğu ve halen tehlike yarattığı kanaatine varırsa kişiyi durdurabilir(AÖAY md 27/2).Durdurulmaya sebep olan kanaat kolluğun kişiye soracağı sorular sonrasında ortadan kalkmaz ve aksine var olan kanaat güçlenirse, kişinin giysilerinden herhangi biri çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir inceleme yapılır. Sıvazlama suretiyle yapılan bu inceleme teknik anlamda bir arama işlemi değildir.²⁷⁸ Bu işlem sonucunda, kişide silah bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, kolluk görevlisi kendiliğinden silah ve diğer suç eşyası araması yapabilir(AÖAY md 27/5-a).

Konutta veya işyerinde yapılan arama sırasında orda bulunanların üzerleri güvenlik ve suç eşyasının elde edilmesi amacıyla aranabilir(AÖAY md 30/8).Buna göre eğer konuttaki arama delil elde etmeye yönelik bir arama ise orda bulunanlar, aramaya konu delili üzerlerinde bulundurma yönünde makul şüphe

²⁷⁶ ÖZBEK, s.116; YENERER , s.133; YENİSEY, Hazırlık Soruşturması, s.158

²⁷⁷ SOKULLU-AKINCI Füsün, Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi Lütfi Durana armağan özel sayısı 1988, S.1-3, s.262

²⁷⁸ YENİSEY, Yeni Arama Hukukumuz

varsa aranabilir. Kişinin üzerinin aranabilmesi için, aranacak kişinin suçla ilgisinin olduğuna dair delillerin bulunması gerekir.²⁷⁹ Bu durumda aranan delilin büyüklüğü ve niteliği önemlidir(AÖAY md 30/9).Örneğin kişilerin üzerlerinde aramaya konu delili bulundurmaları mümkün değilse bu amaçla arama yapılmamalıdır. Ayrıca gerek yakalama amaçlı aramalarda gerekse delil elde etme amaçlı aramalarda, yapılacak arama sırasında orda bulunanların güvenlik nedeniyle üzerleri aranabilir. Ancak bu durumda da tesadüfen orda bulunan kişinin silahlı olduğu hususunda makul şüphenin varlığına kanaat getirecek bir durum olmalıdır.²⁸⁰ Esasında bu halde yapılacak arama adli arama niteliği de arz etmez. Yapılan bir tedbir niteliğinde aramadır.

Üst araması açısından, çıplak olarak arama ve beden muayenesi ile kişinin vücudundan örnekler alınması özellik taşıyan durumlardır. Çıplak olarak arama, kişinin üzerindeki eşyaların ayrıntılı aranabilmesi amacıyla yapılan aramadır. Aramaya istinaden kişinin bedeninde inceleme yapılması, tıbbi inceleme sayılmayan, tıbbi yöntemler kullanılmayan ve mümkün olduğu kadar bedene dokunmaksızın gözle yapılan inceleme hallerinde mümkündür. Çıplak olarak arama, kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması halinde mümkündür(AÖAY md 28/9).Şüphe açısından makullük ve ciddiyet aranır. Bu arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir. Çıplak olarak arama, üst aramasının özel bir türüdür.²⁸¹

Beden muayenesi ve vücuttan örnekler alınması ise teknik anlamda arama sayılmayıp ayrı şartlara ve usul kurallarına tabidir. Beden muayenesi, iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi olmak üzere ikiye ayrılır.Dış beden muayenesi vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinde gözle ve elle yapılan basit tıbbi incelemedir.İç beden muayenesi ise kafa, göğüs ve karın

²⁷⁹ SOKULLU-AKINCI, Üst Araması, s.263

²⁸⁰ YENİSEY, İstanbul Semineri, s.64

²⁸¹ AIHM Valasinas&İspanya'ya karşı davasında verdiği kararda çıplak olarak aramanın bazen zorunlu olduğunu ancak uygulamanın doğru yapılması gerektiğini belirtmiştir.Bu anlamda bir erkeğin bir kadın karşısında soyunmaya zorlamanın ve cinsel organını tutmanın haysiyeti zedeleyen küçük düşürücü muamele olduğunu belirtmiştir.in; REİDY Aisling, AIHS'nin 3.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz(İşkencenin Yasaklanması),İnsan Hakları El Kitapları No:6, s.27

boşlukları ile cilt altı dokularının ve de cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayenelerdir.²⁸² Delil elde etmek amacıyla vücuttan kan,sperm veya benzeri biyolojik örnekler alınması ve saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınması durumunda da iç beden muayenesine ilişkin şartlar geçerli olacaktır.

5271 sayılı CMK'nun 75-81. maddelerinde beden muayenesi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Sanığın ve şüphelinin iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasının düzenlendiği 75. maddeye göre bu tedbire cumhuriyet savcısı ve hâkimin kararı üzerine başvurulabilir. Bu müdahaleler hekim tarafından veya sağlık mesleği mensubu başka bir sağlık personeli tarafından yapılabilir. Cumhuriyet Savcısının kararı üzerine bu muayene yapılmış ise C.savcısının kararı 24 saat içerisinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. İç beden muayenesi ve vücuttan sperm ve tükürük gibi örnekler alınabilmesi ancak, kişinin sağlığına zarar verme ihtimalinin olmaması hallerinde mümkündür. Ayrıca üst sınırı iki yıldan az olan suçlarda bu tedbire başvurulamaz.²⁸³

Sanık ve şüphelinin iç beden muayenesine ilişkin CMK'da ayrıntılı hükümler bulunmasına rağmen bu kişilerin dış beden muayenesi hususunda CMK'da hüküm mevcut değildir. Bu kişilerin dış beden muayenesine ilişkin hükümler BMY'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kişilerin dış beden muayenesi C.savcısının, kolluk görevlilerinin ve kovuşturma makamlarının talebiyle, müdahalenin kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması hallerinde ve tabip tarafından yapılabilir. Ancak girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri ile dış beden muayenesi yapılacaksa tabip gözetiminde bir sağlık mesleği mensubu da bu muayeneyi yapabilir. Örneğin röntgen çekilmesi suretiyle yapılacak beden muayenesi bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabilir.

²⁸² BMY md.3

²⁸³ CMK tarafından getirilen yeni düzenleme doğru olmakla birlikte eksik bir düzenlemedir.Oysa Adalet Bakanlığınca hazırlanan 2001 CMK tasarısının 79. maddesinde daha ayrıntılı bir düzenleme bulunmaktaydı.Tasarının 79. maddesinde bu müdahalelerin cerrahi bir müdahale şeklinde olamayacağı ve çok zorunlu ve başka türlü delil elde etme olanağının olmadığı durumlarda uygulanacağı düzenlenmişti.

Görüldüğü gibi arama ile bedenin muayenesi arasındaki sınır, incelemede tıbbi yöntemler ve araçlar kullanılıp kullanılmadığı²⁸⁴ incelemenin tıbbi inceleme sayılıp sayılmadığıdır. Örneğin aranan kişinin aramaya konu delili vücudunun dış yüzeyine yapıştırıp yapıştırmadığının tespiti amacıyla vücudunun gözle aranması veya ağzına koymuş olduğu delili bulmak için ağzının açılıp bakılması bir arama sayılacak, ancak aynı kişinin delili deri altına yerleştirmiş olması halinde onun çıkartılması veya ağzına koyduğu delili yutması halinde delilin ameliyatla çıkartılması işlemi ise beden muayenesi sayılacaktır.²⁸⁵

4. Askeri Mahallerde Arama

Yasanın deyiimiyle askeri hizmetlere mahsus yerlerde arama CMK'nun 119/5 ve As.MKYUK'nun 66 vd maddelerinde düzenlenmiştir.CMK'na göre askeri mahallerde arama Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla ve askeri makamlar tarafından,derhal ifa olunur.²⁸⁶

Askeri hizmetlere mahsus yerler münhasıran askeri hizmetlere tahsis edilmiş yerlerdir.²⁸⁷ Bu anlamda askeri gazinolar, ordu evleri ve askeri araçlarda²⁸⁸ yapılacak aramalar bu maddeye göre yapılır.²⁸⁹ Ancak bu gibi yerler ordu ile

²⁸⁴ ÖZBEK, s.112

²⁸⁵ CENTEL/ZAFER , s.286

²⁸⁶ CMUK 97/son maddesinde askeri hizmetlere mahsus yerlerin ordu ile alakası olmayan kişiler tarafından işgal edildiği takdirde askeri makamların müdahalesine gerek olmayacağını düzenlemesine rağmen CMK'nda bu yönde bir düzenleme mevcut değildir.

²⁸⁷ ÖZBEK, s.119

²⁸⁸ ÖNDER, s.443

²⁸⁹ Bu konuda askeri lojmanların durumuna ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesinin Ceza Bölümünün 9.3.1987 tarih ve 1987/30 E. 1987/34 K. Sayılı kararı önemlidir.Söz konusu karara göre kışla dışı askeri lojmanlar askeri mahal niteliğinde değildir. Bu nedenle buralarda işlenen suçlar adli yargının görevine girer. İn;DENGİZ Hasan, s.78, dn.7. Bu nedenle buralarda yapılan aramalar genel hükümlere göre yapılır

alakası olmayan kimseler tarafından işgal ediliyorsa, askeri makamların müdahalesine gerek kalmaksızın arama yapılır.²⁹⁰

Askeri hizmetlere mahsus yerlerde arama açısından, kanunun farklı bir düzenlemeye gitmesinin sebebi; askeri disipline hürmet, bu gibi yerlerde askeri amirin katılımının aramayı kolaylaştıracağı ve aramaya konu suça, askeri şahsın iştirak etmiş olması ihtimaline binaen askeri makamların müdahalesini imkân dâhiline sokmak düşüncesidir.²⁹¹

As.MKYUK'nun 66. maddesi bu kanun kapsamındaki suçlar açısından aramanın kurallarının düzenlendiği bir maddedir. CMK hükümlerinin uygulanması gereken suçlar açısından yani askeri mahkemelerin görevi dışında kalan suçlar ve sanıklar hakkında kuşkusuz ki CMK'nun 119/5 maddesi gereğince uygulama yapılacaktır.²⁹²

Koruma tedbiri niteliğindeki adli amaçlı arama As.MKYUK'nun 66-68 maddelerinde düzenlenmiştir. Askeri mahkemelerin görevine giren suçlarda²⁹³ askeri mahkeme, sanık veya şüpheli konumundaki asker kişilerin veya sivil kişilerin askeri mahal olsun veya olmasın konut, işyeri ile üstünde ve eşyasında arama kararı vermeye yetkilidir.²⁹⁴

²⁹⁰ **DENGİZ**, s.99. Askeri mahal niteliğindeki konak ve mevzii gibi yerler terk edildiğinde askeri müfreze tarafından korunmuyorsa askeri mahal niteliği sona erer, örneğin deprem mağdurlarına terk edilmiş kamplar bu niteliktedir. Bu durumda genel hükümlere göre arama yapılacaktır.

²⁹¹ **ÖNDER**, s.442

²⁹² Aynı yönde **DENGİZ**, s.97; Aksi görüşte **ÖZBEK**, s.119-120. Yazara göre 1963 tarih ve 353 sayılı As.MKYUK'nun yürürlüğe girmesinden sonra CMUK'nun ilgili maddesi uygulanma kabiliyetini yitirmiştir. Çünkü 1929 tarihli CMUK mevzuattaki eksiklik nedeniyle kabul edilmiş bir maddedir ve 353 sayılı yasa kabul edildikten sonra bu boşluk doldurulduğundan artık 353 sayılı yasanın ilgili hükümleri uygulanır. Yazarın bu görüşüne belirttiğimiz gerekçelerle katılmamız mümkün değildir.

²⁹³ Askeri mahkemelerin görev alanları ve hangi durumlarda arama kararı vermeye yetkili oldukları Anayasanın 145., As.MKYUK'nun 9, 11, 12 ve Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 12, 51 ve 100. maddelerine göre tespit edilebilir. Buna göre askeri mahkemeler, adli bakımdan kendilerine bağlı askeri birlik ve kurumlara mensup asker kişilerin işledikleri askeri suçlar ile askeri suç olmamakla birlikte asker kişilerin aleyhine veya askeri mahallerde yada askerlik hizmet ve görevine ilişkin olarak işledikleri suçlar ile sivil kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçları ile kanunda gösterilen görevleri ifa ettikleri sırada veya askeri mahallerde işledikleri suçlar ile sivil kişilerin askeri kişilerle iştirak halinde işledikleri askeri suçları yargılamaya yetkilidir.

²⁹⁴ **DENGİZ** Hasan, Askeri Mahkemelerde ve Askeri Kişiler Hakkında Arama, 18. Hukuk İhtisas Semineri, "Tebliğ", As. YD, Y.2003, S.15, s.81

Aramaya karar vermek yetkisi kural olarak askeri mahkemeye ait olmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı halinde²⁹⁵ askeri savcı veya teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya kurum amiri veya bunların vereceği emir üzerine diğer askeri makamların arama yetkisi vardır. Sivil yargıdan farklı olarak askeri yargıda, bir yargı organı olmamasına rağmen komutan ve kurum amirine de arama yapma yetkisi verilmiştir. Bu sivil yargı ile askeri yargı arasındaki gaye ve nitelik farkından kaynaklanmaktadır. Askeri yargı kapsamındaki her suç aynı zamanda askeri disiplini de etkileyeceğinden, disiplin amiri konumundaki şahıslara böyle bir yetki verilmiştir.²⁹⁶

Ancak bu gibi hallerde yapılacak aramanın yazılı emir üzerine yapılması ve 24 saat içerisinde hâkimin onayına sunulması gerekir(An. md. 20).

As.MKYUK'nun 66/2 maddesinde askeri mahaller dışında yapılacak aramalara üç gün içinde itiraz edilebileceği ve aynı maddenin 3. fıkrasında da itiraz mercilerinin nereler olduğu düzenlenmiştir. Anayasada yapılan değişiklikler nedeniyle yasanın bu maddesinde yeniden Anayasadaki düzenleme ışığında bir düzenleme yapılması ve artık gereği kalmayacağından itiraza ilişkin hükmün yürürlükten kaldırılması gerekir.²⁹⁷

“Kanunda aksi yazılı olmadıkça, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun arama ve zapt hakkındaki hükümleri askeri mahkemelerde de uygulanır.”(As.MKYUK md. 68)

Önleyici aramalar açısından konuyu incelemek gerekirse. Askeri mahkemelerin kararı veya teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amirinin emri ile disiplinin korunması, asayiş, emniyet, istihbarat ve güvenlik mülahazalarıyla önleme araması yaptırma yetkileri vardır. Ayrıca bir takım idari önlemlerin denetimi açısından askeri komutan veya amir idari denetim niteliğindeki aramaları yaptırabilir.²⁹⁸

²⁹⁵ 353 sayılı As.MKYUK nun 66.maddesi gecikmesinde sakınca bulunma halini milli güvenlik ve kamu düzeni ile sınırlı tutmuştur.

²⁹⁶ DENGİZ , s.92

²⁹⁷ DENGİZ ,s.102

²⁹⁸ DENGİZ ,s.93-94. Önleme araması ve idari arama yapılacak haller İç Hizmet Kanunu ve buna ilişkin yönetmelikle ilgili mevzuatta farklı düzenlemeler şeklinde yer almaktadır.

Askeri mahallerde, idari nitelikteki denetim amacı taşımayan önleyici arama niteliğindeki aramaların, kural olarak hâkim kararı üzerine yapılması ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yazılı emir üzerine arama yapılması gerekmektedir. Ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılan önleyici nitelikte aramanın 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekir(An. md.20-21).

5. Derneklerde Arama

AÖAY'nin 22. maddesinde derneklerde yapılacak önleme aramaları düzenlenmiştir. Derneklerde yapılacak önleyici nitelikte ki aramalar açısından aranan şartlar, önleyici aramalar açısından aranan genel şartların aynısıdır. Derneklerde yapılacak önleyici aramalar için de kural olarak hâkim kararı gerekmektedir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emre istinaden arama icrası mümkündür.

Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal nedeniyle arama icra edilmiş ve yapılan arama neticesinde el koyma gerçekleşmişse, mülki amirin yazılı arama emri yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulacaktır. Her ne kadar AÖAY'de mülki amirin yazılı arama emrinin el koyma söz konusuysa hâkim onayına sunulması gerektiği düzenlenmiş ise de, Anayasal bir zorunluluk olması nedeniyle verilen arama emrinin el koyma gerçekleşmeyen hallerde bile hâkim onayına sunulması gerektiği kanaatindeyiz.

Yazılı arama emri üzerine yapılan arama neticesinde el koyma gerçekleşmiş ise hâkim onayına sunulması üzerine verilen karar mülki amir tarafından dernek yöneticilerine yazıyla bildirilecektir. Bu düzenleme derneklerde arama açısından AÖAY'nin getirmiş olduğu farklı bir hükümdür.

B. ÖNLEME ARAMASININ YAPILABİLECEĞİ YERLER

Önleme aramasının yapılabileceği yerler AÖAY'nin 19. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre önleme araması

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

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

c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,

d) Öğretim ve eğitim özgürlüğünün sağlanması için her derecede öğretim ve eğitim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması olasılığı karşısında rektör, acele hâllerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri hâlinde, girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içerisinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerlerinde,

e) Umumî veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde,

f) Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında,

g) Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında,

h) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde,

i) 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun 6 ncı maddesi kapsamında gerçekleştirilen spor müsabakalarıyla ilgili olarak, müsabakaların yapılacağı spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde,

j) 5253 sayılı Dernekler Kanununun 20 nci maddesi kapsamında, derneklerde veya eklentilerinde, yapılabilir

Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.

Görüldüğü gibi halkın topluca bulunabileceği ve giriş çıkış yaptığı yerlerde önleme araması yapılması mümkündür. Adli amaçlı arama konusu anlatılırken bahsedilen üstte, araçta, özel kâğıtlarda ve eşyada arama hususunda söylenenlerden önleyici aramaya yapısı uyanlar burada da geçerlidir. Ancak bir daha vurgulamak gerekir ki, önleyici arama konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde yapılamaz.

II. ARAMANIN YAPILACAĞI ZAMAN

A. Adli Aramada

Adli arama hazırlık soruşturmasının başlamasından itibaren son soruşturmanın kesin hükümlerle bittiği ana kadar uygulanabilen bir koruma tedbiridir.²⁹⁹ Hâkim kararı veya yazılı emir üzerine yapılacak aramalar kararda veya emirde belirtilen süre içerisinde yapılır(AÖAY md. 31/1).Arama kararının verilmesinden itibaren çok uzun süre geçmesi durumunda karar anında var olan makul şüphenin aramanın icrası esnasında ortadan kalkabileceği düşünülerek arama kararı zamanla sınırlandırılmıştır.³⁰⁰

Aramanın amacını tehlikeye sokan acil bir durum yoksa, arama gündüz yapılır(AÖAY md. 31/2)Yani kural aramanın gündüz yapılması, gece yapılmamasıdır.5271 sayılı CMK'nun 118/1 maddesi CMUK'nun 96/1 maddesinde var olan düzenlemenin aynısını muhafaza ederek gece vakti konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapılamayacağını düzenlemiştir. Gece arama yapılmaması, gece dinlenmeye çekilmiş kişilerin zorunlu haller dışında

²⁹⁹ CMUK'da el koyma koruma tedbirinin düzenlendiği 86. maddesindeki tahkikat terimini geniş yorumlanarak iadeyi muhakemeyi içerir şekilde anlamak ve kıyas yolu ile bunu arama koruma tedbirine de uygulamak gerektiğinden arama koruma tedbirine iadeyi muhakemeye karar verilmesinden sonra da uygulamak mümkündür. **ÖZBEK**, s.96

³⁰⁰ **YENİSEY**, Hukuka Aykırı, s.621;**YENİSEY**, Arama, s.28.Yeniseye göre olayın somut özelliklerine göre yerine göre 3 ay bile süre tanınabileceği gibi 3-4 günlük sürenin de uzun sayılmayacağını belirtmiştir. **ÖZBEK**'e göre arama kararının alınması üzerine bunun makul süre içerisinde uygulamak gerekir ve 24 saatlik süre makul süredir 3 aylık bir sürenin uzun bir süre olduğunu belirten yazar **YENİSEY**in görüşünü eleştirmiştir. **ÖZBEK**, s.96, dn. 302,)

rahatsız edilmelerini önlemek amacıyla hizmet eden ve kişilerin geceleri konutunda özgürce yaşama hakkının duyulan saygının bir sonucudur.³⁰¹

Gündüz vaktinden ne anlaşılması gerektiği hususunda yönetmelikte, CMUK'da ve CMK'da açık bir düzenleme yoktur.³⁰² Ancak TCK'nun 6/e maddesinden yararlanmak mümkündür. Söz konusu maddeye göre Gece vakti; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman dilimidir. Dolayısıyla gündüz vakti güneşin doğmasından bir saat önce başlayan ve güneşin batmasından bir saat sonraya kadar devam eden zaman dilimidir.

Aramanın gece yapılamaması demek aramaya gece başlanamaması demektir. Yoksa gündüz başlanan aramaya gece de devam edilebilir.³⁰³ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus aramayı icra edenlerin dürüst işlem ilkesine aykırı olarak aramayı gereksiz yere uzatıp geceye taşımamalarıdır. Bu son durumda yapılan arama, hukuka aykırı arama niteliği kazanır.³⁰⁴ Ayrıca belirtmek gerekir ki aranan yerdeki rıza göstermeye yetkili kişinin rıza göstermesi halinde aramanın gece yapılması mümkündür.³⁰⁵

³⁰¹ ÖNDER, s.434; SOYASLAN, s.218

³⁰² Oysa 2002 CMUK tasarısının tanımlar başlıklı 2. maddesinin 7.fikrasında gece vaktinin tanımı yapılmıştı.

³⁰³ ÖNDER, s.435; ÖZBEK, s.98; ÖZTÜRK, Ceza Muhakemesi..., s.486; TOROSLU, s.225; YURTCAN, Yargılama, s.575; JTGGY'nin 113/5 maddesinde de bu yönde bir düzenleme vardır.Maddeye göre “Aramanın gündüz yapılması,aramaya gündüz başlanmış olması demektir.Gündüz başlanan aramalar gece de sürdürülebilir”

³⁰⁴ ÖZBEK, s.98;YENERER, s.121

³⁰⁵ ÇİMEN,s.82; ÖNDER s.435; YAŞAR Osman, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, s.482; SARIGÜL, s.74

1. İstisnalar: Gece Arama Yapılabilecek Haller

a. Genel Olarak

Gece arama yapılabilecek haller CMUK 96/1-2,CMK 118/2 ve AÖAY'nin 31/3 maddelerinde ayrı ayrı belirtilmiştir.³⁰⁶ 5271 sayılı CMK bu hallerin bazılarını muhafaza etmiş bazılarını ise istisna olmaktan çıkarmıştır. CMUK'nun 96. maddesinde mahkûmların toplanma ve sığınma yerleri ve suçtan elde edilen eşyanın saklanma mahalli ve gece vakti herkesin girip çıkabileceği bar, pavyon ve meyhane gibi yerlerde gece vakti arama yapılabileceğine ilişkin düzenleme CMK da mevcut olmadığından, artık bu gibi yerler istisna kapsamındaki yerlerden değildir.³⁰⁷ Unutulmamalıdır ki gece arama yapılabileceği yönündeki bu düzenlemeler istisnai nitelikte olup dar yorumlanması ve şartlarının oluşup oluşmadığı dikkatle incelenmesi gereken durumlardır.

b. Suçüstü Hali

Suçüstü cürüm yani meşhut suçun ne olduğu CMK'nun 2/j maddesinde tarif edilmiştir. Buna göre, işlenmekte olan suç, henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra zabıta, suçtan zarar gören veya başkası tarafından takip edilerek veya suçun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya ve izlerle yakalanan kimsenin işlemiş olduğu suç meşhut suçtur. Yani suçüstü hali üç halde söz konusudur. Birincisi suç işlenmekte iken, ikincisi suç işlendikten sonra takip sonucu yakalama hali ve üçüncüsü herhangi bir takip olmaksızın suçun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya ve izlerle yakalanma halidir.

Her ne kadar CMUK'nda ve EAÖAY'de suçüstü cürüm ve meşhut cürümden bahsedilmiş ise de 'cürüm' ifadesini suç olarak anlamak gerekir.³⁰⁸

³⁰⁶ Benzer bir düzenleme de JTGY'nin 113/4 maddesinde yer almaktadır.

³⁰⁷ 2001 CMK tasarısının 99. maddesinde belirtilen yerlerde istisna kapsamında iken bu gibi yerler CMK kapsamına alınmamıştır. bkz. ÜLGEN, s.185

³⁰⁸ ÖNDER, s.436

5271 sayılı CMK ve AÖAY bu durumu sadece suçüstü diyerek tanımlamış ve cürüm ifadesini kullanmamıştır.

CMUK'nun 96. ve CMK'nun 118. maddelerinin ifade tarzından, bu istisnanın sadece sanık ve şüphelinin yakalanmasına yönelik olduğu düşünülmemelidir. Yani suçüstü durumunda gece yapılacak arama sanık veya şüphelinin yakalanması amacıyla yapılabileceği gibi suçun iz, eser emare ve delillerinin ele geçirilmesi amacıyla da yapılabilir.³⁰⁹

Suçüstü nedeniyle gece arama yapılabilmesi için failin görülmesine veya işitilmesine gerek yoktur. Delillerin elde edilebileceği kanaati varsa ve suç meşhûr suçun şartlarını taşıyorsa arama yapılabilir.³¹⁰ Ancak bunun için makul şüphe şartının da gerçekleşmesi gerekir. Örneğin hırsızlık yaptığı işyerinden çıktıktan sonra elindekilerin görülmesi üzerine şüphelenilip takip edilen şahsın evine girmesi üzerine gerek yakalanması ve gerekse de suç delillerinin ele geçirilmesi için gece vakti evine girip arama yapılabilmesi mümkündür.

c. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Haller

Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimali varsa ve gerektiğinde de hâkimden karar almak için vakit bulunmuyorsa gecikmesinde sakınca bulunan hal var demektir.³¹¹ Yani gecikme nedeniyle aramanın başarısı tehlikeye düşecek gece arama yapılmazsa arama kısmen veya tamamen sonuçsuz kalacak ise gecikmede tehlike vardır.³¹² Şüphesiz ki gecikmede tehlike var olup olmadığının tespiti bir değerlendirme meselesidir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılacak arama Cumhuriyet savcısının bu emir alınamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri üzerine

³⁰⁹ YENİSEY, Arama, s.48

³¹⁰ ÖNDER, s.436

³¹¹ AÖAY md.4. Aynı yönde bir tanımda 2001 CMUK tasarısının 2/8 maddesinde yer almasına rağmen CMK da yer almamaktadır.

³¹² ÖNDER, s.437; YENERER, s.125

yapılır(AÖAY md 7/2).Bu nedenle bu halin var olup olmadığını, arama emrini veren savcı veya kolluk amiri takdir edecektir. Objektif bir kıstas olmamakla birlikte³¹³, arama emrini veren savcı veya kolluk amiri, somut durumun özelliklerini gözeterek bir değerlendirme yapacak ve ona göre emir verecektir.

Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin gecikmesinde sakınca bulunan bir hal nedeniyle vereceği arama emrinin hâkim denetiminden geçeceğini ve böyle bir hal olmamasına rağmen, emir vermiş olmaları durumunda yapılan aramanın hukuka aykırı arama olacağını, düşünmeleri ve bu nedenle yapacakları değerlendirmede daha titiz davranmaları gerekir.

Gecikmesinde sakınca bulunma hali, daha çok delil elde etmek amacıyla yapılacak aramalarda olur. Çünkü delillerin ortadan kaldırılması hali her zaman söz konusu olabilir. Buna karşılık, yakalama amaçlı aramalarda eğer yakalanacak kişinin kaçmasını engelleyebilecek nitelikte, kişinin girdiği yerin etrafında yeterli güvenlik tedbiri alınabiliyorsa, gecikmesinde sakınca bulunma hali söz konusu değildir. Ancak yakalama amaçlı arama halinde aranan kişinin girdiği yerlerde bulunan kişilere zarar verme tehlikesi söz konusu ise gecikmesinde tehlike bulunma halinin söz konusu olabileceği de unutulmamalıdır.

d. Firar Eden Kişi veya Tutuklunun veya Hükümlünün Tekrar Yakalanması Amacıyla Yapılacak Aramalar

Gece vakti arama yapılamayacağını diğer bir istisnası da, firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla arama yapılabilmesi halidir. CMUK(md 96/1) ta mahpus(hapsedilmiş) terimi kullanılmasına rağmen CMK ve AÖAY'nde hükümlü teriminin kullanıldığı görülmektedir.³¹⁴ Kanaatimizce CMK ve AÖAY'nde yer alan hükümlü terimi doğru bir terim değildir. CMUK'da yer alan mahpus teriminin dahi geniş yorumlanması gerektiği belirtilmesine rağmen³¹⁵ mahpus terimine göre daha dar ve genişleyici yoruma elverişsiz hükümlü teriminin kullanılması isabetli olmamıştır.

³¹³ ÖNDER, s.437

³¹⁴ CMK md.118/2, AÖAY md. 31/3

³¹⁵ ÖNDER, s.437; ÖZBEK, s.101

Her ne kadar tutuklu, mahpus ve hükümlüden bahsedilmiş ise de mahpus terimini özgürlüğü elinden alınmış olan olarak anlamak ve bu istisnayı mahkûm, tutuklu, yakalanan ve zorla getirilen kişinin kaçması durumunu da içerir şekilde anlamak gerekir.³¹⁶

5271 sayılı CMK'nun 118/2 maddesinde yakalanmış veya gözaltına alınmış olup ta firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması halinde, gece arama yapılabileceği şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme 1412 sayılı CMUK'nun 96. maddesine göre daha isabetli olmuştur.

Ancak herkes tarafından yakalama yapılabilen(CMK md.90) durumlarda, yakalanan kişinin yetkili merciye teslimine kadar ve sanığın şuurunun tetkiki için resmi bir müessesede gözlem altına(CMK md 74) alınana kadar kaçması durumu, gece arama yapılabilmesinin istisnasını oluşturmaz.³¹⁷ Eğer, yetkili merciye ve resmi kuruma teslimden sonra sanığın kaçması söz konusu olursa, gece arama yapmak mümkündür.

B. Önleme Aramasında

Önleme araması açısından zaman sınırlaması yoktur. AÖAY'nin 31/son maddesinde önleme aramaları, denetimler ve kontrollerin her zaman yapılabileceği açıkça belirtilmiştir.

Önleme aramasının gece yapılması, aslında bu aramanın niteliğinin zorunlu bir sonucudur. Önleme aramalarının yapılabileceği yerler özel hayatın gizliliğinin en az oranda söz konusu olduğu yerlerdir. Önleme aramaları halkın topluca bulunabileceği yerlerde yapıldığından, bu gibi yerlerde arama açısından bir zaman sınırlaması getirilmemiştir. Örneğin gece yapılacak bir konsere veya maça girişte, kişilerin üzerlerinin, aramanın gece yapılacak olması nedeniyle yapılamayacağını söylemek önleme aramasının bizatihi amacına ters düşecektir.

³¹⁶ ÖNDER, s.438; ÖZBEK, s.102; KUNTER/YENİSEY, s.682

³¹⁷ ÖNDER,s.438; ÖZBEK, s.102

III. ARAMANIN MUHATABI

A.ÖZEL STATÜLÜ ŞAHISLARLA İLGİLİ ARAMALAR

1.Adli Arama Açısından

a. Cumhurbaşkanı

Cumhurbaşkanı vatana ihanet suçu dışında göreviyle ilgili hususlarda sorumsuzdur(An. md.105).Cumhurbaşkanın vatana ihanet suçu ile suçlandırılmadıkça görevi ile ilgili suçlarda hakkında soruşturma yapılamayacağından, görevi ile ilgili suçlardan dolayı aranabilmesi de mümkün değildir.

Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili olmayan yani kişisel suçlarda sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı olup olmadığı hususunda Anayasada bir hüküm mevcut değildir.³¹⁸ Böyle bir düzenleme olmadığından bunun kıyas yoluyla doldurulması da mümkün değildir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı 1982 Anayasasına göre dokunulmazlığı kaldırılmış milletvekili durumundadır.³¹⁹ Buna göre Cumhurbaşkanı hakkında kişisel suçlarından dolayı soruşturma yapılabilmesi mümkün olduğundan, kişisel suçları ile ilgili aranabileceğini de söylemek mümkündür.

Sonuç olarak Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili olarak vatana ihanet suçu nedeniyle ve kişisel suçları ile ilgili yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında arama koruma tedbirine başvurulabilecektir.³²⁰

³¹⁸ 1924 Anayasasının 41/2 maddesinde Cumhurbaşkanının milletvekili dokunulmazlığından yararlanacağı düzenlenmişti.

³¹⁹ GÖZÜBÜYÜK Şeref, Anayasa Hukuku, 12.Bası, s.236

³²⁰ YENERER, s.11

b. Diplomatik Temsilciler

Devletlerarası ilişkilerin çoğunluğu, devletin yabancı devlet ülkesinde bulundurduğu ve devleti temsile yetkili kişiler aracılığıyla olur. Bu kişilerin görevlerini hiçbir baskı altında kalmadan ve gereği gibi yerine getirebilmeleri için bir takım dokunulmazlıkları vardır.

Diplomasi dokunulmazlığından kimlerin faydalanacağı ve dokunulmazlık kapsamına nerelerin gireceği, 9 Aralık 1931 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ve 14.4.1961 tarihinde Viyana’da imzalanan “Diplomasi İlişkileri ve Başışıklıkları Sözleşmesi” ile belirlenmiştir.

Diplomat statüsünde olmayan yabancı elçilik personeli dokunulmazlık sahibi değildir.³²¹ Viyana sözleşmesinin 29. maddesine göre diplomat statüsünde olan yabancı devlet temsilcileri, göreviyle ilgili olsun veya olmasın işlemiş oldukları suçlar dolayısıyla gözaltına alınamaz, tutuklanamaz, yargılanamaz. Dolayısıyla bu şahısların aranabilmesi mümkün değildir. Dokunulmazlık kapsamındaki yerler ise 22. madde de belirlenmiştir. Buna göre misyon binaları, nakil vasıtaları ve eşyaları dokunulmazlık kapsamında olup aranamazlar.

c. Yüksek Yargı Organı Mensupları

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay üyeleri hakkında soruşturma ve kovuşturma usulleri bu mahkemelerin özel kanunlarında düzenlenmiştir. Bu mahkemelerin üyeleri hakkında arama koruma tedbirinin uygulanmasına ilişkin özel kanunlar hükümler getirmiştir.

Yargıtay birinci başkanı, birinci başkan vekilleri, daire başkanları, üyeleri, başsavcısı ve başsavcı vekili hakkında görevi ile ilgili veya kişisel suçlarından dolayı soruşturma yapılabilmesi birinci başkanlık kurulunun kararına bağlıdır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır(YK md 46).Birinci başkanlık kurulu kendisine intikal eden ihbar ve şikâyetleri soruşturma açılması için yeterli görürse, ilk soruşturmayı yapmak üzere ceza dairelerinden birinin başkanını görevlendirir(YK

³²¹ SOYASLAN, s.108

md.46/2).Soruşturmaya yapan ceza dairesi başkanı sorgu hâkiminin tüm yetkilerine haiz olup, CMUK'nun ilk soruşturmaya ilişkin hükümlerini uygular(Y.K. md. 46/4).Görüldüğü üzere Yargıtay üyeleri hakkında arama yapılabilmesi, birinci başkanlık kurulunun ihbar ve şikâyeti yeterli görmesi halinde görevlendireceği ceza dairesi başkanının kararı üzerine mümkündür. Ancak tekrar söylemek gerekir ki ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde genel hükümler uygulanacaktır.

Danıştay üyeleri hakkında soruşturmaların nasıl yapılacağı Danıştay Kanununun(DK) 76 ile 82. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Görev ile ilgili veya görev sırasında işlenen suçlara ilişkin olarak kurulacak, bir daire başkanı ile iki üyenin oluşturduğu soruşturma kurulları, sorgu hâkiminin yetkilerine haiz olması nedeniyle, soruşturma kurulunun vereceği karar üzerine arama yapılması mümkündür. Ayrıca kişisel suçlar açısından da, Yargıtay başkan ve üyelerinin şahsi suçlarına ilişkin usul uygulanacağından(DK md. 82/1)ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri hariç arama yapılabilmesi, görevli soruşturmacının vereceği karar üzerine mümkündür.

Anayasa mahkemesi üyelerinin de ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılacağından(An. MK. md. 55) aranabilmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesi üyelerinin şahsi suçları açısından Yargıtay üyelerinin şahsi suçlarına ilişkin usul uygulanır. Anayasa mahkemesi üyelerinin göreviyle ilgili ve görevi sırasında işledikleri suçlar açısından üç üyenin oluşturduğu bir soruşturma kurulu kurulur. Bu kurul sorgu hâkiminin yetkilerine haiz olduğundan (An. M.K. md 55/2)verceği karar üzerine arama yapılması mümkündür.

Sayıştay başkan ve üyelerinin haklarında ceza soruşturmasının yapılabilmesi SK'nun 96. maddesinde, başkan ve üye haricindekilerin ceza soruşturması SK'nun 99. maddesinde düzenlenmiştir. İlk incelemeyi yapacak soruşturma kurullarının kararı üzerine Sayıştay başkan ve üyeleri hakkında arama icrası mümkündür. Başkan ve üyelerin kişisel suçlarına ilişkin soruşturma Yargıtay üyelerinin kişisel suçlarına ilişkin soruşturma hükümlerine göre yapılır.

d. Milletvekilleri

1982 Anayasasının 83.maddesinde milletvekili dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında TBMM üyelerinin meclis çalışmalarındaki oy, söz ve düşüncelerinden dolayı sorumlu olamayacakları düzenlenmiştir. Bu mutlak dokunulmazlığa yasama sorumsuzluğu denir.³²² Anayasanın 83/2 maddesinde ise nispi olan yasama dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Anayasaya göre seçimden önce veya sonra suç işleyen bir milletvekili meclis kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak şartıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır(An. md. 83/2).

Maddenin anlatımından hazırlık soruşturması bakımından bazı muhakeme muamelelerinin yapılabileceği anlamı çıkmaktadır.³²³ Yani bir milletvekilinin suç işlemesi halinde yakalama, tutuklama ve ifade alma hariç bütün işlemler yapılabilecektir.³²⁴ Anayasada sayılan istisnalardan biri olmadığı için suç işleyen milletvekilinin aranması açısından bir engel bulunmamaktadır.³²⁵

e. Hâkim ve Savcılar

Hâkim ve savcıların görevi ile ilgili veya görevi sırasında işlemiş oldukları suçlara ilişkin soruşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine tabidir(HSK md. 82/1).Bu nedenle hâkim ve savcıların görevi ile ilgili suçlarda Adalet Bakanlığının izni alınmadan arama yapılabilmesi mümkün değildir.

³²² ÖZBUDUN E., s.278

³²³ KUNTER/YENİSEY, s.95

³²⁴ ÖZTÜRK,..Ceza Muhakemesi.., s.50

³²⁵ ÖZBEK, s.89

Hâkim ve Savcılarının göreviyle ilgili olmayan kişisel suçları açısından ise ancak ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılacağından, bu hallerde arama yapılabilir(HSK md. 88/1).Bu hükme aykırı davranan kolluk amir ve memurları hakkında Cumhuriyet Savcılığınca doğrudan doğruya genel hükümlere göre soruşturma yapılır(HSK md. 88/2).

f. Avukatlar

Avukatlar hakkında, avukatlık veya barolar birliği veya baro organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasındaki suçlarından dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.(Av.K.md.58)Avukatlık Kanununun 59. maddesine göre yapılacak inceleme sonucunda,avukat hakkında soruşturma açılmasına izin verilirse ancak bu aşamada avukatın konutu ve yazıhanesi,Cumhuriyet Savcısının denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir.³²⁶ Avukatın üzerinin aranması ancak ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde mümkündür. Ayrıca ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır.(Av.K.md.61)

Avukatların görevlerinden veya görev sırasındaki suçları haricindeki kişisel suçları nedeniyle yapılacak soruşturmalar genel hükümlere göre yapılacağından, bu suçlardan dolayı arama icrası genel hükümlere göre yapılır. Ancak kişisel suçlar açısından da avukat bürolarının farklı bir durumu söz konusudur. Gerçektende konuya ilişkin CMK 130 maddesi incelendiğinde CMK'nun Avukatlık Kanunundan farklı olarak görevle bağlantılı olarak görev dolayısıyla ve görevi sırasında kavramlarına yer vermediği görülecektir. Bu nedenle CMK 130. maddesindeki düzenleme avukatların işledikleri kişisel suçlar açısından da uygulama alanına sahiptir.³²⁷

³²⁶ Benzer bir düzenleme CMK'nun 130 ve AÖAY'nin 13. maddesinde yer almaktadır

³²⁷ GÜLŞEN, s.94

g. Noterler

Noterlerin görevi nedeniyle veya görevi sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi, Adalet Bakanlığının iznine tabi olduğundan(NK md 153)bu suçlar açısından, noterler hakkında arama yapılabilmesi, Adalet Bakanlığınca NK'nun 154. maddesi gereğince yapılacak inceleme üzerine verilecek soruşturma izninden sonra mümkündür. Ancak ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılacağından(NK md 156)bu suçlar açısından genel hükümlere göre arama yapılır.

Noterlerin görevi dışında ve görevi sırasında olmayan suçlarından dolayı istisnai bir hüküm olmadığından, bu suçlar açısından da arama genel hükümlere göre yapılır.

h. Asker kişiler

Askeri mahkemelerin görevine giren suçlara ilişkin arama hali önceden incelenmişti. Umumi mahkemelerin görevine giren suçlarda asker kişiler hakkında arama yapılması bazı ayırık düzenlemelere tabi tutulmuştur.

TSK İç Hizmet Kanununun 92. maddesinde sivil veya üniformalı subay ve astsubayların ağır cezalı suçlar haricindeki suçları işlemeleri halinde polis veya jandarma tarafından en yakın askeri makama veya inzibat karakoluna davet edileceği ve soruşturmanın C.savcısı veya askeri savcı tarafından bizzat yapılacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce soruşturmanın bizzat savcı tarafından yapılacağını öngören bu düzenlemeye göre ağır cezalı suçlar haricindeki suçlara ilişkin olarak subay ve astsubayların konutunda, üstünde arama yapılabilmesi hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.savcısının yazılı emrine bağlıdır. Kolluk amirinin yazılı arama emri vererek arama yaptırabilmesi mümkün değildir.³²⁸

353 sayılı AsMKYUK'nun 79. maddesinde suçüstü halinde, asker kişinin kaçması umulur veya kimliğinin tespiti mümkün olmazsa veya gecikmesinde sakınca bulunan veyahut tutuklama müzekkeresinin kesilmesini gerektirir hallerde

³²⁸ DENGİZ'e göre aramayı bizzat savcı yapabilir kolluk memurları yapamaz. **DENGİZ**, s.100

zabıta memurları ve herkesin asker kişiyi yakalama yetkisinin olduğu düzenlenmiştir. Ancak resmi elbiseli subay, askeri öğrenci ve astsubaylar açısından kaçma, kimlik tespitinin mümkün olmaması ve gecikmesinde sakınca bulunan halin ancak ağır cezalı suçüstü hallerinde varit sayılacağı düzenlenmiştir. İç Hizmet Kanununun 92. maddesine göre ağır cezalı suçüstü hallerinde polis ve jandarma, subay ve astsubayları yakalamaya yetkilidir. Bu suçlar açısından polis ve jandarma yakaladığı asker kişilerin üzerinde tedbir niteliğinde arama yapabileceklerdir.³²⁹

2. Önleme Araması Açısından

Adli arama açısından istisnai durumları olan ve yukarıda açıklanan özel statülü şahısların önleyici aramalar açısından istisnai bir durumlarının olup olmadığı tartışmalıdır

DERDİMAN'a göre önleme araması, adli arama gibi dokunulmazlığı olan kişilere uygulanmamalıdır. Ancak adli arama açısından özel usule tabi kimselerden birisinin aranması önleme araması açısından istisna oluşturamaz.³³⁰

Suç işlendikten sonra söz konusu olan ve önleyici aramaya göre daha ağır bir tedbir olan adli arama açısından istisnai durumları olan kişilerin, önleyici arama açısından da aranmayacaklarını savunmak mümkündür. Çünkü bir şeyin çoğu için geçerli olanın azı içinde geçerli olacağı düşünülebilir. Ancak yasal anlamda bakıldığında, önleme aramaları açısından özel statülü şahısların istisnai bir durumları söz konusu değildir. Yani herkes gibi bu şahıslarda aranabilecektir.³³¹ Bu şahısların stada, gösteri ve toplantı yürüyüşü yapılan bir yere veyahut havalimanına giriş çıkışlarında aranmalarına engel yasal bir düzenleme mevcut değildir.

³²⁹ DENGİZ, s.100

³³⁰ DERDİMAN, s.16

³³¹ YENİSEY Feridun, Avrupa Birliği Uyum Yasaları Çerçevesinde Değişen Yasalar ve Arama(Aksaray Polis Meslek Yüksek Okulu Konferansı 1 Mayıs 2004) Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, C III.4, s.19

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ARAMA UYGULAMASI, ARAMANIN SONA ERMESİ HUKUKA AYKIRI ARAMA VE SONUÇLARI

I. ARAMA UYGULAMASI

A. Genel Olarak

Arama özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve insan haysiyetinin dokunulmazlığı gibi birçok temel hak ve hürriyeti yakından ilgilendiren ve hatta bu gibi hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına sebep olan bir tedbirdir. Arama uygulaması, hukuka uygun bir arama kararı veya emri olmasına rağmen aramanın hukuka aykırı olmasına sebep olabileceği için dikkat edilmesi gereken bir durumdur. Bu nedenle arama uygulamasının nasıl yapılacağı hususu AÖAY'nin 28 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.³³²

Arama uygulaması en az aramanın şartlarının varlığı kadar önemlidir. Çünkü arama uygulaması ile insan haklarına birebir temas edilmekte, deyim yerinde ise insan hakları ile yüz yüze gelinmektedir. Ayrıca aramanın başarıya ulaşabilmesi açısından da arama uygulaması önem arz eder. Arama icra eden kolluk görevlisinin arama mahallindeki kişilere yaklaşırken kitle ve kişilik psikolojisini bilmesi ve buna göre davranması aramanın başarıya ulaşması açısından önemlidir.³³³ Örneğin arama mahallinde bulunan kişilerle iletişim

³³² Bkz., s.86 vd.

³³³ DERDİMAN, s.76,78

sonucu arama yapılamaksızın aranan eşyanın izinle elde edilmesi mümkün olabilir. Bu olanağının bulunması halinde arama tedbirine başvurulmamalıdır.³³⁴

Aramanın başarıya ulaşabilmesi açısından, arama sırasında aranan mahallin sahibinin yüzünün ve davranışlarının dikkatle takip edilmesi, aramanın bir plan dâhilinde sistemli bir şekilde gerçekleştirilmesi, arama icra edenlerin birbirlerinin konsantrasyonlarını bozmamaları gerekmektedir.³³⁵

Arama, aramanın amacına uygun olarak yapılmalıdır.³³⁶ Örneğin silah araması yapılan bir yerde kişilerin cüzdanlarının içerisine bakılması dürüst işlem ilkesinin ihlali niteliğinde hukuka aykırı bir aramaya neden olur.

Önleyici arama, daha çok başka insanların gözünün önünde icra edilen bir arama olduğundan, uygulamasına dikkat edilmesi gerekir. Kolluk görevlisinin arama icra ederken aramanın muhatabına olabildiğince nazik davranması ve aramayı en kısa sürede icra etmesi aramaya muhatap kalanın manen zor durumda kalmaması açısından önemlidir.

Adli arama açısından CMUK arama uygulaması ve buna ilişkin merasimi, aramada hâkim ve savcının bulunduğu ve bulunmadığı hallere göre farklı hükümlere tabi tutmuştur. CMK ise hâkimin aramada hazır bulunabileceğine yönelik bir düzenleme yapmamış ve sadece arama uygulaması ve buna ilişkin merasimi Cumhuriyet savcısının hazır bulunup bulunmamasına göre farklı hükümlere tabi tutmuştur. Bu nedenle, adli arama açısından konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekir.

B. Adli Arama Açısından

1. Cumhuriyet Savcısının Hazır Bulunduğu Durumlarda Arama

Arama bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından da yapılabilir. Her ne kadar CMK'da savcının arama yapabileceği hususunda açık bir hüküm yoksa da,

³³⁴ YAŞAR Osman, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C.1, Ankara 1998, s.479

³³⁵ EREM Faruk, Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi, Ankara 1997, s.264

³³⁶ ÇİMEN, s.73; TURAN Belgin, Polisin Arama Yetkisi, TİD, Aralık 1997, Y:69, S.417, s.180

savcının hazır olmadığı durumlarda işlem tanıklarının bulundurulması zorunluluğun düzenlendiği CMK'nun 119/4 maddesinin mefhumu muhalifinden, aramanın savcı tarafından yapılabileceği sonucu çıkmaktadır.³³⁷ CMK savcının hazır bulunduğu aramalarda, işlem tanıklarının hazır bulundurulması zorunluluğunu getirmemiştir. Ancak, bu şekilde yapılacak bir aramada zabıt kâtibi hazır bulundurulmalıdır.³³⁸ Çünkü arama işlemi bir soruşturma işlemidir ve CMK'nun 169/2 maddesi gereğince her soruşturma işlemi zabıt kâtibinin de imzaladığı bir tutanakla tespit edilmelidir.³³⁹

2. Cumhuriyet Savcısının Hazır Olmadığı Durumlarda Arama

Her ne kadar kanun Cumhuriyet savcısının arama sırasında hazır olduğu durumlara ilişkin bir düzenleme getirmiş ise de uygulamada Cumhuriyet savcısının huzuru ile arama istisnai bir durumdur. Uygulamada arama işlemi çok büyük bir oranda kolluk görevlileri tarafından yapılmaktadır.

Kolluk mensuplarının arama yapma yetkileri olmakla birlikte, kanunun soruşturmayı Cumhuriyet savcısının bizzat yapmasını emrettiği durumlarda, aramayı kolluk görevlileri değil bizzat Cumhuriyet savcısının yapması veya aramanın Cumhuriyet savcısının huzuruyla yapılması gerekir.³⁴⁰

Arama uygulamasını yapan kolluk görevlisinin arama uygulaması konusunda gerekli tüm bilgilere sahip olamayacağını düşünen kanun koyucu bu nedenle arama uygulayıcısı kollukla, aramaya maruz kalan arasında oluşabilecek sıkıntılı durumların önüne geçebilmek için arama sırasında bazı kişilerin hazır olması hususunu düzenlemiştir.³⁴¹ Bu kişiler o yer ihtiyar heyetinden iki kişi veya komşulardan iki kişidir. Bu konu aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir

³³⁷ ÖZBEK, s.123; YENERER, s.143

³³⁸ KUNTER/YENİSEY, s.683. CMK 169/1. maddesine göre acele hallerde başka biri de yemin verilmek koşuluyla yazman olarak hazır bulundurulabilir

³³⁹ ÖZBEK, s.123; YENERER, s.143; YENİSEY, Arama, s.32

³⁴⁰ DİRDİMAN, s.41

³⁴¹ ÖNDER, s.440

C. Önleme Araması Açısından

Önleme aramaları kolluk görevlileri tarafından uygulanan bir arama işlemidir. Önleme aramalarının icrasında, adli aramalardaki gibi farklı düzenlemeler yoktur.

D. Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler

1.İşlem Tanıkları

Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın yapılan aramalarda o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin arama esnasında hazır bulundurulması gerektiği CMK 119/4 maddesinde düzenlenmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki işlem tanıklarının hazır bulundurulma zorunluluğu sadece konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerin aranması durumlarında söz konusudur.³⁴² Bu tip yerler haricindeki yerlerin aranmasında böyle bir zorunluluk yoktur. Bu nitelikteki yerlerin dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği nedeniyle kanun koyucu böyle bir düzenlemeye giderek bu koruma tedbirinin kamuya açıklığını sağlamak istemiştir.³⁴³

CMK, işlem tanıklarını, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi olarak belirtmiştir. Kanımızca bu kişiler, hem arama sırasında kolay bulunabilecek kişiler olması ve de aramaya maruz kalanla kolluk görevlilerinin

³⁴² Benzer bir düzenleme CMUK 97/2 maddesinde de mevcuttu. Ancak CMUK 97/3 maddesi zaman bakımından bir sınıra bağlı olmaksızın arama yapılabilecek yerler açısından işlem tanıklarının bulundurulması zorunluluğunu aramamıştı. Bu yerler ise geceleyin herkesin girip çıkabileceği yerler, sabikalıların toplanma,sığınma veya suçtan elde edilen eşyayı saklama yerleri,kumar oynanan yerler ve genelevlerdi.Bu düzenleme CMK da mevcut değildir.Bu nedenle bu tipteki yerlerin aranmasında işlem tanıklarının bulundurulması zorunludur.AÖAY nin 30/son maddesinde "*Geceleyin herkesin girip çıkabileceği lokanta, bar, pavyon, gazino, meyhane gibi yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlerin aranmasında tanık bulundurulması gerekmez.*" hükmü yer almaktadır.Bu hüküm CMK'nun işyeri aramalarında işlem tanıklarının bulundurulması zorunluluğunun düzenlendiği 119/4 maddesi ile çelişmektedir.Kanaatimizce her ne kadar yönetmelik bu tip yerlerde yapılan aramalar sırasında işlem tanıklarının bulundurulmasının zorunlu olmadığını düzenlese de yönetmelik yasaya aykırı olamayacağından işlem tanıklarının bulundurulması zorunludur.

³⁴³ ÖZBEK, s.125

iletişimini daha rahat sağlayabilecek kişiler olması nedeniyle kanun tarafından öngörülmüştür.

Kanunun ifade tarzından işlem tanıklarının bulundurulmasının zorunlu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Hatta JTGY' nin 115/c maddesinde bu gibi durumlarda arama mahallinde bulunmak zorunda olan işlem tanıklarının arama yerine gelmemeleri halinde Jandarmanın bu kişiler hakkında gerekli kanuni işlemi yapmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Aramaya maruz kalanların feragat etmesi durumunda işlem tanıkları hazır bulundurulmayabilir. Feragatin yazılı olması gerekir. Feragat edenin arama sırasında feragatini geri alması işlem tanıklarının bulundurulması zorunluluğu getirmez.³⁴⁴ Ayrıca suçüstü ve gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup ta firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda işlem tanıklarının bulundurulması mecburi değildir.³⁴⁵

İşlem tanıklarının kural olarak arama işlemine başlanmadan arama mahallinde hazır edilmeleri gerekir. Ancak konut, işyeri ve diğer kapalı yerlere girilmesine engel olunması ve bu nedenle kuvvet kullanılması gereken durumlarda veya ulaşım ve haberleşme imkânsızlığı olan acele durumlarda işlem tanıkları arama işleminin sonunda arama mahalline getirilebilir. Bu gibi durumlarda işlem tanıklarının neden arama işleminin başında hazır edilemedikleri hususu gerekçeleri ile birlikte tutanağa yazılır.³⁴⁶

Ancak aramanın sonucunu olumsuz etkileyecekse, işlem tanıkları olmaksızın veya kolluk mensubu olmamasına dikkat etmek şartıyla, kanunda öngörülen şahitlerin haricinde şahitlerin huzuruyla, arama yapılması mümkündür.³⁴⁷ İşlem tanıklarının hazır edilmesinin beklenmesinin aramanın sonucunun olumsuz etkileyebileceği hususu bir değerlendirme sorunudur. Bu

³⁴⁴ ÖZBEK, s.125-126

³⁴⁵ CMK madde gerekçesi, ÜLGEN, s.187

³⁴⁶ ÖZTÜRK, Koğuşurma, s.120

³⁴⁷ ÖNDER, s.441

değerlendirmeyi yapacak olan kolluk görevlisi objektif bir değerlendirme yapmalı³⁴⁸ ve dürüst işlem ilkesine uygun bir değerlendirme yapmalıdır

2. Aranılan yerin sahip veya zilyedi veya mümessil, mümeyyiz akrabalarından biri, birlikte sakin olunan kimse veya komşu

CMK'nun 120/1. maddesi gereğince gerek savcı gerekse kolluk tarafından yapılan aramalarda arama yapılacak yerlerin sahip veya zilyedi arama sırasında hazır bulunabilir. Yasanın ifade tarzından bu kişilerin bulundurulmasının zorunlu olmadığı sonucu çıkmaktadır. Ancak her ne kadar bir zorunluluk yoksa da bu kişiler kendi haklarını en iyi savunabilecek olduklarından hazır edilmelerinde faydaları vardır.³⁴⁹ Ancak arama yapılacağı sırada, arama yapılacak yerde hazır bulunmayan sahip ve zilyedin getirtilmesi ve gelmesinin beklenmesi gerekmez.³⁵⁰ Bu husus kanunun hazır bulunabilir ifadesini kullanmasından da açıkça anlaşılmaktadır. Yalnız kanunda açık hüküm olmamakla beraber eğer sahip veya zilyedin, aramanın amacını tehlikeye sokmayacak kadar kısa bir sürede aranacak yere gelmesi mümkünse, arama esnasında hazır olması için beklenebilir.³⁵¹

Arama esnasında kanunda belirtilen kişilerin hazır edilmesinin istenmesinde ki temel amaç, kişilerin hak ve hürriyetlerini güvence altına almak, ilgililerin yapılan işlemde haberdar ederek meramını anlatabilmesini sağlamak, yani sanığın kendisini savunabilmesini ve yapılan işleme itiraz edebilmesini sağlamak olduğundan³⁵² beklenmesinde fayda olacaktır. Zilyet fiili kullanıcı konumunda ise, arama esnasında hazır bulunabilir. Örneğin kiracının hazır bulunma hakkı vardır. Ayrıca sahip ve zilyet birden fazla ise her biri arama esnasında hazır bulunma hakkına sahiptir.³⁵³

³⁴⁸ ÖZBEK, s.127

³⁴⁹ YENERER, s.149

³⁵⁰ ÖNDER, s. 443; ÖZBEK, s.129

³⁵¹ KAYMAZ, s.149

³⁵² ÖZBEK, s.128; YENERER, s.148

³⁵³ ÖZBEK, s.129

CMK 120/1 maddesinde, sahip ve zilyedin arama mahallinde bulunmaması halinde temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip akrabalarından biri veya kendisi ile birlikte oturan bir kişi yahut komşularından biri arama esnasında hazır bulundurulur hükmü yer almaktadır. Gerek CMUK'nun gerekse de CMK'nun bu konuya ilişkin hükümleri emredici niteliktedir. Zilyet veya sahibin olmadığı durumlarda işlem tanıklarının bulundurulması kanunun öngördüğü bir koşuldur. Kanunun öngördüğü koşulun haklı nedenler olmaksızın yerine getirilmemesi aramayı hukuka aykırı kılar.³⁵⁴ Bu nedenle bu kişilerin arama mahallinde hazır bulundurulmaları zorunludur. Ancak sayılan kişilerin hazır bulundurulmaları imkân dâhilinde değilse veya bu kişilerin hazır bulundurulmaları için geçecek zaman aramayı sonuçsuz bırakacak ise bu kişiler arama sırasında hazır bulundurulmayabilir, eğer imkân dâhilinde ise bu şahıslar hazır bulundurulur.³⁵⁵

3. Müdafî

Arama sırasında avukatın hazır bulunup bulunamayacağı hususunda CMUK'nda bir düzenleme yoktu. 5271 sayılı CMK "*Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz*" hükmünü getirmiştir(CMK md.120/3).Bu hükme göre, arama sırasında, arama mahallinde hazır olan avukat, aramada hazır olabilecektir. Ancak avukat arama sırasında arama mahallinde hazır değilse ve kişi avukatın hazır olmasını talep ederse, avukatın gelmesi beklenmelidir?

ÖNDER'e göre aramaya konu yerin sahibi veya zilyedi sanık ise kendisinin ve avukatının hazır bulunma hakkı yoktur. Sahip veya zilyet şüpheli konumunda ise kendisinin ve avukatının hazır bulunma hakkı vardır.³⁵⁶ HAKERİ'ye göre arama esnasında hazır olan avukat aramada hazır bulunabilecek ve eğer hazır değilse aramaya başlanması için avukatın beklenmesi zorunlu

³⁵⁴ KAYMAZ, s.160

³⁵⁵ ÖNDER, s.444; ÖZBEK, s.132;

³⁵⁶ ÖNDER, s. 444

değildir.³⁵⁷ ÖZBEK aramaya maruz kalanın talep etmesi halinde avukatın çağırılması ve beklenmesi gerektiğini savunur.³⁵⁸

CMK'nun 149. maddesinde şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabileceği, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu sürecince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme arama uygulaması sırasında şüphelinin veya sanığın müdafinin hazır bulunmasını istemesi durumunda müdafinin beklenmesini zorunlu kılar.

Avukatın aramaya konu yerde bulunması halinde arama esnasında hazır olabileceği kuşkusuzdur. Arama esnasında hazır olmayan avukatın beklenmesi gerekip gerekmeyeceği hususunda ise kanaatimizce avukatın gelmesinin beklenmesi halinde, aramanın sonuçsuz kalma ihtimalini ortaya koyan, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal yoksa avukatın çağırılması ve beklenmesi gerekir.³⁵⁹

Ayrıca belirtmek gerekir ki CMK'nun 120/son maddesi, arama sırasında hazır olabilecek avukatın şüphelinin mi yoksa mağdurun mu avukatı olduğu hususunda bir açıklıkta değildir. Mağdurun avukatının arama sırasında hazır olamayacağı konusunda bir sınırlama mevcut değildir. Bu nedenle mağdurun avukatının da arama sırasında hazır bulunma hakkı vardır.³⁶⁰

³⁵⁷ **HAKERİ** Hakan, Madde madde YENİ TCK(12),www..umut.org.tr/guncel/kavram.html

³⁵⁸ **ÖZBEK**, s.133

³⁵⁹CMK tasarısında “*kendiliğinden gelen avukat da aramada hazır bulunabilir*” şeklinde yer alan hükmün yasada “kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz” şeklini alması da yasa koyucunun avukatın hazır bulunmasına imkan sağlamaya çalıştığının göstergesidir.

³⁶⁰ **ERYILMAZ** M.Bedri, Kolluğun Yetkileri Açısından Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu(CMUK)ile Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırılması Yeni Tasarının Düşündürdükleri, ABD, Y.2000, S.1, s.79

E. ARAMADA KUVVET KULLANMA

Arama tedbiri açısından kuvvet kullanma şahıslara veya eşyaya karşı olabilir. Kapalı yerlerde yapılacak aramalarda, kolluk görevlisinin kimliğini açıklaması üzerine kapının açılmaması durumunda veya kolluk görevlisinin kim olduğunu söylemeden içeri girmesi gereken gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, eşyaya karşı kuvvet kullanılarak kapının zorla açılması mümkündür. Aramaya maruz kalan kişinin aramayı yapan kolluk görevlisine karşı direnmesi veya güç uygulaması hallerinde, bu kişiye karşı kolluk görevlisinin etkisiz hale getirmek amacıyla kolunu bükmesi, yere yatırması kelepçe takması mümkün olabilecektir.

Arama uygulaması sırasında kuvvet kullanımı başvurulması gereken en son çaredir. Yeteri kadar kolluk görevlisi ile olaya müdahale edilmiş, aramanın muhatabı ile iletişim kurulup kuvvet kullanılabilceği belirtilmiş olmasına rağmen arama icrası mümkün olmamışsa, kuvvet kullanma zorunlu hale gelmişse kuvvet kullanılabilir.³⁶¹ Kuvvet kullanma zorunlu olsa bile arama sırasında sanığın ve şüphelinin haklarını engelleyecek surette veya sağlığına zarar verecek şekilde kuvvet kullanılamaz.³⁶²

Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilebilir(AÖAY md.28/6). Aramayla görevlendirilenler, aramaya karşı çıkılması halinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanarak direnci ortadan kaldıracırlar. Bilgilendirme yapıldıktan sonra, kapı açılmadığı takdirde güç kullanılacağı ihtar edilir ve buna rağmen kapı açılmazsa zorla eve girilir ve arama gerçekleştirilir. Güç kademeli şekilde artarak kullanılabilir(AÖAY md.30/6). Kasa gibi, açılması özellik isteyen eşya, kolluk tarafından veya masrafları kolluk tarafından karşılanmak üzere bu konudaki meslek erbabına açtırılır. Bu işlemin orda yapılması masraflı külfetli veya oraya zarar verebilecek nitelikte olması durumunda, eşya kolluk tarafından muhafaza edilen başka bir yere götürülerek de açtırılabilir(AÖAY md. 30/10).

³⁶¹ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.200

³⁶² ÖZBEK, s.136

II. ARAMANIN SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Arama, amacının gerçekleşmesi veya gerçekleşme ihtimalinin kalmaması üzerine sona erer. Aramanın amacı aranan kişinin bulunması veya aranan delilin ele geçirilmesi üzerine gerçekleşmiş olur. Aranan kişinin aramaya konu yerde olmadığına anlaşılması ve aramaya konu delilin aramaya konu yerde bulunmadığına anlaşılması halinde aramanın amacının gerçekleşmesi ihtimali sona ermiştir. Bu durumda da arama sona erecektir.³⁶³

CMK ve AÖAY aramanın sona ermesi üzerine bir takım usul işlemleri öngörmüştür. Buna göre arama sonucunda öncelikle bir arama tutanağı düzenlenecektir. Ayrıca aramaya muhatap kalan kişinin talebi üzerine kendisine aramaya ilişkin bilgileri içerir bir belge verilecektir. Bunun haricinde arama konusu delilin ele geçirilmesi durumunda el konulan veya koruma altına alınan belgenin akıbeti de farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

B. Arama İşleminin Tutanağa Bağlanması

Adli aramanın sona ermesi üzerine, arama işlemi bir tutanağa bağlanır. Tutanak, aramanın amacına ulaşılsın veya ulaşılmıyın her halükarda tutulacaktır. Adli arama tutanağında hangi hususların yer alacağı AÖAY'nin 11. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre tutanakta,

- a) *Arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci,*
- b) *Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat,*
- c) *Aramanın konusu,*
- d) *Aranan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri,*
- e) *Araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, su üstü*

³⁶³ ÖZBEK, s.151-152;YENERER , s.156

aracının aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullananı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatanı, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevkiî,
f) Aramanın sonuçları, el konulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler,
g) Aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri,
h) Arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği,
i) Arama işlemini yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı,

hususları yer alır. Bu tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanacak ve tutanağın bir sureti ilgiliye verilecektir. Tutanak suretinin ilgiliye verilmesi için ilgilinin talebi şart değildir. Kaçakçılık suçları ile ilgili yapılan aramalarda 4926 sayılı KMK'nun 21. maddesine göre tutanak düzenlenecektir.³⁶⁴

Önleyici arama niteliğindeki aramalarda da, yapılan arama işlemi, arama sırasında suç unsuruna rastlanıldığı durumlarda bir tutanağa bağlanacaktır. Suç unsuruna rastlanılmamış ise, bu tutanağın tutulması gerekmemektedir. Aksinin kabulü halinde önleyici arama yapılan hallerde çoğu zaman, örneğin stada veya toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılan yerlere girişte binlerce kişinin aranması söz konusu olacağından uygulanması mümkün olmayacak bir duruma sebebiyet verilecektir. Bu tür aramalarda tutanakların nasıl düzenleneceği ve hangi hususları içereceği AÖAY'nin 26. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre önleyici aramalarda tutulacak tutanakta, adli arama tutanaklarında var olan hususlar yer alacaktır. Tutanağın bir sureti ilgiliye talebi gerekmeksizin verilecektir.

³⁶⁴ *Tutanaklar*

Madde 21:Kaçakçılık suçlarının izlenmesine ilişkin tutanakların;

a-Tarih, yer, düzenleyenlerin unvan ve isimleri, hakim kararının tarih ve sayısı ile mülki amirin veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine yapılması durumunda emrin tarih ve sayısını,

b-Olay ve kanıtlarını, suç konusu eşya ve taşıma araçlarının ayrıntılı olarak türü,kapsamı, miktar ve nitelikleri ile nerede ve ne suretle el konulduklarını,

c-Zanlının kimlik, iş ve ikamet yeri ile ifadesini,

Kapsamı ve düzenleyen memur ile zanlının ve varsa hariçten hazır bulunan iki kişi tarafından imza edilmesi gerekir

Bu koşulları bütünü ile taşıyan ve 16 ncı maddede yazılı memurlar tarafından düzenlenen tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir.

C. Aramaya Muhatap Kalana İstemi Üzerine Verilecek Belge

Aramaya muhatap kalan kimse, ne arandığını ve kendisinin şüpheli olup olmadığını öğrenme hakkına sahiptir.³⁶⁵ Bu nedenle adli nitelikte bir arama sonucunda, hakkında arama uygulanan kimseye, istemi üzerine bir belge verilir. Hakkında arama işlemi uygulanan sanık, şüpheli veya üçüncü kişilerin belge verilmesini talep etmeleri gerekir. Sanık, şüpheli veya üçüncü kişinin arama mahallinde bulunmaması durumunda, hazır bulundurulmuş müessil, müeyyiz hısımlar ve komşunun dahi istemesi halinde bu belge verilecektir. Talep halinde belge verileceğine ilişkin düzenleme, aramayı yapan kolluk görevlilerinin kontrolünü sağlamak ve aramaya muhatap kalanların güvensizliğini ortadan kaldırmayı amaçladığından, istem halinde belgenin hemen verilmesi gerekir.³⁶⁶

Her ne kadar belgenin verilmesi için ilgilinin talebinin şart koşulması eksiklik gibi görünse de, adli aramalarda arama sonucunda muhakkak surette tutanak tutulması ve bu tutanağın bir suretinin ilgiliye talebi olmaksızın verilmesi gerektiği yönünde var olan düzenlemeler göz önüne alındığında, belgenin talebe bağlı olarak verilmesinin bir eksiklik olmadığı kanaatindeyiz.

Bu belgede, eğer arama şüpheli veya sanığa ait yerlerde yapılmışsa, soruşturma ve kovuşturma konusu fiilin niteliği belirtilir. Ayrıca gerek şüpheli veya sanığa ait yerlerde gerekse üçüncü kişilere ait yerlerde yapılan aramalara ilişkin olarak verilecek belgeye aramanın şüpheli veya sanığın bulunması amacıyla yoksa delillerin ele geçirilmesi amacıyla yapıldığı, arama sonucunda el konulan veya koruma altına alınan eşyanın neler olduğuna dair listesi, eğer şüpheyi haklı çıkartan bir şey elde edilmemişse bunu belirten bir bilgi ve aramaya muhatap kalan kimsenin arama sonucunda el konulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddiaları yazılır (CMK md 121, AÖAY md 12). Ayrıca aramaya konu saklanmış eşyanın bulunması durumunda, bu eşyanın nerede bulunduğu belirtilmesi de daha iyi olacaktır.³⁶⁷ Ancak aramaya muhatap kalan

³⁶⁵ ÖNDER, s.447

³⁶⁶ ÖZBEK, s.139

³⁶⁷ ÇİMEN, s.84

şahsın, aramanın ne sebeple kendine ait yerlerde yapıldığını ve aranan şeyin zilyedinde bulunduğu hangi kaynaktan öğrenildiği hususlarını verilecek belgeye yazılmasını isteme hakkı yoktur.³⁶⁸

Önleyici nitelikteki aramalarda, yapılan arama sırasında suç unsuruna rastlanılmamış ise aranan kişinin talebi halinde kendisine bir belge verilecektir. Bu belgede, arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, aramanın tarihi, saati ve yeri, aranan şahsın ve arayan görevlinin kimlik bilgileri yer alacaktır. Suç unsuruna rastlanılmayan hallerde ilgilinin talebi üzerine belge verilmesi, hem kolluk görevlisi açısından hukuka aykırı arama yapmaması için bir kontrol sebebi hem de ilgili için bir güvence teşkil edecektir.

D. Arama Sonucunda Ele Geçen Eşya ve Kağıtlar Hakkında Yapılacak İşlem ve Akıbeti

Arama sonucunda ele geçirilen ve ispat aracı olarak yararlı görülen eşya ve kazanç müsaderesine konu malvarlığı değerleri, sahibinin rızası halinde muhafaza altına alınır. Sahibinin rızası yoksa eşyaya el konulacaktır(CMK md.123).El koyma hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının ve Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri üzerine mümkündür. El koyma hâkim kararına dayanmıyorsa, yetkili merciin yazılı emri yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulmak zorundadır. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklayacaktır. Aksi halde el koyma kendiliğinden sona erer(CMK md 127,AÖAY md 15).

Arama konusu eşyayı yanında bulduran kişi, istem üzerine bu eşyayı göstermek ve teslim etmek zorundadır. Teslimden kaçınma halinde, zilyet hakkında, hâkim kararıyla, aramaya konu suçla ilgili dava hakkında karar verilinceye kadar ve her halde üç ayı geçmemek üzere, disiplin hapsi uygulanabilir. Ancak sanık, şüpheli ve CMK 45 ve 46. maddelerinde belirtilen

³⁶⁸ ÖNDER, s.447

tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar hakkında³⁶⁹ disiplin hapsi uygulanamaz(CMK md.124, AÖAY md.15).

El koyma açısından dikkat edilmesi gereken diğer bir durumda bilgisayarlar da yapılan arama ve el koymalardır. CMK'nun 134. maddesine göre bilgisayar içeriğine ulaşılmasının mümkün olduğu hallerde bilgisayarın tümüne el koyulmayacaktır.³⁷⁰

El koyma yasağı kapsamındaki belgelere el konulamaz. Sanık ve şüpheli ile tanıklıktan çekinme hakkına sahip kimseler arasındaki mektup ve belgeler bu kimselerin nezdinde buldukları sürece el koyma yasağı kapsamındaki belgelerdendir. CMK 45 ve 46. maddelerinde tanıklıktan çekinme hakkına sahip kimseler tek tek belirtilmiştir. Örneğin sanık veya şüphelinin nişanlısı veya eşi arasındaki mektuplara el konulamaz. Avukat bürosunda yapılan aramalarda bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat arama sonucunda el konulmasına karar verilen şeylerin müvekkil ile avukat arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu söyleyip el koymaya karşı koyduğunda söz konusu şeyler bir zarf veya paket içerisine konup hazır bulunanlarca mühürlenir(CMK md. 130/2).

Arama sırasında ele geçen belge ve kâğıtları inceleme yetkisi, Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. Kolluk, ele geçen belge ve kâğıtları, ayrıntılı bir şekilde inceleyemez. Kolluk görevlisi sadece şüphe halinde suçla ilgisinin olup olmadığını tespit amacıyla incelemeksizin bakabilmek yetkisine sahiptir(CMK md.122,AÖAY md.16).Yani kolluk görevlisi arama sırasında karşılaştığı belge veya kâğıtların suç konusu olayla ilgili olup olmadığını tespit edebilmek için sadece yüzeysel bir göz atma yetkisine sahiptir.³⁷¹ CMUK'nda zilyedin rızası halinde kolluk görevlisinin belge ve kâğıtları inceleme yetkisi düzenlenmiş olmasına rağmen CMK'nda böyle bir düzenleme mevcut değildir. CMK ele

³⁶⁹ CMK madde gerekçesine göre “Tanıklıktan çekinebilecek olan kişilere tanınan ayrıcalık, Anayasamızın 38 inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan, “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” kuralının ifadesi olduğundan, tanıklıktan çekinebilecekler hakkında disiplin hapsinin uygulanamayacağı son fıkrada açıkça belirtilmiştir.”

³⁷⁰ HAKERİ, Elkoyma,

³⁷¹ ŞAHİN, Şerh, s.345

geçen belge ve kâğıtları inceleme yetkisini özel hayatı korumak maksadıyla, rıza halinde bile kolluk görevlisine vermemiştir.³⁷² Ayrıca içeriği devlet sırrı niteliğinde olan belgelerin incelenmesi ancak mahkeme başkanı veya hâkim tarafından yapılır. Cumhuriyet savcısının ve kolluk görevlilerinin bu nitelikteki belgeleri inceleme yetkileri yoktur.(CMK md.125)

Yapılan arama sırasında ele geçirilen belge ve kâğıtlar içerisinde kolluk tarafından suçla ilgili olduğu tespit edilenler hakkında bir liste tutulacak ve bunlar paketlenip gerekli incelemenin yapılması için mühürlenecektir. Belge veya kâğıdın sahibi kendi imzasını veya kendi mührünü vurabilecektir. Söz konusu belge ve kâğıtlar incelenmek üzere Cumhuriyet savcısına veya hâkime geldiğinde mührün kaldırılması ve incelemenin yapılması için belge ve kâğıtların sahip ve zilyedi, temsilcisi veya müdafî bu işlemlerin yapılmasında hazır bulunmak üzere çağrılacaktır. Çağrıya uymaları halinde gerekli işlem bunların huzurunda yapılacaktır. Çağrıya uymamaları halinde gerekli işlem yokluklarında yapılır. Hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından incelenen belge ve kâğıtlardan soruşturma ve kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılanlar sahiplerine iade edilecek, soruşturma ve kovuşturma konusu suça ilişkin olanlara ise el konulacaktır(CMK md.122)

Avukat ile müvekkil arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi, savunma hakkının sağlam tutulması ve avukatın mesleki sırlarının korunabilmesi için temel bir koşuldur.³⁷³ Bu nedenle avukat bürolarında yapılacak el koymaya ilişkin ayrı kurallar öngörülmüştür. Arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından, bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasında meslekî ilişkiye ait olduğunu tespit ettiğinde, el konulan şey

³⁷² CMK madde gerekçesi

³⁷³ CMK 130. madde gerekçesi

derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu kararlar yirmi dört saat içinde verilir(AÖAY 13/3).

AÖAY'nin 25. maddesine göre, önleme araması neticesinde adli soruşturmada kullanılabilecek bilgi, bulgu ve şüpheliler hakkında adli arama hallerinde uygulanan hükümler uygulanacaktır. Ancak aramanın konusu kapsamında olan ve fakat suç unsuru oluşturmayan eşya bulunması halinde, bu eşya geçici olarak koruma altına alınacak ve aramaya sebep teşkil eden husus sona erdiğinde ilgiliye teslim edilecektir. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılan bir yere girişte yapılacak arama sırasında taşıma ruhsatlı bir silahın ele geçirilmesi halinde, silah kolluk görevlilerince muhafaza altına alınacak ve söz konusu toplantı ve yürüyüş sona erdiğinde sahibine geri verilecektir.

1. Arama Sırasında Arama Kararında Yer Almayan veya Aramaya Konu Suçla Alakası Olmayan Eşyanın Bulunması

Arama sırasında, arama konusu soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen veya soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmamakla birlikte, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesi durumunda, Cumhuriyet savcısından veya Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinden yazılı el koyma emri istenir. Bu emir üzerine eşyaya el konulur. Hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunulur. Hâkim kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklar. Aksi halde el koyma işlemi kendiliğinden kalkar(AÖAY md. 10,CMK md 127/3).

CMUK'nun 100. maddesinde muvakkat el koyma hali düzenlenmesine rağmen CMK'da buna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. CMK açısından, böyle bir delil elde edilmesi halinde, ilgilinin rızası varsa eşya muhafaza altına alınacak, aksi takdirde el koyma emri gerekecektir.

Arama karar veya emrinde bulunmayan veya soruşturma ve kovuşturma konusu suç ile alakalı olmayan bir eşyanın bulunması hallerinde dikkat edilmesi gereken durum, o eşyanın tesadüfen bulunmasıdır. Yani arama karar ve emrinin koyduğu sınırlar içerisinde, aramaya konu eşyanın aranması sırasında tesadüfen

bulunma hali söz konusu olmalıdır.³⁷⁴ Bir başka anlatımla, bu nitelikte bir eşyaya el konulabilmesi, o eşyanın açıkta bulunması ve çıplak gözle görünebilmesi halinde mümkündür.³⁷⁵ Aksi durumda, yani kolluk görevlisinin başka bir nedenle verilen arama kararına istinaden, kararda belirtilmeyen bir eşyayı arayıp bulması halinde, hukuka aykırı bir arama ve el koyma söz konusu olmalıdır. Bu gibi durumlarda dürüst işlem ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Bu hükümle kanun koyucu, savcının soruşturmadaki durumunu zedelememeyi amaçlamaktadır. Cumhuriyet savcısı ve emrinde çalışan kolluk görevlileri, yapılan arama sırasında, başka bir suça ilişkin olsa bile, ispat vasıtası olarak değerlendirdikleri bir eşya bulmaları halinde hareketsiz kalmamalıdır.³⁷⁶

2. Elkonulan veya Muhafaza Altına Alınan Eşyanın Akıbeti

a. Müsadere

Yapılan arama neticesinde el konulmuş eşya, şartlarının oluşması halinde müsadere edilecektir. Müsadere sonucunda mülkiyet ve kullanım sona erecek, özel mülkiyete konu eşyanın mülkiyeti devlete geçecektir.³⁷⁷

TCK ve özel kanunlarda müsadereye hangi hallerde hükmedileceği ayrı ayrı düzenlenmiştir. 5271 sayılı TCK müsadereyi eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi olarak iki ayrı madde de düzenlemiştir. Eşya müsaderesinin düzenlendiği TCK'nun 54. maddesine göre, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak şartıyla müsadere edilir. Suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilecektir. Üretimi, bulundurulması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın da müsaderesine karar verilmesi

³⁷⁴ ÖZBEK, s.146

³⁷⁵ YENİSEY, Arama, s.31

³⁷⁶ ÖNDER, s.448

³⁷⁷ ÇİMEN, s.32; KUNTER/YENİSEY s.970 , CMK madde gerekçesi

gerekir. Kazanç müsaderesinin düzenlendiği TCK'nun 55.maddesine göre ise suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ve bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların, suçun mağduruna iadesinin söz konusu olmadığı hallerde müsadere edilecektir.

5271 sayılı TCK'na göre müsadere bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'ndan farklı olarak müsaderenin artık cezai yönü yoktur. 5271 sayılı TCK müsadereyi eşya müsaderesi(md. 54/1-3-4), eşdeğer müsadere(md.54/2), kazanç müsaderesi(md.55/1) ve kaim değerlerin müsaderesi olmak üzere dört tür olarak düzenlemiştir.³⁷⁸

Müsaderesine karar verilen eşyanın ne gibi bir işleme tabi tutulacağı SEY'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Müsaderesine karar verilen uyuşturucu madde ve 6136 sayılı yasa kapsamındaki eşyalar hakkında ilgili yönetmelikler gereğince işlem yapılacaktır. Bunların dışındaki eşyalar ise mahallin en büyük mal memurluğuna veya ilgileri dolayısıyla ait oldukları dairelere gönderilecektir(SEY md.16/g-h-ı)

b. İade

CMK'nun 131. maddesine göre, şüpheliye, sanığa ve üçüncü kişilere ait olup ta el konulmuş olan eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde, res'en veya istem üzerine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından iadesine karar verilir. İstem üzerine verilen red kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.

CMUK'nun 103. maddesinde iade hususu sadece mağdura ait şeylere ilişkin olarak düzenlenmişti. CMK mağdur haricindeki kişilere ait şeylerinde iadesi hususunu düzenlemiştir. Bu hüküm gereğince, sanıktan alınan ve müsaderesi gerekmediği anlaşılan şeyler ve özellikle cürüm eşyasını satın alma suçu açısından kuyumculardan alınan “emsal altın” ın, soruşturma açısından öneminin kalmadığı hallerde, sahibine iadesi sağlanarak adliyenin eli altında

³⁷⁸ ÖZBEK Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, C.1, s.542

kalmasının önüne geçilerek mülkiyet hakkına yönelik ihlalin önüne geçilmek istenmiştir.³⁷⁹ Söz konusu eşyanın sahibi iadeye yönelik hukuk davası açma hakkına da sahiptir.

CMK'nun 128. maddesinde bazı suçlara ilişkin olarak yapılan soruşturma ve kovuşturmada, bu suçun işlendiği ve bu suçtan elde edildiği konusunda kuvvetli şüphenin bulunması halinde şüpheli veya sanığa ait malvarlığı değerlerine el koyulabileceği düzenlenmiştir. Bu madde gereğince el konulan malvarlığı değerlerinin mağdura ait olduğunun tespit edilmesi ve bunlara delil olarak ihtiyaç bulunmaması hallerinde, söz konusu malvarlığı değerleri sahibine iade edilecektir(CMK md 131/2).Kanaatimizce iade için istem gerekmeyecektir.

El koyma işlemi suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin haber verilir(CMK md. 127/5, SEY md.5/5).Bu hükümlerle mağdurun kendisine ait olabilecek eşyaların akıbetinden haberdar olması sağlanmak istenmiştir. Mağdur gerekli çabalar harcanmasına rağmen tespit edilememişse, mağdura bildirim yapılmayacaktır.³⁸⁰

El konulan veya muhafaza altına alınan eşya aynen iade edilmelidir.³⁸¹ Ancak el konulan eşya niteliği gereği bozulacak, değeri kaybolacak veya muhafazasının zor olması nedenlerine istinaden elden çıkarılmış ise satış parası iade edilecektir. Eşya sahibine iade edilebileceği gibi sahibin yasal temsilcisi veya vekiline de iade edilebilir(SEY md 16/a).

İade hususunda mahkemenin veya Cumhuriyet savcısının vereceği karar hüküm niteliğinde değildir. Bu nedenle verilen bu karar, iadesine karar verilen eşya üzerinde geçici bir zilyetlik tesis eder ve aidiyet meselesini tamamen halletmiş olmaz. Üçüncü kişiler iadeye konu eşya üzerindeki haklarını hukuk davası açarak temin edebilirler ve ceza hâkiminin verdiği karar hukuk hâkimini bağlamayacaktır.³⁸²

³⁷⁹ CMK madde gerekçesi

³⁸⁰ HAKERİ, Elkoyma, PD, S.44

³⁸¹ ÖNDER, s.455

³⁸² ÖNDER, s.456-457

İade edilmesine karar verilmiş olup ta, sahipleri usule uygun meşruhatlı davetiye ile celp edilmelerine rağmen, sahipleri tarafından bir ay içerisinde geri alınmayan veya sahipleri bulunmayan eşya, en geç iki ay içerisinde satılarak bedeli milli bir bankaya sahipleri adına faizli bir hesaba yatırılır. Satışa eşyanın bulunduğu yer sulh ceza hâkimi karar verir(SEY md 19) İade kararına rağmen, sahibi tarafından alınmayan veya sahibi tespit edilemeyen eşyanın ekonomik değeri yoksa Cumhuriyet savcısı, emanet memuru ve iki zabıt kâtibinden oluşan bir komisyon bu eşyanın imhasına karar verebilir.(SEY md 21) Ayrıca iadesine karar verilip de sahibi ölmüş veya hakkında gaiplik kararı alınmış eşyalar, yetkili sulh hukuk hâkimliğine tevdi edilecektir(SEY md.20).

Önleme aramaları ile adli aramalar arasındaki temel farklılıklardan biri de el konulan veya muhafaza altına eşyaların akıbeti ile ilgilidir. Önleme aramasında suça konu olmayan ancak tehlike oluşturduğu için muhafaza altına eşyalar, önleme aramasına sebep olan tehlike ortadan kalktığında sahibine iade edilecektir. Örneğin, stada girişte yapılan önleme aramasında tehlike oluşturabileceği için muhafaza altına alınan çakmak ve bozuk para gibi şeyler maç bitiminde sahibine iade edilecektir. Adli aramada ise bu anlamda geçici olarak muhafaza altına alma söz konusu değildir.³⁸³

c. Dosyada Delil Olarak Muhafaza Altına Alınması

Arama neticesinde el konulmuş eşyanın iadesinin ve müsaderesinin mümkün olmadığı hallerde dosyada delil olarak muhafazasına karar verilebilir. Emanete alınmakla birlikte mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşyalar, yargılama sonunda verilen bu yöndeki karar doğrultusunda, ilgili dosyasında delil olarak muhafaza edilmek üzere mahkemesine gönderilir (SEY 16/e).

³⁸³ DERDİMAN,s.18

III. HUKUKA AYKIRI ARAMA

A. Genel Olarak

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına sebep olan aramanın başta Anayasa olmak üzere yasalarda belirtilen şartlara uygun olarak uygulanması gerekir. Hukuk devleti niteliğindeki bir devlette, yasa uygulayıcıların yasalara uygun hareket etmesi ve keyfiliğin olmaması en temel şartlardandır. Anayasa ve yasalarda belirtilen şekil ve şartlara riayet etmeksizin yapılan bir arama hukuka aykırı arama niteliğinde olacaktır.

Unutulmamalıdır ki kolluğun asıl görevi insan haklarını korumaktır. Kolluk görevini ifa ederken mesleki tecrübelerinden yararlanır. Ancak tecrübe ile hukuk kuralının birbiriyle çatışmaması gerekir. Bu iki şeyin çatışması halinde hukuka aykırılıklar meydana gelir.³⁸⁴

Hukuka aykırı aramanın üç neticesi vardır. İlk olarak hukuka aykırı aramaya maruz kalanın, yapılan işleme ilişkin tazminat hakkı doğar, ikincisi hukuka aykırı arama, arama emrini veren ve aramayı icra eden açısından cezai sorumluluk sebebidir ve üçüncü olarak ta hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen delil, hukuka aykırı delil niteliğinde olacak ve mahkemede kullanılamayacaktır.

Arama açısından öngörülen bu koşullar ve koşullara uyulmaması neticesine bağlanan sonuçlar, temel hak ve hürriyetlerin müdahalelere karşı bir güvencesi niteliğindedir. Hukuka aykırı arama durumunda söz konusu olacak tazminat sorumluluğu, yasak delil durumu ve yapılan işlemin suç oluşturacağı hususları aynı zamanda arama icrasında görevli kolluk mensuplarının hukuka uygun davranmalarını sağlayacaktır.

Bu yaptırımların yanında kolluğun iyi bir eğitimden geçirilmesi, arama uygulaması sonrasında her arama için kayıt mecburiyeti getirilerek yapılan işlemlerin üstlerince ve kamuoyunca denetime tabi tutulması, hukuka aykırı arama durumlarının minimuma inmesi açısından önemlidir.³⁸⁵

³⁸⁴ ÇOR Yaşar, Polisin Durdurma ve Arama Yetkilerinin Sınırı, PD, S.34

³⁸⁵ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.262

B. Hukuka Aykırı Arama Neticesinde Elde Edilen Delillerin Mahkemede Kullanılmaması

Ceza muhakemesinde yargılama makamları uyuşmazlığın maddi yönünü çözebilmek için gerçeği araştırarak bir hükme varmaya çalışır. Uyuşmazlık konusu olayın sübuta ermesi için kullanılan vasıtalara delil denir.³⁸⁶ Delil ceza muhakemesinin en önemli vasıtalarından biridir ve ceza muhakemesinin en önemli ilkelerinden biri de “delilsiz mahkumiyet olmaz” kuralıdır.³⁸⁷ Ceza muhakemesi maddi gerçeği araştırdığından ceza muhakemesinde her şey delil olabilir ve ayrıca hâkim ileri sürülen delillerin ispat değerini kendisi takdir eder. Buna “deli serbestliği” ve “delillerin serbestçe değerlendirilmesi” ilkesi denir.³⁸⁸

Ceza muhakemesinde her ne kadar her şey delil olabileceksede, bir delilin hukuk devleti olan bir devletin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için, hukuka uygun yollardan elde edilmesi gerekir. Bu nedenle bir hukuk devletinin ceza muhakemesinde delillerin nasıl elde edileceği kurallara bağlanmıştır. Bu kurallara aykırı olarak elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğindedir.³⁸⁹

Delil elde etmede hukuka uygun davranılması ve özellikle de suç teşkil eden davranışlardan kaçınılması gerekmektedir. Özel hayatın gizliliğinin hukuka aykırı davranarak sınırlandırılması suç teşkil eden bir davranıştır.³⁹⁰ Hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denir.³⁹¹ Hukuka aykırı arama

³⁸⁶ **KUNTER/YENİSEY**,s.538

³⁸⁷ **HAFIZOĞULLARI** Zeki, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi”, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Y.2, S.10, Temmuz-Ağustos 1996, s.638

³⁸⁸ **KUNTER-YENİSEY**,s.540; **ÖZTÜRK**,..Ceza Muhakemesi..,s.305

³⁸⁹ **KOCA**, s.2; **CENTEL/ZAFER**, s.537

³⁹⁰ **ÖZGEN** Eralp, Askeri Yargıtayın Delil ve Savunma Hakkı Konularına Bakışı, AAD, Y.22, S.90, Mayıs 1994, s.21

³⁹¹ **ÖZTÜRK**, Delil, s.6

neticesinde delil elde edilmesi veya aranan kişinin yakalanması yapılan aramayı hukuka uygun hale getirmez.³⁹²

Hukuka aykırı arama sonucunda ele geçen delillerin mahkemede kullanılıp kullanılamayacağı bir değerlendirme sorunudur. CMUK'nun 254/2 maddesinde “*soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettiği deliller hükme esas alınamaz*” hükmü yer almaktaydı ve CMUK uygulaması açısından hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin mahkemede kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin olarak öğretide birlik yoktu.

SOKULLU-AKINCI'ya göre hukuka aykırı arama halinde, adalet ve özgürlük haklarının özünü oluşturan ve adil yargılama ilkesinin bir neticesi olan, kanuna aykırı aranmama hakkının ihlali söz konusudur. Bu nedenle bu şekilde elde edilen delillerin mahkemece kabul edilmemesi gerekir.³⁹³

ÖZTÜRK'e göre, CMUK nun 254/2 maddesi hükmü nedeniyle ağırlığına veya hafifliğine ve bir temel hakkı zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın, herhangi bir şekilde yapılan bir hukuka aykırılığın mevcut olması halinde, ele geçirilen delil mahkemede kullanılamayacaktır.³⁹⁴ Delil elde edilirken yapılan basit şekilde aykırılıklar sonucu delilin kullanılamaması ve failerin bu nedenle cezalandırılmaması hukuk devleti ilkesine uygun düşmez. Hukukumuzda delil yasakları, koğuşturma makamları için öngörüldüğünden, özel kişilerin hukuka aykırı yollardan elde ettikleri deliller kural olarak değerlendirilebilirler. Ancak özel kişiler tarafından insan haklarına ağır müdahale sonucu veya hayatın gizli alanını ihlal eder şekilde elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz.

Ayrıca yetkili makamlarca hukuka uygun bir şekilde elde edilebilecek bir delilin özel kişilerce hukuka aykırı bir şekilde elde edilmesi sonucu oluşan hata nedeniyle delilin kullanılamayacağını ileri sürmek CMUK 254/2 md gereğince mümkün değildir.³⁹⁵

³⁹² YENİSEY, Yeni Arama Hukukumuz

³⁹³ Hukuka aykırı arama halinde delillerin mahkemelerce kabul edilmemesi kolluğun hukuka uygun davranmasına da sebep olacaktır.Çünkü polisi esas ilgilendiren ve hukuka uygun davranmaya zorlayan elde ettiği delillerin yok sayılmasıdır.SOKULLU-AKINCI,Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları,s.268

³⁹⁴ ÖZTÜRK,..Ceza Muhakemesi., s.390

³⁹⁵ ÖZTÜRK , Delil, s.50-113-114

ÖZBEK ve YENERER'e göre arama açısından hukuka aykırılık ya karar verme aşamasında ya da yerine getirilmesi aşamasında söz konusudur. Karar verme aşamasındaki hukuka aykırılık ise ya karar verme yetkisinde ya da karar verme işleminde hukuka aykırılıktır. Karar verme yetkisi mutlak olarak hâkime aitken hâkim kararı yoksa mutlak delil yasağı söz konusu olur. Karar verme yetkisi açısından mutlaka hâkim kararına gerek yoksa oranlılık ilkesine göre değerlendirme yapılır. Hukuka aykırılık karar verme işleminde ise bu şekli veya maddi olup olmadığına bakılır. Eğer aykırılık kararda hâkim isminin bulunmaması gibi şekli bir aykırılık ise yani tahammülü mümkün bir aykırılık ise delil mahkemede kullanılacaktır. Karar verme işlemindeki aykırılık örneğin genel bir arama kararı verilmesi, kararda neyin aranacağını belirtmemesi gibi maddi bir aykırılık ise ele geçen delil mahkemede kullanılamayacaktır.

Hukuka aykırılık arama işleminin yerine getirilmesi aşamasında ise yine iki olasılık söz konusu olacaktır. Eğer aramayı yapan yetkili değilse ve fakat aramayı yerine getirebilecek kadar bilgi ve becerikli ise ve de eğer yetkili olsaydı aynı şekilde davranacaktı denilebiliyorsa ele geçen delil mahkemede kullanılacaktır. Bunun aksinin söz konusu olduğu hallerde ele geçen delil mahkemede kullanılamayacaktır.³⁹⁶

GENEL'e göre Hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili merciin yazılı emri olmaksızın yapılacak arama hukuka aykırı delil niteliğinde olacak ve yasak delil niteliğinde olacaktır. Ancak bu suretle elde edilen delil nispi delil yasakları kapsamında kalacağı için yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı, ölçülülük ilkesi nazara alınarak kamu yararı bakımından yapılacak değerlendirme sonucu tespit edilecektir.³⁹⁷

YENİSEY'e göre delilin ele geçirilmesinde yapılan hukuka aykırılık sonucunda anayasal bir hakkın ihlal edilip edilmediğine bakılmalıdır. Eğer

³⁹⁶ ÖZBEK, s.157-158; YENERER, s.199-200

³⁹⁷ GENEL Erdoğan, Türk Hukukunda Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi, AYD, Y.2003, S.15, s.66

anayasal bir hak ihlali söz konusu değilse ele geçirilen delil mahkemede kullanılmalıdır.³⁹⁸

CMK'nun 217. maddesinde delillerin değerlendirilmesi ilkesine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Bu hükme göre “*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*”.CMK’da hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin mahkemede kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin olarak mevcut hüküm 217/2 maddesidir. CMK delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak CMUK’da mevcut anlayışı muhafaza etmiştir. Her iki yasa da hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin mahkemede değerlendirilemeyeceğini ilke olarak benimsemiştir.

3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasayla Anayasanın 38/7 maddesine “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” şeklinde yeni bir hüküm eklenmiştir. Anayasada yapılan bu değişiklik, kanun koyucu delil ayırımına ve delilin elde edilmesinde yapılan hukuka aykırılığın boyutuna bakmaksızın tüm hukuka aykırı delilleri değerlendirme yasağı kapsamına almıştır. Yani delil elde edilirken yapılan şekli aykırılıklar bile, delili hukuka aykırı hale getirecek ve bu delil mahkemede kullanılmayacaktır.³⁹⁹

Kanaatimizce, Anayasanın 38/7 maddesi gereğince, aramaya ilişkin olarak yapılacak kanuna aykırılıklar, kanuna aykırılığın niteliği ve boyutu ne olursa olsun, yapılan arama işlemi hukuka aykırı hale getirecek ve arama sonucu ele geçen delil mahkemede kullanılmayacaktır.

³⁹⁸ YENİSEY, ..Hukuka Aykırı.. , s.616

³⁹⁹ CENTEL/ZAFER, s.543;ÖZTÜRK Bahri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Delil Yasakları, HPD, S.3 Nisan 2005, s.134-135

C. Hukuka Aykırı Arama Halinde Memur veya İdare Aleyhine Tazminat Hakkı

Hukuk devleti niteliğindeki bir devlette, idare faaliyetleriyle şahıslara ve kuruluşlara zarar vermesi halinde, bu zararları karşılamak zorundadır.⁴⁰⁰ Gerek adli gerekse önleyici arama, nitelik itibariyle idarenin bir işlemi niteliğinde olduğundan⁴⁰¹, hukuka aykırı aramanın haksız veya suç niteliğinde olması durumunda kolluk görevlisi ve idare aleyhine tazminat davası açılabilir.⁴⁰² Tazminat davası ve koşulları aramanın adli veya önleyici olmasına göre farklı düzenlemelere tabidir.

Adli amaçlı arama yani koruma tedbiri olan arama nedeniyle tazminat CMK'nun 141/i maddesinde düzenlenmiştir. CMUK'nda böyle bir düzenleme olmamasına rağmen CMK'da bu yönde bir düzenlemenin yapılmış olması hukuk devleti adına çok olumlu bir gelişmedir.⁴⁰³

CMK'nun 141/i maddesine göre, aramaya maruz kalanın tazminat hakkı sadece arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi haline münhasırdır. Yani adli amaçlı aramada makul şüphe oluşmamasına rağmen arama kararı verilmesi, gecikmesinde sakınca bulunmamasına rağmen varmış gibi yazılı emirle arama emri verilerek arama yapılması halinde aramaya maruz kalanın tazminat hakkı yoktur.⁴⁰⁴ Arama sırasında kişinin aranması gerekmeyen eşyasının aranması, aramaya maruz kalana orantısız kuvvet kullanılması veya aramanın gereksiz yere uzun tutulması durumunda, arama kararının ölçüsüz bir şekilde

⁴⁰⁰ **ÖZER** Atilla, Hukuk Devleti, s.47

⁴⁰¹ “Davacının önleme tedbirleri kapsamında üst ve eşyalarının aranması, bir kamu hukuku kuralına dayalı olarak tesis edilen idari işlem niteliğindedir.” Danıştay 10. Daire, 01/02/1994 T.,1994/392K. 1992/2572E

⁴⁰² **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.283

⁴⁰³ **GÜLŞEN**, s.95

⁴⁰⁴ **HAKERİ** Hakan, Koruma tedbirleri nedeniyle ve yargılamanın yenilenmesi halinde Tazminat, HPD, S.03, Y.2005, s.109; Aksi görüşte **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.288; **GÜLŞEN**'e göre sadece ölçüsüz bir şekilde aramanın icrası halinde değil, aynı zamanda hukuka aykırı arama halinde de kişi hürriyetine değer verilmesine istinaden devletten manevi tazminat istenebilmelidir. **GÜLŞEN**, s.95

gerçekleştirilmesi söz konusu olur ve bu gibi hallerde tazminat hakkı doğar. Tazminat hem maddi hem de manevi zararların tümünü kapsar.

CMK'nun 142. maddesinde tazminat istemenin koşulları ve buna ilişkin usul hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre tazminat talebinin, ilgili kişi hakkındaki karar veya hükmün kesinleşmesi üzerine yapılacak tebligattan itibaren üç ay ve her halde karar veya hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde yapılması gerekir. Tazminat istemeye hak sahibi olan kimsenin hakkındaki soruşturma ve kovuşturmanın akıbetini ve kesin sonuca bağlanışını takip ederek, dava hakkını gecikmeden kullanması öngörüldüğünden bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür.⁴⁰⁵ Dava zarara uğrayanın kendisi, yasal temsilcisi veya vekili tarafından açılacak ve hazine davalı gösterilecektir. Davaya bakmakta yetkili ve görevli mahkeme davacının oturduğu yer ağır ceza mahkemesidir. Ancak tazminata konu asıl işlem bu mahkemece yapılmış ise, o yerde başka ağır ceza mahkemesi varsa numara itibarıyla o mahkemeyi takip eden ağır ceza mahkemesi, eğer o yerde başka ağır ceza mahkemesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesi yetkili ve görevli olacaktır.

Mahkeme öncelikle davacının dilekçesi ve ekindeki belgelerin yeterliliğine ilişkin bir inceleme yapacak ve eksiklik bulunması halinde davacıya eksikliği gidermesi için bir aylık süre tanıyacaktır. Bu süre içerisinde eksikliğin giderilmemesi halinde mahkeme dilekçeyi itiraz yolu açık üzere ret edecektir. Eksikliği olmayan veya verilen süre içerisinde eksikliği giderilen dava dilekçesi ekindeki belgelerin birer örneği devlet hazinesi temsilcisine tebliğ edilecek ve varsa beyan ve itirazlarını bildirmek üzere onbeş günlük süre verilecektir. Bu işlemlerin tamamlanması üzerine mahkeme inceleme ve değerlendirmesini duruşmalı olarak yapacaktır. Mahkeme gerekli görmesi halinde tazminat talebine konu olaya ilişkin keşif yapabilecek, tanık dinleyebilecek ve bilirkişi incelemesi yaptırabilecektir. Mahkemenin yapacağı inceleme sonrasında vereceği karara karşı istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı ve hazine temsilcisi istinaf yoluna gidebileceklerdir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, CMK 143/2 maddesine göre tazminata hükmedilmesi halinde devlet ödediği tazminatı

⁴⁰⁵ CMK madde gerekçesi, in: ÜLGEN, s.219

görevinin gereklerine aykırı hareket ederek görevini kötüye kullanan kamu görevlisine rücu edebilecektir.

Önleme amaçlı arama niteliği gereği bir idari işlem olduğundan sorunun idare hukuku esaslarına göre incelenmesi gerekir. İdarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararlarından sorumlu tutulması Hukuk Devleti ilkesinin bir gereğidir.⁴⁰⁶ Anayasanın 125/son maddesine göre “İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

İdare aleyhine kolluk görevlisinin işlem veya eyleminden kaynaklanan tazminat davası açılabilmesi için, idarenin işlem veya eylemden dolayı kusurlu sorumluluğunun bulunması gerekir. İdarenin kusurlu sorumluluğu ülkemizde hizmet kusuru kavramı ile açıklanmaktadır. Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade eder. Buradaki hizmet kavramı sadece idari faaliyetlerin belirli bir kısmı olan kamu hizmetini değil aynı zamanda kolluk faaliyetleri gibi hizmetleri de kapsar.⁴⁰⁷

Kolluk görevlisinin işlem veya eylemlerinden dolayı idarenin kusurlu sorumluluğunun olmadığı yani hizmet kusurunun söz konusu olmadığı hallerde kolluk görevlisinin kişisel kusurundan bahsedilir. Kamu görevlilerinin hizmetle alakası olmayan kusurlu tutum ve davranışları kişisel kusuru oluşturur. Ayrıca hizmet içinde dahi olsa kamu görevlilerinin suç teşkil eden davranışları, yargı kararlarına uymamaları, kötü niyetli davranışları ve ağır kusurlarının bulunması hallerinde kişisel kusur söz konusudur. Hizmet içindeki kişisel kusur hallerinden yargı kurallarına uymama hali hariç diğer bütün hallerde aynı zamanda idare açısından hizmet kusuru da söz konusu olur.⁴⁰⁸ Danıştay işkence iddialarına ilişkin olarak vermiş olduğu birçok kararda personelin yeterli düzeyde eğitilmemesinin, yeterli ve etkili bir denetimle bu tür olayların meydana gelmesine engel olunmaması için yeterli tedbirlerin idarece alınmamasının,

⁴⁰⁶ GÜNDAY, s.243

⁴⁰⁷ GÜNDAY, s.244

⁴⁰⁸ GÜNDAY, s.249-250

hizmetin kötü biçimde işlenmesine sebep olunmasının hizmet kusuru olduğunu vurgulamıştır.⁴⁰⁹

Hizmet kusurunun bulunması durumunda DMK'nun 13. maddesi ve Anayasanın 129. maddesine göre tazminat davası idare aleyhine ve idari yargıda açılabilir, memur aleyhine tazminat davası açılmayacaktır. Kişisel kusur bulunması durumunda memur aleyhine adli yargıda BK'nun 41 vd maddelerine göre tazminat davası açılabilir.

Bu nitelikte bir aramaya maruz kalan açısından CMK 141/i maddesindeki gibi bir kısıtlama söz konusu değildir. Bu durumda, örneğin makul sebep olmadan arama yapılması, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olmamasına rağmen hâkim kararı alınmadan arama yapılması, aramanın amacının ötesinde aranması gerekmeyen eşyanın aranması, aramanın gereksiz yere uzatılması veya arama sırasında aramaya maruz kalana orantısız kuvvet kullanılması tazminat sorumluluğunu gerektirecektir.⁴¹⁰

D. Hukuka Aykırı Aramanın Suç Teşkil Ettiği Haller

Hukuka aykırı arama suçu 5237 sayılı TCK'nun 120. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede görevi kötüye kullanmanın özel bir şekli olarak bir başkasının üst ve eşyasını hukuka aykırı olarak aranması suç olarak kabul edilmiştir.⁴¹¹ Buna göre hukuka aykırı olarak başkasının üst veya eşyasını⁴¹² arayan cezalandırılacaktır.

765 sayılı TCK'nda bu hükme paralel bir hüküm, yasanın 183. maddesinde vardı. Bu hükme göre hem hukuka aykırı aramayı yapan hem de arama emrini veren cezalandırılmaktaydı. Oysa 5237 sayılı TCK'nun 120.

⁴⁰⁹ 10.D,12.02.1986T, 1986/253K., 1984/2297E.; 01.06.1983T.,1983/1357K.,1982/2539E.; 12/10/1999 T.,1999/4782K., 1997/3568E.

⁴¹⁰ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.288

⁴¹¹ GÖKCEN Ahmet, Hürriyete Karşı Suçlar, <http://ceza—bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>

⁴¹² 5237 sayılı TCK suç tanımına eşya kavramını da eklemiştir ki suçun koruma kapsamına aldığı özel hayatın gizliliği prensibi açısından eşya kavramını da koruma kapsamına sokmakla yerinde bir düzenleme yapmıştır

maddesi sadece aramayı yapanın cezalandırılacağını düzenlemiş, arama emrini verenin cezalandırılacağına dair bir hüküm getirmemiştir. Bu durumda arama kararını veya emrini verenler hakkında özgü suça iştirak hükümleri uygulanacaktır.⁴¹³

Bu hüküm özel hayatın gizliliğini belirli bir surette ihlalinin yaptırımını oluşturmaktadır. Suçun oluşması için kamu görevlisi, kişi hürriyetini, görevini kötüye kullanarak veya yetkisini aşarak ihlâl etmiş olmalıdır.⁴¹⁴

Suçun maddi unsuru bir kişinin üzerini aramaktır ve suçun oluşması için aramanın tamamlanmış olması gerekmez.⁴¹⁵ Yani arama için kişinin vücuduna dokunulması yeterli olup aramanın bitmiş olması gerekmez.⁴¹⁶ Suçun manevi unsuru kasttır, bu suç kastla işlenebilir taksirle suçun işlenebilmesi mümkün değildir. Bu suç kasten işlenebilen bir suç olup fail yetkisini aştığı bilincinde olmaksızın kasten yetkisini aşmıyorsa suç oluşmaz.⁴¹⁷

Bu suç memurlar tarafından işlenebilen bir suçtur. Memur tarafından işlenen bu suça memur olmayan başka kişilerin iştiraki de mümkündür.⁴¹⁸ Eğer fail memur değilse ve özel hayatın gizli alanına ilişkin bir müdahale söz konusu ise suç kanaatimizce özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabilir. Özel hayatın gizliliğini ihlal eden her türlü davranış bu suçu oluşturacağından⁴¹⁹ özel hayatını gizliliğini ihlal eder nitelikte olan arama da bu suçu oluşturabilir.⁴²⁰

⁴¹³ **ARTUK** Mehmet Emin/**GÖKCEN** Ahmet/**YENİDÜNYA** Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.284

⁴¹⁴ CMK md. gerekçesi, in. **YURTCAN** Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu, İBY, Ocak 2005, s.200

⁴¹⁵ **SOKULLU-AKINCI**, Kişinin üzerinin aranması ve insan hakları, s.268

⁴¹⁶ **ÇİMEN**, s.22; **ERYILMAZ**, Durdurma ve Arama, s.284; **SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU**, TCK, s.2115; **MALKOÇ** İsmail, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, s.355; **YENERER**, s.172

⁴¹⁷ **SOYASLAN** Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.207

⁴¹⁸ **YENERER**, s.172

⁴¹⁹ **TEZCAN** Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**ÖNOK** R.Murat, 5237 Sayılı TCK'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006, s.374

⁴²⁰ Mağdura karşı bedensel bir cebir kullanılması halinde 765 sayılı TCK'nda bu durumda suç TCK 188 maddesindeki "cebir istimali suçu" nu oluşturmaktaydı. **SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU**, TCK, s.2115, 5237 sayılı TCK'nda cebir suçu 108. maddede düzenlenmiştir.

Hukuka aykırı bir şekilde mesken ve müştemilatında yapılacak arama 765 sayılı TCK'nun 194. maddesinde düzenlenmişti. Bu hükme göre memur mesken ve müştemilata girmekle beraber şartlarını taşımadığı için keyfi bir muamele olan arama yapması durumunda ceza arttırılarak hükmolunacaktı.⁴²¹ 5237 sayılı TCK'na göre ise, aramanın konut dokunulmazlığının ihlali suçunun koruma kapsamındaki konut ve eklentilerinde gerçekleştirilmesi halinde, suç konut dokunulmazlığının ihlali suçunu oluşturacak ve fail hem konut dokunulmazlığını ihlal suçu nedeniyle TCK'nun 116 ve 119. maddeleri gereğince hem de haksız arama nedeniyle TCK'nun 120. maddesi gereğince cezalandırılacaktır. Yani bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.⁴²²

Arama hâkim kararı üzerine yapılmışsa ve şartlar oluşmadan arama kararı verilmişse hâkimin cezai sorumluluğu doğar mı? Hâkimin verdiği arama kararı ve hatta savcının ve kolluk amirinin verdiği arama emri nedeniyle cezai sorumluluklarının doğması, bu kişilerin aramanın şartlarının oluştuğuna dair takdir yetkilerini kanuna aykırı olarak, açıkça kötüye kullanmış olduklarının tespiti halinde mümkündür.⁴²³ Arama kararı veya emirini veren hâkim, savcı veya kolluk amirinin, aramanın şartları oluşmamasına rağmen kasten arama kararı veya emri vermesi halinde, bu kişilerin cezai sorumlulukları söz konusu olacaktır.⁴²⁴

IV. ARAMA KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI

CMK'da arama koruma tedbirine özgü bir kanun yolu öngörülmemiştir. Ancak kanunda düzenlenen olağan kanun yollarına ilişkin hükümler arama

⁴²¹ SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, TCK, s.2205

⁴²² GÖKCEN A., <http://ceza—bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.318

⁴²³ YENİSEY, Denizli Semineri, s.25

⁴²⁴ ERYILMAZ'a göre hakim şartları oluşmadan vereceği arama kararı üzerine bu suçu işlemiş olur.Savcı ve kolluk amiri ise hem şartları oluşmadan verdikleri arama emri ile hem de karar almak için gecikmede sakınca bulunan bir hal olmamasına rağmen arama emri vererek bu suçu işleyebilir.ERYILMAZ, Durdurma ve Arama s.284

açısından da uygulanabilir niteliktedir.⁴²⁵ Çünkü kanun yollarının kapalı olduğu açıkça belirtilmeyen hallerde hâkim ve mahkeme kararlarına karşı kanun yolları açıktır.⁴²⁶

CMK'nun 267. maddesine göre hâkim kararları ile kanunun açıkça gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına itiraz edilebilir. Buna göre, hâkimlik kararlarına itiraz kural olarak mümkün olmakla birlikte, mahkeme kararlarına itiraz ancak kanunun açıkça gösterdiği hallerde mümkündür. Arama kararı, hâkim kararı niteliğinde ise itiraz mümkündür. Mahkeme kararı niteliğinde ise, kanun açıkça itirazı öngörmediğinden itiraz mümkün değildir. Ancak CMK'nun 287. maddesine göre, hükümden önce verilip, hükme esas teşkil eden ve başkaca kanun yolu öngörülmeven kararlara karşı temyiz yoluna gidilebileceğinden, mahkeme kararı niteliğindeki arama kararlarına karşı esas hükümlerle birlikte temyiz yoluna gidilebilecektir. Hâkim kararı niteliğindeki arama kararına itiraz üzerine CMK'nun 268. maddesi gereğince işlem yapılacaktır. Kural olarak itiraz kararın yerine getirilmesine engel olmaz(CMK md 269).

Arama kararına yazılı emir yoluna gidilebilir.⁴²⁷ CMK'nun 309. maddesinde, hâkim ve mahkemeler tarafından verilen ve istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlarda, hukuka aykırılık bulunması halinde bunu öğrenen Adalet Bakanının, o karar ve hükmün Yargıtayca bozulmasını sağlamak için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına, o karar ve hükmün bozulmasını gerektiren yasal nedenleri içerir yazıyla başvurabileceği düzenlenmiştir.

Arama hâkim kararı değil de Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emri üzerine yapılmışsa Anayasal bir zorunluluk olması nedeniyle bu arama kararının yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekir. Bu nedenle aramaya muhatap kalanında hâkim onayına sunulma ile birlikte arama kararına itiraz hakkı vardır.

Önleyici nitelikteki arama kararlarına karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı ve başvurulacaksa nereye başvurulacağı hususunda bir

⁴²⁵ GÜLŞEN, s.93, dn. 24

⁴²⁶ CMK 260. madde gerekçesi

⁴²⁷ ÖZBEK, s.163

düzenleme yoktur. Kanaatimizce önleyici arama hâkim kararı üzerine yapılmışsa yapılan işlem CMK kapsamında bir işlem olmadığından CMK da öngörülen kanun yollarına başvurulamaz. Ayrıca niteliği gereği idari bir işlem olmasına rağmen adli yargı mensubu bir hâkim tarafından verilen karara karşı idari yargıya başvurma olanağı da yoktur.

Önleyici arama gecikmesinde sakınca bulunan bir hal nedeniyle yetkili merciin yazılı arama emrine istinaden yapılmışsa bu emrin yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulması Anayasal zorunluluk olduğundan aramaya muhatap kalanında hâkim onayına sunma ile birlikte arama kararına itiraz hakkı vardır. Ancak belirtmek gerekir ki vardığımız bu sonuç zorlayıcı bir yorum sonucudur.

AÖAY'nin 20/4. maddesinde önleyici aramalarda hâkim tarafından verilen kararlar aleyhine, mülki amir tarafından kanun yollarına başvurulabileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme yasaya aykırı ve uygulanması mümkün olmayan bir düzenlemedir.

Hâkim kararı aleyhine mülki amirin başvurabileceği kanun yolunun hangi kanun yolu olduğunu tespit etmek sorunun çözümü açısından önemlidir. Her ne kadar önleme aramalarında karar merci adli yargı mensubu bir hâkim olsa da önleme araması kararına ilişkin hâkimin yapacağı işlem ceza muhakemesine ilişkin bir işlem olmadığından itiraz halinde CMK'nun uygulanacağı bir işlem söz konusu değildir. Bu nedenle CMK'da öngörülen kanun yolları bu işlem hakkında uygulanamaz. Aksinin kabulü halinde bile, CMK'nun 260. maddesinde kanun yollarına başvurma hakkı olanlar belirtilmiştir. Bu maddeye göre mülki idare amirinin kanun yollarına başvurma hakkı yoktur. Dolayısıyla CMK 267 ve devamında düzenlenen itiraza ilişkin düzenlemeler bu durumda uygulanamaz. Ayrıca bu karar idari yargı tarafından verilen bir karar olmadığından bu karar aleyhine gidilecek kanun yolu idari yargı da olamaz. Dolayısıyla başta da belirttiğimiz gibi AÖAY'nin 20/4 maddesindeki düzenleme uygulanması mümkün olmayan bir düzenlemedir.

SONUÇ

Arama, adli arama ve önleme araması olmak üzere ikiye ayrılır. Adli arama Ceza muhakemesinin maddi gerçeği tespit etmesine yarayan bir koruma tedbiridir. Önleme araması ise Ceza muhakemesi ile alakası olmayan bir önleme tedbiridir. Adli arama suç delillerinin veya aranan kişinin ele geçirilmesi amacına hizmet eder. Önleme araması ise, toplum için tehlike oluşturacak kişi ve eşyaların kolluğun denetimi altına alınmasına ve böylelikle suç işlenmesine engel olmaya yarar.

Arama bir takım temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir tedbirdir. Özel hayatın gizliliği, insan haysiyetinin dokunulmazlığı ve konut dokunulmazlığı arama nedeniyle sınırlanan başlıca temel hak ve hürriyetleridir.

Arama hukukunda hukuk devleti, insan haysiyetinin dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, oranlılık, dürüst işlem ve suçsuzluk karinesi ilkeleri temel ilkelerdir. Bu ilkeler hem arama kararı aşamasında hem de arama uygulamasında göz önünde tutulması gereken ve arama icra edenlere davranış standartları getiren ilkelerdir.

Aramanın başlıca iki şartı vardır. Adli ve önleme araması için ortak şart, aramanın hâkim kararına istinaden uygulanmasıdır. Adli arama açısından ikinci şart makul şüphe düzeyinde bir şüphenin varlığıdır. Önleme araması açısından ise ikinci şart aramayı haklı kılan makul sebeplerin varlığıdır. Makul şüphe ve sebebin tespitinde objektif verilere dayanılması aramaya muhatap kalacaklar açısından birer güvence niteliğindedir.

Aramanın hâkim kararına istinaden uygulanması şartının bir takım istisnaları vardır. Bunlardan birincisi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri üzerine arama yapılması halidir. Gerek adli arama gerekse önleme araması açısından hâkim kararı şartının doğal istisnaları söz konusudur. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı durumunda kolluğun arama işlemi hâkim kararı olmaması halinde bile suç teşkil etmez. Ayrıca önceden verilmiş ve arama kararını da kapsayacak nitelikte olan yakalama ve tutuklama müzekkerelerinin varlığı halinde hâkim kararı ve yazılı emre gerek olmaksızın

arama icra edilebilecektir. Hâkim kararı açısından diğerk bir istisnai durum ise, yakalama halinde yakalanan şahsın çevreye veya bizzat kendisine zarar verebilecek silah ve benzeri şeylerden arındırılması amacıyla kaba üst aramasıdır. Ayrıca herkesin yakalama yapabileceği haller de yani suçüstü hallerinde yakalamaya göre daha alt bir tedbir olan arama icrası da mümkündür.

Anayasa, arama hukuku açısından bir takım düzenlemeler getirmiştir. Adli arama açısından Anayasa dışında temel yasa CMK'dur. Önleme araması açısından temel yasa ise PYSK'dur. Özel yasalarda aramaya ilişkin mevcut hükümleri, istisnalar kapsamına girmiyorsa Anayasa, CMK ve PYSK ile birlikte okumak gerekir.

Arama konut, işyeri ve sair kapalı yerlerde yapılabileceği gibi kişinin üzerinde eşyasında da yapılabilir. Konut işyeri ve sair yerlerde önleme araması icrası mümkün değildir. Kişinin üzerinde yapılacak arama ile vücudun muayenesi farklı kavramlar olup farklı usul hükümlerine tabidir.

Adli arama kural olarak gece ve gündüz yapılabilir. Ancak konut, işyeri ve sair kapalı yerlerde gece arama yapılamaz. Adli aramanın gece yapılamamasının bir takım istisnaları mevcuttur. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, suçüstü hallerinde ve firar eden yakalanmış, tutuklanmış kişinin veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla konut, işyeri ve sair kapalı yerlerde gece arama yapılabilir. Önleme aramasının niteliği gereği bir zaman sınırlaması yoktur

Adli arama açısından, yasal dokunulmazlığı bulunan özel statülü şahısların istisnai durumları söz konusudur. Önleyici arama açısından ise, bu şahısların istisnai bur durumları söz konusu olmadığından, bu şahıslar önleyici nitelikte aranabileceklerdir.

Konut, işyeri ve sair kapalı yerlerde yapılacak aramalarda kanun bir takım farklı usul kuralları öngörmüştür. Arama bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmıyorsa aranan yerin komşularından iki kişi veya o yer ihtiyar heyetinden iki kişi arama sırasında hazır bulundurulur. Ancak aramanın olumsuz sonuçlanması gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa, bu kişiler olmaksızın da arama icrası mümkündür. Ayrıca arama sırasında kuvvet

kullanılmasını gerektiren, aramaya karşı çıkma, silahla mukavemet gibi bir durum söz konusuysa bu kişiler aramanın sonunda arama mahallinde hazır edilebilir.

Arama esnasında avukatın hazır bulunma yetkisi vardır. Arama esnasında hazır olmayan avukatın beklenmesi gerekir. Meğerki aramanın sonuçsuz kalmasına sebep olabilecek gecikmesinde sakınca bulunan bir hal mevcut olsun.

Aramanın başta Anayasa olmak üzere yasalarda belirtilen şartlara uygun olarak yapılması gerekir. Arama kararı ve uygulaması açısından belirtilen şartlara uyulmaması halinde yapılan arama hukuka aykırı bir arama olacaktır. Hukuka aykırı arama halinde ele geçirilen deliller mahkemede kullanılamayacaktır. Hukuka aykırı arama halinde aramaya maruz kalanın tazminat hakkı doğacak ve yapılan işlem suç teşkil edecektir.

Arama hâkim kararı niteliğinde ise bu karara itiraz mümkündür. Mahkeme kararı niteliğinde ise ancak esas hükümlerle birlikte temyize tabi bir karar söz konusudur.

KAYNAKLAR

- AKGÜNER** Tayfun, Kolluk Kavramına Genel Bir Bakış, PD, S.36, s.195 vd
- ARTUK** Mehmet Emin/**GÖKCEN** Ahmet/**YENİDÜNYA** Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005
- ATASOY** Ömer Adil, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu, Anayasa Yargısı Dergisi, s.123 vd., 2002
- ATAY** Ender Ethem, İnsan Haklarının Gerçekleştirilmesi Şartı Olarak Hukuk Devleti, PD, S.36, s.104 vd, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/anayasa_hukuku_insan_haklari/doc_dr_ender_ethem_atay.htm
- AVCI** Mustafa, “Önleme Hapsi” KHukA, Mart 2001, s.1 vd
- AVCI** Mustafa, “Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama”, HPD, S:3, Nisan 2005, s.74 vd.
- AVCI** Mustafa, “Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i maruf) Uygulaması, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, S:147, Aralık 2003, s.45 vd.
- AVCI** Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004
- BALTA** T.Bekir/**KUBALI** H.Nail, Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı, AÜSBF Dergisi, Eylül 1960, S.39, C.XV, s.1 vd
- BIYIKLI** Hasan İ./**BOUZAT** Pierre, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları, Yargıtay Dergisi, Y.1977, S.1, s.85 vd
- CENTEL** Nur, Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler, “Türkiye İçin Nasıl Bir Ceza Yargılama Hukuku” Sempozyumu ‘Tebliğ’, Hukuk Araştırmaları, Y.1994, C.8, S.1-3, s.69 vd
- CENTEL** Nur/**ZAFER** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003
- CİHAN** Erol, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İHFM, Y.1962, C.XXVIII, S.1-4, s.701 vd
- CİHAN** Erol/**YENİSEY** Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1996

ÇAMLIBEL Cemil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku, Polis Dergisi, Y.9, S.36(Özel Sayı), s.325 vd

ÇEÇEN Anıl, Devlet ve İnsan Hakları, TBBD, S.6, s.826 vd,1989

ÇINAR Ali Rıza, Konut Dokunulmazlığının Uluslararası Temel Belgelerde Düzenlenişi, İnsan Hakları Merkezi Dergisi 1995/4, in.SAVAŞ Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2, s.2184 vd, Ankara 1999

ÇİÇEKLİ Bülent/**ERYILMAZ** M.Bedri, Son Anayasa Değişikliği Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, 2002-1, s.33 vd.

ÇİMEN Ahmet, Türk Hukukunda Arama, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1989

ÇOR Yaşar, Polisin Durdurma ve Arama Yetkilerinin Sınırı, Polis Dergisi, S.34, www.egm.gov.tr/apk/dergi/34/yeni/web

DENGİZ Hasan, Askeri Mahallerde ve Asker Kişiler Hakkında Arama, Özel Hayatın Korunması Semineri “Tebliğ”, in.Askerî Yargıtay Dergisi, Y.2003, S.15, s.75 vd.

DEMİRBAŞ Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996

DERDİMAN Ramazan Cengiz, (Türk Hukukunda)Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Hukuki İstisnası Olarak Arama ve İnsan Hakları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1990

DOĞAN D. Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, 11. Baskı, İstanbul 1996

DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982

DÖNMEZER Sulhi/**ERMAN** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,Genel Kısım, C.II, 11.Bası, İstanbul 1997

EREM Faruk, Avukat Bürolarında Arama, Yargı, S.11, s.1 vd., Şubat 1997

EREM Faruk, Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi, Ankara 1997

ERTUĞRUL Metin, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Ankara 2004

ERGÜL Ergin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İşkence Yasağı ve Türk Mevzuatı,Adalet Dergisi, S.19, Y.95, Mayıs 2004, s.1 vd.

ERYILMAZ M.Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003

ERYILMAZ M.Bedri,Kolluğun Yetkileri Açısından Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu(CMUK)ile Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırılması Yeni Tasarının Düşündürdükleri,Ankara Barosu Dergisi,Yıl.2000,S.1,s.47 vd

ESENER Turhan, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1998

FENDOĞLU Hasan Tahsin, 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, Anayasa Yargısı Dergisi, Y.2002, S.19, s.111 vd

FENDOĞLU Hasan Tahsin, “Adli Kolluk” Üzerine, YD, C.23, S.3, Temmuz1997, s.229 vd

FEVZİOĞLU Metin, “Tanıklık ve Dürüst Muhakeme”.Ankara 1998

FEVZİOĞLU Metin, Suçsuzluk Karinesi:Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AÜHFD, C.48, S.1-4, s.135 vd.,1999

GENEL Erdoğan, Türk Hukukunda Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi “Tebliğ”(Özel Hayatın Korunması Semineri),Askeri Yargıtay Dergisi, Y.2003, S.15, s.47 vd

GELERİ Aytekin/ SOYSAL Mustafa/KAYGISIZ Mustafa/ARSLAN Tamer Azem, Önleyici Polis Hizmetleri, Ankara 2001, Polis Akademisi Yayınları

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin “Olumlu”(Pozitif)Yükümü, PD, S. 37, s.

GÖKCEN Ahmet, Hürriyete Karşı Suçlar, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>

GÖREN Zafer, Temel Hak Genel Teorisi , Ankara 1995

GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa 2001

GÖZÜBÜYÜK Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 2003

GÜLŞEN Recep, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama, HPD, S.03,Nisan 2005,s.90 vd

GÜNAY Erhan, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004

GÜNDAY Metin,İdare Hukuku,Ankara 1999

HAFIZOĞULLARI Zeki, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi”, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Y.2, S.10, Temmuz-Ağustos 1996

HAFIZOĞULLARI Zeki, Türk Hukuk Düzeninde “Hukukun Üstünlüğü Prensibi” Sorunu Ankara Barosu Dergisi, Y.2002, S.1, s.23vd

HAFIZOĞULLARI Zeki, 24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir, PD, S.41

HAKERİ Hakan, Madde Madde YENİ TCK(12), www..umut.org.tr/guncel/kavram.html

HAKERİ Hakan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde TAZMİNAT, HPD, S.03, Y.2005, s.108 vd

HAKERİ Hakan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Elkoyma Koruma Tedbiri, PD, S.44

HAKERİ Hakan, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 2005

İMRE Zahit, Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM, C.XXXIX, S.1-4, s.174 vd., 1974

İSPİR Eyüp, Kolluk Kavramı ve Uygulamaları, İnsan Hakları ve Devletin Yetkileri Denizli Semineri “Tebliğ”, in: DÖNMEZER Sulhi/YENİSEY Feridun, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, CIII.1, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s.33 vd.

KAPANİ Münici, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993

KAPLAN İbrahim, “Demokrasi-Hukuk-Otorite”, AÜSBFD Prof.İlhan Öztrak’a Armağan Özel Sayısı, Y.1994, C.49, S.1-4, s.267 vd

KAYMAZ Seydi, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı(Yasak) Deliller, Ankara 1997

KİLKELLY Ursula, AİHS’nin 8.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz(Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı), İnsan Hakları El Kitapları No:1, 2003

KOCA Mahmut, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MKoca.html>

KUNTBAY İhsan, İnsan Hakları ve Polis, Ankara 1990

KUNTER Nurullah, “Tehlike Tedbiri” Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz,İHFM,C.XXXIV,Y.1969,S.1-4,s.17 vd.

KUNTER Nurullah/**YENİSEY** Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Bası, İstanbul 1998

KOÇ Cihan/**ÖZBUDAK** Coşkun, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Üzerine Bir İnceleme,in: GÜNDOĞAN Kadir/**KOÇ** Cihan/**ÖZBUDAK** Coşkun, Kolluk Görev ve Yetkileri Mevzuatı, Ankara 2003, s.1525 vd

KORKUSUZ M.Refik,Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1998

MALKOÇ İsmail, Türk Ceza Kanunu(Açıklamalı,İçtihatlı)Ankara 1998

MALKOÇ İsmail/**GÜLER** Mahmut, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C.1, Adil Yayınevi, Tarihsiz

MESTAV Mehmet, Orman Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2001

MOLE Nuala/**HARBY** Catharina,AİHS’nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz(Adil Yargılanma Hakkı)İnsan Hakları El Kitapları No:3, 2003

OKTAR Salih,Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in:Savaş/Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu,s.903 vd.

ÖNDER Ayhan, Ceza Muhakemeleri Usul Hukukunda Arama, İHFM 1963, C.XXIX, S.3, s.424

ÖNER Hamdi, Ceza Muhakemeleri Usul Kanununda Hürriyet ve Mülkiyeti Takyit Eden Kaideler,Adliye Ceridesi, Y.29,1938, s.1971 vd.

ÖZBEK Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama,Ankara 1999

ÖZBEK Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, C.1, Ankara 2005

ÖZBUDAK Coşkun, Önleyici Arama(Anayasa Değişiklikleri ve Uyum Yasaları Açısından), Jandarma Dergisi, Eylül 2002, S.99

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002

ÖZDEN Yekta Güngör, Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu Açılış Konuşması,in Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu ve Semineri,İstanbul Barosu Yayınları,1. Bası İstanbul,Ekim 1996,s. 196 vd

ÖZER Atilla, Hukuk Devleti, PD, S.36, s.45 vd

ÖZGEN Eralp, Askeri Yargıtay'ın Delil ve Savunma Hakkı Konularına Bakışı, AAD, Y.22, S.90, Mayıs 1994, s.16 vd

ÖZGENÇ İzzet/ŞAHİN Cumhur, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001

ÖZTÜRK Bahri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları, HPD, Nisan 2005, S.3, s.131 vd

ÖZTÜRK Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995

ÖZTÜRK Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1995

ÖZTÜRK Bahri, Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, İzmir 1992

ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti(Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991

ÖZTÜRK Bahri, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, Nisan 1992, Y.11, S.41, s.4 vd.

ÖZTÜRK Bahri, Türk Ceza Yasası Ön Tasarısı ve Hayatın Gizli Alanına,Özel Hayata Karşı Suçlar,Manisa Barosu Dergisi, Temmuz 1987, Y.6, S.22, s.32 vd.

ÖZTÜRK Bahri, 2001 Anayasa Değişikliklerinin Ceza Muhakemesine Etkileri, "Terör,Örgütlü Suçla Mücadele ve İnsan Hakları" konulu 16. Hukuk İhtisas Semineri, "Tebliğ", Çağın Polisi Dergisi, S.13,14,15,16

REİDY Aisling, AİHS'nin 3.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz(İşkencenin Yasaklanması),İnsan Hakları El Kitapları No:6, 2002

SABAN Nebil, Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Bir Vergi Hukuku Kavramını Okumak:Arama, PD, S.36, s.93 vd

SARIGÜL Ali Tanju, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama, AAD, Y.30, Ocak 2002, S.113, s.69 vd

SAVAŞ Vural/**MOLLAMAHMUTOĞLU** Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1999

SAVAŞ Vural/**MOLLAMAHMUTOĞLU** Sadık, Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun Yorumu, Cilt 1, Ankara 1995

SAVCI Bahri, İnsan Hakları Üzerine, Uluslar arası Alanda, "Norm-İlke"ler ve Türk İç Hukuku, AÜSBFD, Y.1980, C.35, 1-4

SELÇUK Sami, Hukuk Devleti, YD, C.21, Temmuz 1995, S.3, s.197 vd.

SEVÜK Handan Yokuş, 5271 Sayılı CMK'da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, HPD, S.03, Nisan 2005, s.63 vd

SOKULLU-AKINCI Füsün, Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları,İdare Hukuku İlimleri Dergisi, Prof.Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, S.1-3, 1988

SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, Ankara 2000

SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005

ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005

ŞEN Ersan,Türk Ceza Yargılaması Hukukuna Hakim Olması Gereken İlke ve Esaslar,PD, S.36, s.232 vd

ŞİMŞEK Oğuz, Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı(Anayasa Hukuku Açısından Bir Yaklaşım),İzBD,s.88 vd, Nisan 1998

TANIŞIR Mehmet, Avrupa Birliği'ne Uyum Yasası ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9.Maddesinde Yapılan Değişiklikler, Türk İdare Dergisi, S. 440, Eylül 2003

TEZCAN Durmuş, Organize Suçlar ve Bu Suçlarda Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması, AD, Nisan 2000, Y.91, S.3, s.14 vd

TEZCAN Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**SANCAKDAR** Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004

TEZCAN Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**SANCAKDAR** Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004

TEZCAN Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**ÖNOK** R.Murat, 5237 Sayılı TCK'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991

TOROSLU Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1998

TOSUN Öztekin, Ceza Muhakemesinde İhtiyat Tedbirleri, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.3, Y.2, s.7 vd,1968

TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Dersleri, C:1, 4 Bası, İstanbul 1984

TOSUN Öztekin, Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976

TURAN Belgin,Polisin Arama Yetkisi, Türk İdare Dergisi, Aralık 1997, Y.69, S.417, s.179 vd

TÜRMEN Rıza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, YD, C.28, S.1-2, s.192-213, Ocak-Nisan 2002

ÜLGEN Celal, Ceza Muhakemesi Kanunu, İB Yayınları, Şubat 2005

YAŞAR Osman, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, C.1, Ankara 1998

YENERER Özlem, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996

YENİSEY Feridun, Arama Hukuku ve Vatandaşın Hakları, NTV TV Kanalında Söyleşi, İstanbul, 7 Temmuz 2003

YENİSEY Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987

YENİSEY Feridun, Yargıtay Askeri Yargıtay Kararları ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesinin Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller Semineri ‘Tebliğ’ in Savaş Vural/Mollamahmutoğlu Sadık, Ceza Muhakemeleri Usul Hukukunun Yorumu, C.1, Ankara 1995

YENİSEY Feridun, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu “Tebliğ”, in. aynı adlı kitap, İB Yayınları, Ekim 1996, s.37 vd.

YENİSEY Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, El Koyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara 1995

YENİSEY Feridun, Avrupa Birliği Uyum Yasaları Çerçevesinde Değişen Yasalar ve Arama “Tebliğ”(Aksaray Polis Meslek Yüksek Okulu Konferansı 1 Mayıs 2004), in: Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, C III.4, s.15 vd.

YENİSEY Feridun, Avrupa Birliğine Uyum Yasaları Çerçevesinde Polisin Arama Yetkisi “Tebliğ”(Kayseri Polis Meslek Yüksek Okulu Konferansı 3 Mayıs 2004), in: Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, C III.5, s.20 vd.

YENİSEY Feridun, İnsan Hakları ve Devletin Yetkileri Semineri “Tebliğ”, Şubat 2004, Denizli, in: Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, C III.1, s.9 vd

YENİSEY Feridun, AB Uyum Yasaları ve İnsan Hakları Çerçevesinde Kolluğun Görevleri Sempozyumu “Tebliğ”(05-06 Mayıs 2003 Samsun), 19 Mayıs Polis Meslek Yüksek Okulu Yayınları, 2003

YENİSEY Feridun, Yeni Arama Hukukumuz, PD, S.37, www.egm.gov.tr/apk/dergi/37/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/profdrferidunyenisey-sen./htm

YILDIZ Ali Kemal, Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” Çerçevesinde Arama ve Uygulaması, PD, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Y.9, S.36, s.251 vd

YURTCAN Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu,İB Yayınları, Ocak 2005

YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku(9.Baskı), Ekim 2002

YURTCAN Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, 1995

YÜCE T.Tufan, Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, EÜHFD, 1980, S.1, s.67 vd.

YÜCE T.Tufan, Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri, TBBD, 1988, S.1, s.156 vd