

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
KORUMA TEDBİRİ OLARAK
ARAMA VE ELKOYMA**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

METİN ÇOKMUTLU

ANABİLİM DALI : KAMU HUKUKU
PROGRAMI : KAMU HUKUKU

KOCAELİ- 2007

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
KORUMA TEDBİRİ OLARAK
ARAMA VE ELKOYMA**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

METİN ÇOKMUTLU

ANABİLİM DALI : KAMU HUKUKU
PROGRAMI : KAMU HUKUKU

TEZ DANIŞMANI: YRD. DOÇ. DR. İSA DÖNER

KOCAELİ-2007

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
KORUMA TEDBİRİ OLARAK
ARAMA VE ELKOYMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZİ HAZIRLAYAN : METİN ÇOKMUTLU
TEZİN KABUL EDİLDİĞİ ENSTİTÜ KURULU TARİHİ VE NO :

Prof. Dr. M. Emin ARTUK
DÖNER

Doç. Dr. N .İlker ÇOLAK

Yrd.Doç. Dr. İsa

KOCAELİ- 2007

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA MUHALEMESİ HUKUNDA KORUMA TEDBİRİ OLARAK
ARAMA VE ELKOYMA

ÖZET

Ceza Muhakemesi Hukukumuz, Haziran 2005'te yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yeniden şekillenmiştir. Ceza muhakemesinin temel ilkeleri olan, "silahların eşitliği" ve "şüpheden sanık yararlanır" ilkeleri kanun hazırlanırken temel alınmışlardır. Özellikle temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren koruma tedbirlerinde büyük değişiklikler yapılmıştır.

Tezimizin konusunu oluşturan arama koruma tedbiri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğünün haziran ayına ertelenmesinden sonra 5353 sayılı kanunla değişikliğe uğrayarak son halini almıştır. Ayrıca 01.06.2005 tarihinde Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği çıkartılarak uygulamada kolaylık sağlanması hedeflenmiştir.

Arama tedbirinin tez konusu olarak seçilmesinde bu tedbirin anayasada belirtilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" gibi temel insan haklarını yakından ilgilendirmesi ve yakalama ve elkoyma tedbirleri için de bir ön safha olması etkili olmuştur. İlk başta tez konusu olarak arama ve elkoyma seçilmiş ancak elkoyma tedbirinin de ayrı bir tez konusu olacak kadar geniş bir konu olması nedeniyle elkoyma tedbirine sadece aramanın amaçları anlatılırken ve arama sonunda aranan eşyanın bulunması durumunda değinilmiştir. Bu şekilde tezin konusu sınırlandırılmış ve konunun teorik altyapısıyla birlikte yasal mevzuatın incelenmesi, tartışmalı konuların ortaya konması ve çözüm önerileri sunulması hedeflenmiştir.

Bu amaçla hazırlanan çalışma üç bölümden ayrılmış, ilk bölümde arama kavramı, aramanın hukuki niteliği, aramaya hakim olan ilkeler, tarihsel gelişim, mukayeseli hukukta arama ve arama çeşitleri incelenmiş; ikinci bölümde, aramanın amacı, şartları, arama kararı olmadan yapılan aramalar, aramanın yapılacağı yerler, aramanın icrası ve sona ermesi incelenmiş; üçüncü ve son bölümde, ceza muhakemesi ve ceza hukuku bakımından hukuka aykırı arama, hukuki denetim ve tazminat konuları ele alınmış ayrıca konuyla ilgili Yargıtay kararları da eklenmiştir.

Tezi Hazırlayan : Metin ÇOKMUTLU
Tez Danışmanı : Yrd.Doç. Dr. İsa DÖNER
Tez Kabul Tarih ve No : 27.06.2007/ 2007-
Jüri Üyeleri : Prof. Dr. M.Emin ARTUK
Doç. Dr. N.İlker ÇOLAK
Yrd. Doç. Dr. İsa DÖNER

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**SEARCH AND CONFISCATION AS PROTECTIVE MEASURE AT
CRIMINAL ADJUDICATION LAW**

ABSTRACT

Our Criminal Adjudication Law is formed with law no:5271 on Criminal Adjudication Code which put into force in June in 2005. While the law was being prepared, it was based on the principles "equality of armaments" and "the accused benefits from uncertainty" which are the basic principles of criminal adjudication. Especially, some great amendments were made on protective measures related with fundamental freedoms and rights. Protective measure which constitutes the subject of our dissertation, took its last shape with the law no:5353 after the resipition of Criminal Adjudication Code: 5271 to June. However it is intended to provide convenience for application with the legislation of Judicial and Preventing Search legislation on 01.06.2006.

Its close relation with fundamental human rights like "discretion of private life" and privacy of the home" and being a first stage of arrest and confiscation, played an important role for the selection of "protective measure" as the subject of our dissertation. Search and confiscation had been selected for the subject of our dissertation at the beginning but because of the measure of confiscation is a wide subject enough to become the subject of another dissertation although in the measure of confiscation only the aims of search and discovery of wanted goods/victuals after the search were mentioned. Thereby the subject of the dissertation is circumscribed and it is planned to conduct an analysis of legal legislation, displaying controversial issues and presenting solutions along with theoretical background of the subject.

This study, which is prepared for this purpose, is separated into three parts, in the first part the search term judicial attribution of search, controlling principles of search, historical development, search in comparative law and the types of search are analysed. In the second part conditions and purposes of search, searches without search warrant, places where the search is made, performing of search and its end are analysed. In the third and the last part illegal search in terms of Criminal Adjudication Code and Criminal Adjudication Law, legal audit and matters of amendment are mentioned and also decisions of Supreme Court of Appeals are added.

Tezi Hazırlayan : Metin ÇOKMUTLU
Tez Danışmanı : Yrd.Doç. Dr. İsa DÖNER
Tez Kabul Tarihi ve No : 27.06.2007/ 2007-
Jüri Üyeleri : Prof. Dr. M.Emin ARTUK
Doç. Dr. N.İlker ÇOLAK
Yrd. Doç. Dr. İsa DÖNER

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR	IV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

I.KAVRAM.....	4
II. ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	5
III. ARAMAYA HAKİM OLAN İLKELER	8
A.HUKUK DEVLETİ İLKESİ	8
B.ÖZELHAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ.....	10
C.ORANTILILIK İLKESİ	12
D.İNSAN ONURUNUN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ.....	14
E.DÜRÜST İŞLEM (ADİL YARGILAMA) İLKESİ.....	16
F.MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİ.....	18
IV. TARİHSEL GELİŞİM	20
V. MUKAYESELİ HUKUKTA ARAMA.....	23
V. ARAMA ÇEŞİTLERİ.....	25
A.ÖNLEME ARAMASI.....	26
B.ADLİ ARAMA	30

İKİNCİ BÖLÜM

I. ARAMANIN AMACI.....	32
A.GENEL OLARAK	32
B.YAKALAMA	33
C. ELKOYMA.....	34
1.Genel Olarak	34
2.Elkoymanın benzer kavramlardan farkı	36
3.Elkoyma Yasağı	39

a.Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler.....	39
b.Şüpheli Sanık ve Tanıklıktan Çekinebilecek Kişiler Nezdinde Bulunan Belgeler	40
c.Tutuklu Sanık İle Müdafii Arasında Gönderilen Mektuplar.....	42
d.Basımevi ve Eklentiler İle Basın Araçları	42
II. ARAMANIN ŞARTLARI.....	43
A. ŞÜPHE BAKIMINDAN ŞARTLAR.....	43
1.CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ŞÜPHE.....	43
2.ARAMA KORUMA TEDBİRİ AÇISINDAN ŞÜPHE	45
B. ARAMA KARARI VE ARAMA EMRİ BAKIMINDAN ŞARTLAR	47
1. 1982 ANAYASASI ve 5271 SAYILI CMK'DAKİ DÜZENLEMELER..	47
a. Hakim kararı	47
b. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri	50
c. Kolluk Amirinin Yazılı Emri	52
d. Arama Kararı ve Arama Emrinin Kapsamı.....	54
2. DİĞER KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER	55
a. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu	55
b. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu	59
c. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu	60
d. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu.....	61
e. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu	61
f. 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu	61
g. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun..	63
h. 6831 Sayılı Orman Kanunu.....	64
ı. 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü kanunu	64
i. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği.....	65
C. KİŞİ BAKIMINDAN ŞARTLAR.....	68
1. ŞÜPHELİ VE SANIK HAKKINDA ARAMA	68
2. DİĞER KİŞİLER HAKKINDA ARAMA	69
3. HUKUKİ STATÜ VE GÖREVLERİ BAKIMINDAN HAKLARINDA ÖZEL ARAMA USULLERİ UYGULANAN KİŞİLER	
a. Cumhurbaşkanı	69
b. Diplomatik Dokunulmazlığı Olanlar	70
c. Yasama Dokunulmazlığına Sahip Olanlar	70

d. Avukatlar.....	71
e. Yargı Mensupları.....	72
f. Noterler.....	72
4. TÜZEL KİŞİLER <u>HAKKINDA</u> ARAMA.....	73
a. Derneklerde arama.....	74
b. Üniversitelerde Arama.....	75
c. Diğer Tüzel Kişilere Yönelik Arama.....	76
D. ZAMAN BAKIMINDAN ŞARTLAR.....	77
III. ARAMA KARARI OLMADAN YAPILAN ARAMALAR.....	78
A. AÖAY’NİN 8. MADDESİNDE BELİRTİLEN DURUMLAR.....	78
B. RIZA İLE ARAMA.....	83
C. ARAMA SAYILMAYAN HALLER.....	85
IV. ARAMANIN YAPILABİLECEĞİ YERLER.....	86
A. KONUTTA ARAMA.....	87
B. İŞYERİ VE DİĞER YERLERDE ARAMA.....	89
C. ÜST ARAMASI VE VÜCUDUN MUAYENESİ.....	90
D. ASKERİ MAHALLERDE ARAMA.....	93
E. AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA.....	93
F. BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA.....	96
G. ARAÇLARDA ARAMA.....	97
H. OLAY YERİ İNCELEME.....	98
V. ARAMANIN İCRASI VE SONA ERMESİ.....	99
A. ARAMA YAPACAK KİŞİLER.....	99
1. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yapılan Arama.....	99
2. Kolluk Tarafından Yapılan Arama.....	100
B. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİYE BİLGİ VERİLMESİ.....	102
C. ARAMANIN İNZİBATI VE ZOR KULLANMA YETKİSİ.....	103
D. ARAMADA HAZIR BULUNABİLECEKLER.....	104
E. ARAMA SIRASINDA ELE GEÇEN KİŞİ(ŞÜPHELİ VEYA SANIK) VE DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER.....	106
F. ARAMA SIRASINDA ELE GEÇEN BELGE VE KAĞITLARI İNCELEME YETKİSİ.....	108

G. TESADÜFEN ELE GEÇEN DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER.....	110
H. ARAMA SONUNDA BELGE VERİLMESİ.....	111
I. ARAMANIN SONA ERMESİ.....	113

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİ ve CEZA HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI ARAMA, HUKUKİ DENETİM, TAZMİNAT

I. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI ARAMA.....	115
A. HUKUKA AYKIRI ARAMANIN DELİL YASAĞI TEŞKİL ETTİĞİ HALLER	115
1. Genel Olarak	115
2. Şüphe Bakımından	116
3. Arama karar veya Emrini Verecek Mercii Açısından	117
4. Aranılacak Kişiler Bakımından.....	119
5. Aramanın Zamanı Bakımından	121
6. Arama İşlemi Bakımından.....	122
B. HUKUKA AYKIRI OLARAK ELDE EDİLEN DELİLLERİN MUHAKEMEDE KULLANILAMAMASI	124
II. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI ARAMANIN SUÇ TEŞKİL ETTİĞİ HALLER	127
III. HUKUKİ DENETİM	128
IV. TAZMİNAT	131
V. KONU İLE İLGİLİ YARGITAY KARARI VE YORUMU	133
SONUÇ.....	137
YARARLANILAN KAYNAKLAR	141

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Av.K.	1116 sayılı Avukatlık Kanunu
AY.	1982 Anayasası
AÖAY	Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
C.	Cilt
CGTİK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
E.	Esas
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İÜSBE	İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
K.	Karar
m.	Madde
MBD	Manisa Barosu Dergisi
MÜSBE	Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
PVSK	Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
RG.	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
Sk.	Sayı Kanun
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
Vd	Ve Devamı
VUK	213 sayılı Vergi Usul Kanunu
Yay. Dağ.	Yayın Dağıtım
YGİAY	Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği

GİRİŞ

Özel hayatın gizliliği, kişi ve konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahaleyi gerektiren “arama” müessesesi, suç işlenmesinin önlenmesi veya suç işlendikten sonra faillerin yakalanması ve delillerin toplanmasını amaçlayan bu itibarla da yakalama ve elkoyma tedbirlerine aracılık eden bir koruma tedbiridir.

Bilindiği gibi ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin araştırılması olup bu amaca ulaşmak içinde delil serbestliği ilkesi benimsenerek ceza muhakemesinde her şey delil sayılmıştır. Bu delillerin toplanmasında sıkça başvurulanan koruma tedbirlerinden arama tedbiri ise, temel hak ve özgürlüklere getirdiği sınırlamalar nedeniyle uluslar arası hukukta ve ulusal hukukta üzerinde hassasiyetle durulan bir konu olmuştur.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin(İHEB) 12. maddesinde, "kimsenin özel yaşamı, ailesi, konutu ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmayacağı, bu tür karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkının bulunduğu" belirtilmektedir. Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin(AİHS) 8. maddesinde de, "herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu, bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesinin, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği" hükmü yer almaktadır.

AİHS'ni temel alan 1982 Anayasasının 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı" belirtilmiştir.

1982 Anayasasının 20. maddesinde "Herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı", 21. maddesinde ise, "konut dokunulmazlığı" kabul edilmiş, bu hak ve özgürlüklere ancak, "Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" sebepleriyle müdahale edilebileceği belirtilmiştir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına yönelik tedbirlerden biri olan "arama" müessesesi ulusal düzeyde başta Anayasanın yukarıda gösterilen ilgili maddeleri olmak üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu(PVSK) ve birçok özel kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Ancak bu konuda kanunlarda bütünlüğün sağlandığı söylenemez. 1982 Anayasasının 20 ve 21. maddelerinde önleme ve koruma tedbiri olarak "arama" ile ilgili genel ve istisna tanımayan hükümler yer almakta ise de, mevzuatta uygulama bütünlüğünü sağlamayı hedefleyen Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde (AÖAY), Anayasanın istisna tanımayan hükümlerine aykırı düzenlemeler yer almıştır.

İşte yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışma ile, Anayasamızın 13, 20 ve 21. maddelerinde 2001 yılında yapılan değişikliklere paralel olarak 2559 sayılı PVSK'da ve bazı özel yasalarda yapılan değişiklikler ile 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile aynı tarihte yürürlüğe giren Adli ve Önleme aramaları Yönetmeliğini inceleme ve uygulamada birliği sağlama hedeflenmiştir.

Bu hedefe ulaşmak için ilk başta belirlenen arama ve elkoyma konusu elkoymanın ayrı bir tez konusu olacak kadar geniş bir müessese olması nedeniyle daraltılmış, elkoyma müessesesine aramanın amaçları ve aranan şeyin bulunması başlıkları altında yer verilmiştir.

Bu çerçevede hazırlanan çalışma üç bölüme ayrılmış, ilk bölümde arama kavramı, aramanın hukuki niteliği, aramaya hakim olan ilkeler, tarihsel gelişim, mukayeseli hukukta arama ve aramanın çeşitleri incelenmiş, mukayeseli hukuk olarak özellikle Alman, İngiliz, Fransız ve İtalyan Hukukundaki düzenlemelerden

bahsedilmiş yeri geldikçe de Amerikan Hukukundaki düzenlemelere de yer verilmiştir.

İkinci bölümde, aramanın amacı, şartları, arama kararı olmadan yapılan aramalar, aramanın yapılacağı yerler, aramanın icrası ve sona ermesi incelenmiş; özellikle arama kararı olmadan yapılan aramalar başlığı altında Danıştay 10. Dairesinin Yönetmeliğin bazı maddelerinin yürütmesini durdurması konusu ayrıntılı incelenip hem eleştirilmiş hem de çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Üçüncü ve son bölümde ise, ceza muhakemesi ve ceza hukuku bakımından hukuka aykırı arama, hukuki denetim ve tazminat konuları örnekler verilerek ele alınmış ayrıca önemine binaen konuyla ilgili bir Yargıtay kararı da eklenmiş ve sonuç çıkarmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMA KAVRAMI, ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, ARAMAYA HAKİM OLAN İLKELER, TARİHSEL GELİŞİM, ARAMA ÇEŞİTLERİ

I. KAVRAM

Sözlük anlamı itibari ile arama birini veya bir şeyi bulmaya çalışmaktır¹. Tedbir olarak arama, saklanan kişinin veya gizli tutulan bir eşyanın önleme veya adli amaçlarla ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen kamusal bir faaliyettir².

Arama, ceza yargılamasını amacına ulaştırmak için, suç şüphesi altındaki kişilerin, suç delillerinin ve müsadereye tabi nesnelerin elde edilmesi amacıyla, konutta, başka kapalı yerlerde ve kişilerin üzerlerinde yapılan bir işlemdir, bir araştırmadır. Bir ceza yargılaması önlemi olarak arama, ilk planda suç ve suç şüphesi altındaki kişileri ilgilendirmesi yanında, suçun dışında kalan kişileri de belirli koşullarla kapsamına alabilir³. Doktrine bakıldığında da hemen hemen bütün yazarların buna benzer tanımlar yaptığı görülmektedir⁴.

Arama işlemi ortada olmayan, saklı ve gizli olan nesnelere ortaya çıkarma faaliyetidir. Beş duyu ile açıkça tespit edilebilen şeylere ulaşılması işlemi arama kapsamına girmez. Örneğin, bir otomobilde şoför koltuğu yanında açıkta duran tabancayı alarak ruhsatlı olup olmadığını kontrol etmek arama sayılamaz. Çünkü söz konusu silah herkes tarafından açıkça görülebilmektedir. Aynı şekilde,

¹ YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Ankara, 1992, s. 74.

² KUNTER, Nurullah -YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Özet Kitap**, İstanbul, 2005, s.383.

³ YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, 2005, s. 337.

⁴ Bunun için bkz. KUNTER, Nurullah -YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, 12.Bası, İstanbul, 2003, s.760; ÖZTURK, Bahri-ERDEM, M. Ruhan-ÖZBEK, Veli Özer, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2004, s. 337; ÖNDER, Ayhan, “**Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama**”, İHFM, C. XXIX, S. 3, s. 424; YENİSEY, Feridun, **Uygulanan Ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis**, 2. Bası, İstanbul, 1991, s. 160; YENİSEY, Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Kontrol Noktaları Bilgisayar Verileri ve Vücutun Muayenesi, Kamu Hukuku Bülteni**, İstanbul, 1990, s. 2; CİHAN, Erol-YENİSEY, Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 1998, s. 267; SOKULLU- AKINCI, Füsün, **Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları**, İstanbul, 1990, s. 137; TOROSLU, Nevzat, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2003, s. 222.

bahçesine uyuşturucu madde eken bir kişinin bahçesinin havadan helikopter ile veya uzaktan teknik yöntemlerle fotoğrafının çekilmesi arama işlemi sayılmaz⁵.

Arama, açık bir alanda, sokakta, bir kişinin üzerinde, çantasında veya aracında yapılabileceği gibi, kapalı bir alanda(konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerden birinde) da yapılabilir⁶.

Nihayet arama koruma tedbirinin amacına ulaşip ulaşamamasına göre iki sonucu vardır. Birincisi, başarılı olması halinde onu diğer bir koruma tedbirinin izlemesidir. Gerçekten şayet şüpheli veya sanık yakalanmışsa yakalama koruma tedbirine⁷, delil elde edilmişse elkoyma⁸ koruma tedbirine dönüşür. İkincisi ise, başarısız olması halinde kişinin beraat edebilmesini veya hakkında takipsizlik kararı verilmesini sonuçlayabilmektedir⁹.

II. ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Adil yargılamanın temel gereklerinden biri de muhakemenin mümkün olduğunca kısa bir zamanda sonuçlandırılması ve hükmün infaz edilebilmesidir. Ceza muhakemesi sırasında başvuru tutuklama, yakalama, arama, elkoyma gibi koruma tedbirleri bu amacı sağlamaya yönelik en önemli araçlardır¹⁰.

Arama diğer koruma tedbirleri gibi muhakemenin amacına hizmet etmektedir. Başka bir ifadeyle muhakeme aşamasında gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunacak bir koruma tedbiridir¹¹. Çünkü aranan sanık yakalanacak ve tutuklanacak, bulunan delillere el konulacaktır. Bu nedenlerle arama aynı zamanda

⁵ ŞAFAK, Ali- BIÇAK, Vahit, **Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis**, Ankara, 2005, s. 159.

⁶ ERYILMAZ, M. BEDRİ, **Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama**, Ankara, 2003, s. 33.

⁷ Bkz. CMK 98 vd. maddeleri

⁸ Bkz. CMK 123 vd. maddeleri

⁹ ÖZBEK, Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, 1999, s. 19.

¹⁰ ÖZTÜRK, Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti** (Hazırlık Soruşturması), Ankara. 1991, s. 117 vd.; ÖZBEK, Arama, s. 19.

¹¹ Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, gecikmede sakınca bulunan durumlarda, geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanunî çarelere **koruma tedbirleri** denir (bkz. ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, M.Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2006, s.483).

yakalama, tutuklama ve elkoyma gibi koruma tedbirleri için bir vasıta olan tedbir konumundadır¹².

Gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılan bir faaliyet olan arama,¹³ anayasal olarak güvence altına alınan konut dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği ve vücut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden bir koruma tedbiridir¹⁴. Bu bakımdan, yasalarda hangi hallerde bunun yapılacağı özel olarak öngörülmektedir.

1982 Anayasasının özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20/2. maddesinde, “milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinin biri veya bir kaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranmaz. Yine Anayasasının konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. maddesine göre de “...kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı 24 saat içinde hakim onayına sunulur. Hakim kararını elkoymadan itibaren 48 saat içinde açıklamak zorundadır; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar”.

1982 Anayasasının 20. ve 21. maddelerindeki düzenleme İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin(İHAS) 8. maddesindeki “özel hayatın gizliliği” ilkesi ile paralellik taşır. Sözleşmenin 8. maddesinin ilk fıkrası “Herkes, özel yaşamı ile aile yaşamına, konut ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”, demektedir¹⁵. Görüldüğü gibi hüküm, özel hayatın gizliliğini koruma altına almıştır. Buna göre, özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir koruma tedbiri sözleşmenin bu hükmüne aykırı olacaktır. Ancak maddenin ikinci fıkrasıyla bu hükme istisna getirilmiş, bu hakkın kullanılması ulusal güvenlik, kamu güvenliği yada ülkenin ekonomik gönenci gerekleriyle ve kamu düzenin korunması yada suçun önlenmesi sağlık ve ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğu ölçüde ve yasaca öngörülmüş olmak şartıyla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. O

¹² SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku**, Ankara, 2000, s. 217.

¹³ KUNTER -YENİSEY, 2003, s.770.

¹⁴ CENTEL, Nur -ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1.Bası, İstanbul, 2003, s.274.

¹⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz – GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması**, Ankara, 1994, s. 292.

halde sözleşme özel hayatın gizliliğini mutlak olarak tanımamış, yukarıda belirtilen hallerde bu gizliliğin ihlal edilebileceğini söylemiştir. Ancak böyle bir durum sadece yasayla söz konusu olabilecektir¹⁶.

Aramanın İHAS ve 1982 Anayasasında genel sınırları çizildikten sonra başta 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK) olmak üzere ilerde bahsedileceği üzere sair kanunlarda ve yönetmeliklerde düzenlemeler yapılarak, hukuki sınırları çizilmiştir.

Arama kamusal bir faaliyet olup, devlete tanınan arama yetkisi iki türdür. Genel emniyet ve asayişin korunması ve tehlikelerin önlenmesi için gerçekleştirilen arama işlemine “önleme araması”, suç işlenmesinden sonra, suçun ve failinin ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen arama işlemine ise “adli arama” denilir¹⁷.

Önleme araması bir önleme tedbiri olup kamu güvenliğinin tehlikeye düşme ihtimaline karşı başvuru bir yoldur. Bu nedenle, önleme aramasında uzak tehlike kavramı söz konusudur. Önleme araması kamu güvenliği tehlikeye düşmeden ve henüz bir suç işlemeden gerçekleştirildiği için ceza muhakemesinin değil, idare hukukunun alanına giren bir işlemdir¹⁸.

Adli arama ise, saklanan failin (şüpheli, sanık veya hükümlü) veya suçun delilinin ele geçirilmesi ve ceza muhakemesinin amacına ulaşmasını amaçlayan bir koruma tedbiridir¹⁹. Arama bir koruma tedbiri olarak kabul edildiğinde, koruma tedbirlerinin sahip olduğu özellikler ve koşullar arama için de geçerli olmalıdır. Aramanın koruma tedbiri olarak özellikleri şunlardır:

— Henüz hüküm verilmeden önce temel bir hakkı sınırlar. Her koruma tedbiri gibi arama da sanığın suçu işleyip işlemediği daha anlaşılmadan, yani henüz hüküm verilmeden vücut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı gibi bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlar²⁰.

¹⁶ ÖZBEK, Arama, s. 47.

¹⁷ CİHAN -YENİSEY, s. 267.

¹⁸ MALKOÇ, İsmail – GÜLER, Mahmut, **Uygulamada Ceza Muhakemeleri Kanunu**, C. 1, Ankara, 1994, s. 438.

¹⁹ YURTCAN, Erdener, **CMK Şerhi**, İstanbul, 2005, s.262.

²⁰ ÖZBEK, Arama, s. 21.

— Arama ister önleme amacıyla, ister adli amaçlı yapılsın, *geçici olarak başvurulmuş bir tedbirdir*. Aramanın amacı sona erdiğinde yapılan işlemde sona erecektir²¹.

— Arama işleminin diğer bir niteliği *bir araç* olmasıdır. Arama kendi başına bir amaç değildir. Arama işlemi çeşitli amaçlara ulaşmak için başvurulabilecek bir araçtır. Arama şüpheli veya sanıkların yakalanması amacıyla yapılabileceği gibi suç delillerinin elde edilmesi amacıyla da yapılabilir(CMK m. 116)²².

— Son olarak koruma tedbirlerinin ön şartlarından olan *gecikemezlik, haklı görünüş ve orantılılık ilkeleri* arama için de geçerlidir²³.

Arama ister önleme amaçlı olsun, ister koruma tedbiri(adli arama) niteliğinde olsun kural olarak hâkim kararıyla gerçekleştirilebilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış mercii yazılı emriyle de arama yapılabilir. Kanunun yetkili mercii deyimi, önleme aramasında o yerin en büyük mülki amiri, adli arama da ise Cumhuriyet savcısı veya ona ulaşılmayan hallerde adli kolluk amirini ifade eder²⁴. Bir de karar alınmadan arama yapılabilecek haller vardır, onlarda ilerde incelenecektir.

III. ARAMAYA HÂKİM OLAN İLKELER

A. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Hukuk devleti, kişisine hukuki güvenlik sağlamayı devletin de kendi eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına bağlılığını simgeler. 1982 Anayasasının 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğunu vurgulamaktadır²⁵. Anayasa Mahkemesi ise hukuk devletini “İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle

²¹ ERYILMAZ, s. 185.

²² ŞAFAK-BIÇAK, s. 161.

²³ KUNTER-YENİSEY, 2003, s. 606.

²⁴ CENTEL, Nur -ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2005, s. 293- 298.

²⁵ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, 1995, s.89.

kendini yükümlü sayan ve faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uygun devlettir” şeklinde tanımlamıştır²⁶.

Hukuk devleti ilkesi üç sütun üzerine inşa edilmiştir. Bunlar; a) İnsan haklarının gerçekleştirilmesi, b) adaletin sağlanması c) güvenliğin temin edilmesidir. Buna göre hukuk devleti, insan haklarına saygılı temel hak ve özgürlüklerin yaşatılmasını hedefleyen, adaleti sağlayan ve bunun için öncelikle toplumsal düzen ve güvenliği temin eden bir yönetim biçimidir²⁷.

Toplum halinde yaşamanın ön şartı olan güvenlik ve sosyal düzen, aynı zamanda hukuk devletinin de ilk şartıdır²⁸. Adalet ve eşitlik kavramları da hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarındandır. Hukuk devleti ilkesinin varlığından söz edebilmek için, kanunların hukukun genel ilkelerine uygun olması ve insan haklarını koruyucu kurallar içermesi yetmez. Uygulamanın da bu kanunlara ve hukukun genel ilkelerine uygun olması gerekir²⁹.

Hukuk devletinin bir diğer şartı da, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin bulunması, adil bir yargılanma koşullarının sağlanmış olmasıdır³⁰. Hukuk devletinin temel hak ve özgürlüklere verdiği değer, bu hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olan önleme ve koruma tedbirlerinde de kendisini gösterir. Hukuk devleti bireylere özel ve aile yaşamlarında huzurlu, onurlu ve özgür bir ortam sunmayı garanti eder. Bu nedenle, hukuk devletinde önleme ve koruma tedbirlerine başvurulmasının yasal koşulları önceden belirlenmeli, bu tedbirlere maruz kalanların başvurabilecekleri yargısal denetim mekanizmaları oluşturulmalıdır³¹.

Sonuç olarak; “arama” tedbirinin kanunlarda sıkı koşullara bağlanması ve denetim mekanizmalarının oluşturulması kadar, karar ve izin mekanizmalarının adalet ve eşitlik ilkesine bağlı kalarak, bu koşullara gereken önemi göstermesi ve en

²⁶ AYM. 11.10.1963 tarih ve 124/243 sayılı karar.(MÜFTÜOĞLU, Güneş, **Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti**, Ankara, 1996, s. 277)

²⁷ ÖZTÜRK, Bahri "**Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**", (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/13.doc>): Adalet Bakanlığı, 12.10.2005.

²⁸ ÖZTÜRK, Bahri "Özgürlük İçinde Güvenlik: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu": **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 3. sayı, İstanbul, 2005, s.5

²⁹ ERYILMAZ, s. 21, 90.

³⁰ İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı**, İstanbul, 2005, s. 168.

³¹ ÖZBEK, Arama, s.22.

önemlisi bu tedbiri uygulayacak olan kolluk görevlilerinin keyfilikten kaçınarak, orantılı ve insan haklarına saygılı bir şekilde hareket etmeleri, hukuk devletinin gereğidir³².

B. ÖZELHAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ

Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri hür bir hayat alanı tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve bireyin küçük dünyası olarak anılabilecek olan bu temel hak ve hürriyetler ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir göstergedir. Bu küçük dünyamız ne kadar geniş ise o kadar hürriyetçi ve demokratik; ne kadar dar ise, o kadar baskıcı ve otoriterdir³³.

Doktrinde, insanın sosyal bir yaratık olduğu ve bu nedenle yaşamın ancak diğer insanlarla devam ettirebileceği gerçeğinden hareketle, insan hayatının esas itibari ile iki yönünün olduğu kabul edilir. Bunlar “hayatın genel ve özel yönleridir”; hayatın özel yönü de “özel hayat” ve “hayatın gizli alanı” olmak üzere ikiye ayrılır³⁴.

Hayatın genel yanının korunacak bir gizliliği bulunmadığından konumuz bakımından bir özelliği yoktur. Örneğin, kamuya açık yerlerdeki davranışlarımız ve sözlerimiz herkes tarafından görülüp dinlenebilir. Buna karşılık hayatın özel yanı her hukuk devletinin de koruma altına alınmıştır. Hayatın gizli alanı mutlak bir şekilde korunur, hatta dokunulmaz sayılırken, özel hayat nisbi olarak korunmuştur. Özel hayat dar bir çerçevede, aile içinde söz konusu olabilirken, hayatın gizli alanı sadece bireyi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez; bu nedenle de dokunulmazdır. Mesela, bireyin, suç teşkil etmemek kaydıyla, cinsel yaşamı tamamen kendisini ilgilendirir³⁵.

1982 Anayasasına göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın gizliliğine ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz (AY. m.20), kimsenin konutuna dokunulamaz (AY. m. 21),

³² AKSOY, Şemsettin, **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul, 2006, s.12.

³³ ÖZTÜRK, Bahri, “**Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanı ve Özel Hayata Karşı Suçlar**”, MBD., Temmuz 1987, s. 34; ÖZTÜRK -ERDEM, s. 174.

³⁴ ÖZTÜRK, Koğuşurma, s. 76.

³⁵ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 175.

herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır(AY. m. 22). Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları, eşyası ve konutu aranamaz, bu eşya ile konutta bulunan eşyaya elkonulamaz(AY. m.20-21).

Öte yandan, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin de “Özel hayatın gizliliğine” yer verdiği görülür³⁶.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına devlet organları karşısında da güvenceler getirilmesi öngörülmüştür. Bu nedenle herhangi bir alanda Devlet organları faaliyette bulunurken kişinin özel hayatına saygı göstermek zorundadır. Devletin, özel hayatın korunmasına yönelik düzenlemeler yapması, onu tanınması, güvenceler sağlanması, ihlali halinde yaptırımlar uygulaması ve bu düzenlemeleri organları vasıtası ile uygulaması gerekmektedir. Bu çalışmalar, Devleti olumlu yönde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yardımcı olması olarak nitelendirilmektedir³⁷.

Özel hayatın korunmasında kanunla getirilebilecek belli sınırlar hariç; telefon konuşmalarının dinlenmesi, bireyin cinsel hayatına müdahale, kişisel nitelikli verilerin toplanması, kişilere ait özel evrakın aranması ve el konulması işlemleri özel hayata müdahale anlamı taşır. Bu yüzden bu konulara ilişkin sınırlamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8/2 maddesindeki kurallara göre kanunla sınırlandırılabilmesi mümkündür. Buna uyulmaması halinde anılan hükmün ihlali söz konusu olur. Bu yüzden gerek telefon dinlemenin ve gerekse örgütsel suçlarla mücadelenin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi ve buna uyulması gerekir³⁸.

Hayatın gizli alanının mutlak dokunulmaz olması karşısında bu alana arama koruma tedbiri ile yapılacak müdahale aramayı hukuka aykırı kılar. Mesela, kişinin cinsel yaşamı hayatın gizli alanına girmektedir. Buna göre, bir arama kararının konusunu, kural olarak, kişinin cinsel yaşamını ortaya çıkaracak belgelerin aranması oluşturamaz. Bununla birlikte devletin suçla mücadelesinin bir gereği olarak hayatın özel alanına arama koruma tedbiri ile müdahale mümkün olmalıdır. Ancak, oranlılık

³⁶ GÖLCÜKLÜ- GÖZÜBÜYÜK, s. 261, 262.

³⁷ ŞEN, Ersan, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, 1996, s. 15.

³⁸ TEZCAN, Durmuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu**, Dizi 5, Ankara, 1998, s.16,197.

ilkesinin bir gereği olarak bu tedbire başvurulurken, bundan beklenen fayda ile ihlal edilen menfaat arasındaki denge her zaman gözetilmek zorundadır. Denge, ihlal edilen menfaat lehine bozulduğu an hayatın özel alanı ihlal edilmiştir. Hiç bir gerekçe yokken kişinin gece yarısı evinin aranması onun özel yaşam alanının ihlali sayılır. Devletin suçla mücadele etmek gerekçesi artık burada geçerli değildir³⁹.

Özel hayatın gizli alanı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu(TCK) ile de koruma altına alınmıştır. TCK'nın "özel hayatın gizliliği" başlıklı 134. maddesinde, "kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi suç olarak kabul edilmiş, bu eylemin kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmesi ise suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir(TCK m. 135). Bu düzenlemeler özel hayatın gizliliği ilkesinin yeni ceza adaleti sistemindeki önemine işaret etmektedir⁴⁰.

C. ORANTILILIK İLKESİ

Bir ceza hukuku işleminin yapılmasında beklenen yarar ile verilmesi ihtimal olan zarar arasında makul bir oranın(ölçünün) bulunması ve herhangi bir oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden bu ilkeye orantılılık(ölçülülük) ilkesi denir. Burada eşitlikten değil, orantılılıktan söz edildiğine dikkat edilmelidir⁴¹.

Hukuk devletinin en önemli özelliklerinden biri, eylem ve işlemlerin ölçülü (orantılı) olmasıdır. Orantılılık ilkesi hukuk devletine hâkim olan aşırılıktan kaçınma yükümlülüğünün bir gereğidir. Bu manada, önleme ve koruma tedbirlerinin en önemli kriterlerinden biri de "orantılılık" ilkesidir. Bir tedbire başvurulurken, bundan umulan fayda ile müdahale edilen menfaatin orantılı olması, aralarında kabul edilebilir bir denge bulunması gerekir. Orantı bulunması, araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olması demektir⁴².

Arama koruma tedbiri temel hakları ihlal ettiği için aramada orantılılık ilkesi çok özel bir anlama sahiptir⁴³. Bu, orantılılık ilkesinin temelini, hukuk devleti ilkesi yanında, temel hak ve özgürlüklerin oluşturmasının bir sonucudur. Zira arama

³⁹ ÖZBEK, Arama, s. 31.

⁴⁰ ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006, s.86.

⁴¹ ÖZTÜRK, Bahri, **Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Ankara, 1992, s. 6.

⁴² CİHAN- YENİSEY, s.201

⁴³ FEZER, Gerhard, **Strafprozessrecht I**, München 1986, s. 140(ÖZBEK, Arama, s. 34)

ilgilinin kişilik haklarına ağır bir müdahale oluşturur. Orantılılık ilkesi bu nedenle arama kararının alınması ve bu kararın uygulanmasında özel bir dikkati gerektirir. Bu açıdan arama sırasında uygun delillerin bulunacağı sonucunun umulması ve yine bu delillerin önemi özellikle göz önünde bulundurulmalıdır. Yalnız başına fiilin ağırlığı önemli değildir. O halde arama suçun ağırlığı ve suç şüphesinin şiddeti ile uygun bir oran içinde bulunmalıdır⁴⁴. Yani aramaya başvurulmakla temel haklara yapılan müdahale ile işin önemi ve şüphenin kuvveti uygun bir ilişki içinde bulunmalıdır.

Arama muhakeme için faydalı veya uygun olmalı, failin veya delillerin bulunması veya bulunduğu takdirde muhakemenin olumlu bir şekilde yürütülüp sonuçlandırılması umulmalıdır⁴⁵.

Orantılılık ilkesi, aranan şey ya da kişilerin kararda mümkün olduğunca tam olarak gösterilmesi yoluyla temel haklara tecavüzün sınırlanmasını gerektirir⁴⁶. Oransızlık aramanın muhtemel kapsamından ortaya çıkar. Diğer bir deyimle, aramanın kapsamı belirlenirken orantılılık ilkesi daima göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁴

Arama tedbirine başvurulmaktaki amaç, yakalama ve delil elde etme olduğuna göre, şüpheli veya sanık yakalanmış veyahut da deliller elde edilmişse, artık arama tedbirine başvurmaya da gerek yoktur. Zira aramaya başvurulması, ulaşılmak istenen yararı elde etmeye elverişli ve gerekli değildir. Tam tersine temel hak ve özgürlüklere getireceği sınırlama ile bir zararı ifade eder⁴⁷.

İHAS'ın bütününde, kamu yararının oluşturduğu isteklerle, bireylerin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası görülür⁴⁸.

AİHM, hakaret suçu nedeniyle yapılan bir soruşturma nedeniyle, delil elde etmek için avukatın bürosunun aranmasını orantısız bir işlem olarak görmüştür.

⁴⁴ KLEINKNECHT/MEYER-GOSSNER, Strafprozessordnung Mit GVG und Nebengesetzen, § 102-15(ÖZBEK, Arama, s. 34)

⁴⁵ ÖNDER, s. 430

⁴⁶ RÜPING, Hinrich, Das Strafverfahren, 2. Aufl, Münih, 1983, 88 (ÖZBEK, Arama, s. 34).

⁴⁷ ÖZBEK, Arama, s. 33.

⁴⁸ İNCEOĞLU, s. 284.

Bunun yanında AİHM, terör şüphesi nedeniyle yapılan aramaların, zorunluluktan kaynaklandığını değerlendirerek, işlemi makul ve kabul edilebilir bulmuştur⁴⁹.

Aramaya konu olayın ağırlığı yanında, yapılacak aramada amaçlanan sonuca ulaşılabileceğine dair makul şüphe veya makul sebep bulunmalıdır⁵⁰.

Örneğin, uyuşturucu ticareti yapıldığına dair bir duyum, kişinin konutunda arama yapılmasını haklı göstermeye yetmez. Aynı zamanda bu duyumu destekleyen somut olguların var olması, bu olguların konutta arama yapılması için makul ve kabul edilebilir nitelikte olması gerekir. Aksi halde, ağır bir suç iddiasıyla, keyfi olarak herkesin üzerinde, aracında veya konutunda arama yapılması mümkün hale gelecektir ki, bu hukuk sisteminin kabul etmeyeceği bir durumdur⁵¹.

Kısacası, arama tedbiri yönünden "orantılılık" ilkesinin varlığından söz edebilmek için; 1)Arama tedbirine başvurulmasına gerekçe gösterilen olay veya suç ile başvuru arama tedbirinin orantılı olması, 2)Arama işlemiyle amaca ulaşılabileceğine dair makul şüphe veya haklı sebepler bulunması, 3)Arama işleminin amacına uygun olarak icra edilmesi gerekir⁵².

D. İNSAN ONURUNUN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ

“İnsan onuru” bireyin hür iradesinin dış dünyaya yansımaları olup; yaşama, kişiliğini geliştirme, kaderini tayin etme, kendisini ve çevresini şekillendirme yeteneğine sahip olma haklarını içine alan, insanın insan olma özelliğinin bir sonucudur. İnsan onuru kişiliksizliği ortadan kaldıran, tüm insan haklarının çıkış noktası ve özüdür, insan onuruna saygı ancak bir hukuk devletinde mümkündür. Bu nedenle, hukuk devleti "insan onuru" nun zırhıdır.⁵³

İnsan hakları kurallarının temel odak noktası insan onurudur. Bir insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmede sınır tanımaması, önüne engel çıkarılmaması, onun bu yolda teşvik edilmesi temel bir yaklaşımdır. Bu, insan onurunu ve insanın

⁴⁹ ÖZTÜRK, ERDEM, ÖZBEK, 2004, s. 155.

⁵⁰ ÖZBEK, Arama, s. 33.

⁵¹ KAYMAZ, Seydi, *Uygulamada Ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Ankara, 1997, s. 138.

⁵² CENTEL -ZAFER, 2005, s. 292.

⁵³ ÖZTÜRK, ERDEM, ÖZBEK, 2004, s. 140.

gelişmesini teşvik eden bir ana madde, diğer hukuk uygulamalarına ışık tutan bir ana çerçeve olarak telakki edilmektedir.⁵⁴

İnsan onuru geleneksel hukukun koruduğu temel kavramların başında yer alır. Bu nedenle uluslararası sözleşmelerde ve iç hukukumuzda yasal koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesinde "Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayri insani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz" hükmü yer almaktadır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 7. ve Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 3. maddesinde de aynı hüküm tekrarlanmıştır.⁵⁵

1982 Anayasası, Alman Anayasasında olduğu gibi⁵⁶, insan onurunu açıkça bir temel hak olarak düzenlemiş değildir. Bununla birlikte Anayasamızda insan onurunun korunması ilkesini bünyesi içinde barındırdığına ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Anayasanın "başlangıç bölümünün" 6. paragrafında "her Türk vatandaşının.... onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisinin bulunduğu" belirtilmiştir. 1982 Anayasasının 5. maddesinde de; devletin temel amaç ve görevleri arasında; "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gereken şartların sağlanması" gösterilmiş, bu konuda devletin, pasif yükümlülükleri yanında, insan onuru yönünden aktif yükümlülükleri de anayasa teminatı altına alınmıştır. Anayasanın 17/3. maddesinde yer alan, "kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı" hükmünün yanında, "temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına" ilişkin Anayasanın 13. maddesinde belirtilen hükümler insan onuru karşısında devletin pasif yükümlülüklerini düzenlemektedir.⁵⁷

⁵⁴ AKILLIOĞLU, Tekin, **Genel Olarak İnsan Hakları**, no. 139, Ankara, 2000, s. 6

⁵⁵ TEZCAN, Durmuş- ERDEM, M Ruhan- SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, 2004, s. 167.

⁵⁶ Öyleki Alman Anayasası insan onurunu birinci maddesinde düzenlemektedir. Bu nedenle insan onurunu en yüksek hukuki değer olarak kabul ettiği söylenebilir. Bkz. BLECKMAN, Albert, Staatsrecht II- Die Grundrechte, 3. Aufl, Köln Berlin Bonn München, 1989, s. 445(ÖZBEK, Arama, s. 34).

⁵⁷ TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, s. 21.

Bir tedbir olarak gerçekleştirilen önleme ve adli arama işlemlerinde, insan onuruna uygun olmayan, zalimane gayri insani veya haysiyet kırıcı bir muamele de bulunamaz. Örneğin, herhangi bir arama kararı olmaksızın kişni evinin aranması veya böyle bir karar olsa dahi eve giren yetkililerin evi birbirine katıp, kişilere hakaretler yağdırarak arama yapması kişinin özgür iradesine uygun ve güven içinde yaşama olanağını yok edecek, kısaca insan onurunu zedeleyecek, hukuka uygun sayılmayacaktır⁵⁸

Arama da işlemin kanuna uygun olması yanında işlemin icrasının da hukuka ve insan haklarına uygun şekilde yerine getirilmesi, yanıltıcı ve amacı aşan davranış şekillerinden kaçınılması, insan onuruna saygı ilkesinin bir gereğidir⁵⁹.

Ayrıca işkence yapılması, işkence ile ifade alınması(AY m. 38, TCK m. 94, CMK m. 148), bir kimsenin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması (AY m. 38/5, MvSHS m. 14/3), sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının özellikle de susma hakkı ve bir avukat ile temas kurabilme hakkının bulunduğu bildirilmemesi(AY m. 38/5, İHAS m. 3, İHEB m. 5, CMK m. 147) ve hayatın gizli alanına müdahalelerde insan haysiyetinin ihlali sayılırlar⁶⁰.

E. DÜRÜST İŞLEM (FAİR TRIAL) İLKESİ

Bundan maksat, ceza muhakemesi işlemlerinin, kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunla öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde yapılmasıdır⁶¹.

Adil yargılanma hakkı (Fair Trial) veya Türk Hukuk öğretisinde dürüst işlem ilkesi olarak tanımlanan kavram; AİHS'nin 6. maddesinde ifadesini bulan ve birçok hak ve ilkeyi içine alan geniş bir kapsama sahiptir⁶².

⁵⁸ ÖZBEK, Arama, s. 27

⁵⁹ KAYMAZ, s. 135, 157.

⁶⁰ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 162.

⁶¹ SCHRODER/YENİSEY/PEUKERT, Ceza Muhakemesinde "Fair Trial" İlkesi, İstanbul, 1999, s. 1 vd.(ÖZTÜRK- ERDEM, s. 166)

⁶² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesi:

"1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından

Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Daha önce de bu ilkenin yansımaları hukuk sistemimize hakim olmasına karşın, AB uyum yasaları sürecinde anayasa ve kanunlarda açıkça zikredilmiştir⁶³. 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle Anayasanın 36. maddesine “adil yargılanma” ibaresi eklenerek, bu kavram anayasal teminat altına alınmıştır⁶⁴.

Bu hak, hem soruşturma aşamasında şüpheli hemde kovuşturma aşamasında sanık haklarını kapsadığı gibi, delilerin dürüstçe ve tarafsızca toplanmasını, temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren tedbirlerin, yasal ve makul sebeplere bağlı olarak orantılı bir biçimde gerçekleştirilmesini öngörmektedir⁶⁵.

İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetlerinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayrımlar yapılması; örneğin iddia veya savunma makamının kayırılması, Batılı ülkelerde *silâhların eşitliği* olarak anılan ve fakat bizim dürüst işlem ilkesi içinde mütalaa ettiğimiz ilkeye açık bir aykırılık teşkil eder. Silâh eşitliği demek, ülkemizin de dahil bulunduğu Kıta Avrupa Hukuk Sistemine göre, henüz iddia ve savunma makamlarının her bakımdan eşit olması demek

davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. 3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek; e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”

⁶³ ATASOY, s. 14

⁶⁴ 1982 anayasasının “**Hak Arama Hürriyeti**” başlıklı 36. maddesinin ilk fıkrası, 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanununun 14. maddesiyle aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile **adil yargılanma hakkına** sahiptir”

⁶⁵ TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, s.206.

değildir. Bugün silâh eşitliği denilince akla gelen, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları gerçekten kullanabilmesidir⁶⁶.

Arama bir koruma tedbiri olup, yakalama ve/veya delil etmeye yöneliktir. Yakalama bir yana, delillerin araştırılması yasal ve ahlaki olmalıdır⁶⁷. Herhangi bir karar olmamasına rağmen böyle bir karar varmışçasına yapılan bir arama da dürüst işlem ilkesine aykırı olmaktadır. Bunun gibi, böyle bir karar bulunsa dahi yasayla belirlenmiş koşulları taşııyorsa, bu şekildeki bir arama da bu ilkeye aykırı olmalıdır. Bütün bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Kısacası bu ilkeye aykırılığın sonucu, elde edilen delilin kullanılamamasıdır. Böyle bir kabul bu ilkeye aykırı aramaları önleyecektir⁶⁸.

F. MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİ

Ceza muhakemesinde maddi gerçek aranmakta olup, biçimsel gerçekle yetinilmemektedir. Bunun nedeni, ceza muhakemesinin diğer muhakeme dallarından daha fazla oranda kişinin hak ve özgürlüklerini ilgilendirmesidir⁶⁹. Yargıtayımızın 19.04.1993 tarihli bir kararına göre; ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bir bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır, ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir⁷⁰.

Ceza muhakemesi hukukunda, medeni hukuk muhakemesinin aksine, delil serbestliği ilkesi geçerlidir. Maddi gerçek araştırılırken delillere ihtiyaç duyulur. Bu konuda her türlü delile başvurulabilir. 5271 sayılı CMK'nın 217/2. maddesine göre,

⁶⁶ Danıştay da sanığın muhakemede hazır bulunmasının adil yargılanma hakkının bir görüntüsü olan *silâhların eşitliği ilkesi* içinde değerlendirmiş ve tutuklu sanığın, yargılanmakta olduğu ilin dışında başka bir tutukevine naklini mümkün kılan Adalet Bakanlığı genelgesini iptal etmiştir: Dan. 10. D, 3.11.1998 7166/5511, DD. S. 99 (1999), s. 473 vd.(Nakleden, ÖZTÜRK- ERDEM, s. 167)

⁶⁷ SELÇUK, Sami, “**Kanıtların Toplanması Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti**”, YKD, Ocak 1987, C. 3., S. 2, s. 87.

⁶⁸ ÖZBEK, Arama, s. 33.

⁶⁹ ERYILMAZ, s. 145.

⁷⁰ YAR. CGK. 19.4.1993, 6-79/108, YKD, Ekim, 1993, s. 1564 vd.(ÖZTÜRK ,ERDEM, s.178)

"yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir". Mahkeme, delilleri serbestçe değerlendirip takdir edecektir. Buna delil değerlendirme serbestliği denmektedir. CMK'nın 217/1. maddesinde de, mahkeme önünde tartışılan delillerin, hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edileceği belirtilmektedir⁷¹.

Maddi gerçeğin bulunması için başvurulabilecek delillerin akla uygun olması, olayla ilgili ve sonuca etkili olması ve en önemlisi hukuka uygun olması gerekir⁷². Ceza muhakemesi hukukunda arama işlemi (adli arama), maddi gerçeğin araştırılması için gerçekleştirilen bir koruma tedbiri olup, olayın aydınlatılması için delil bulmak amacıyla kullanılan araçlardan biridir⁷³.

Ancak, her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin araştırılacağından söz edilemez. Delil yasaklarıyla bu ilkeye bazı sınırlamalar getirilmektedir⁷⁴. Anayasanın 38/7 ve CMK'nın 206/2. maddesinde, kanuna aykırı delillerin kabul edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Bazı delillerin özünde hukuka aykırılık mevcuttur. Örneğin kişi hayatının gizli alanına ilişkin deliller, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekilme hakkına sahip yakınları arasındaki mektuplar (CMK m. 126), avukat ile müvekkili arasında avukat-müvekkil ilişkisinden kaynaklanan belge ve yazışmalar (CMK m. 130) el konulamayacak delil ve belgeler olduğundan, bunlar yargılamada delil olarak değerlendirilemez. Bu nedenle, bunların ele geçirilmesi amacıyla "arama" yapılamaz⁷⁵.

Bazen de, delilin ele geçirilme usulü nedeniyle hukuka aykırı delilden söz edilebilir. Örneğin, işkence sonucu alınan bilgi hukuka aykırı bir delil olduğu gibi, bu bilgiye istinaden yapılan aramada ele geçen deliller de hukuka aykırı olacaktır⁷⁶.

⁷¹ ŞAHİN, Cumhuriyet, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, 2005, s. 658, 679.

⁷² PRADEL, Jean, **Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü**, Çeviren: Sulhi Dönmezer, İstanbul, 2000, s. 156.

⁷³ YENERER, Özlem, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1996, s. 20.

⁷⁴ ÖZTÜRK- ERDEM- ÖZBEK, 2004, s. 156.

⁷⁵ YENİSEY, Feridun, "**İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi**", **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi**, İstanbul, 1999, s. 148.

⁷⁶ YENİSEY, Fair Trial, s. 149.

Sonuç itibariyle, çağdaş ve özgürlükçü ceza muhakemesi hukukunda amaç, şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğin bulunmasıdır⁷⁷.

IV. TARİHSEL GELİŞİM

Arama tedbirinin tarihsel gelişimi, devlet otoritesi ve ceza muhakemesinin tarihi gelişimiyle paralellik gösterir. İnsanlar topluluklar halinde yaşamaya başladıklarından beri, düzenin ve güvenliğin korunması gereğini duymuşlardır. Genel güvenlik ve düzenin korunması, önceleri toplumu oluşturan tüm bireylerin görevi iken, zamanla bu görev devlet tarafından oluşturulan uzmanlaşmış örgütlere devredilmiştir.⁷⁸ Daha önceki dönemlere ait kaynaklara ulaşılamadığından Batı Hukukunda arama müessesesini Eski Yunan döneminden bu yana genel hatları ile incelemeye çalışacağız:

Eski Yunan'da bugünkü anlamda bir arama koruma tedbiri yoktu. Bir kurum olarak arama varolsa da, buna ilişkin yasal düzenlemeler bulunmamak taydı. Varolan kurallar ise uygulamadan ortaya çıkan ve daha ziyade hırsızlık suçuna ilişkin meskende yapılan aramaya yönelikti⁷⁹.

Roma Hukuku'nda da arama bir kurum olarak varolsa da bugünkü niteliği ve anlamından yoksundu. Bu dönemde arama daha çok bir delil aracı olarak kabul edilmekteydi ve aramanın bir çeşidi olan mesken araması şeklinde gerçekleştiriliyordu⁸⁰.

Arama ile ilgili ilk yazılı düzenleme, Roma dönemine ait 12 Levha Kanunlarında yer almaktadır. Burada sadece hırsızlık suçuna ilişkin "arama" tedbiri ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Buna göre; çalındığı iddia edilen şeyin bulunduğu tahmin edilen eve, aramayı yapacak kişi üzerinde yalnızca bir peştamal olduğu halde girer ve aramayı yapardı. Arama talebinin kabul edilmemesi halinde, ev sahibi, çalınmış malın değerinin dört mislini ödemeye mahkûm edilirdi. Roma devletinin

⁷⁷ CENTEL- ZAFER, s. 246..

⁷⁸ SOKULLU-AKINCI, s. 23

⁷⁹ GHUNTER, Edgard, Die Durchuchung von Raeumen und Sachen, Diss., Frankfurt am Main, 1973, s. 35(ÖZBEK, Arama, s. 36)

⁸⁰ FRANK Curt. Dic Durchsuchung, Diu., Würzburg, 1925, s. 11(ÖZBEK, Arama, s. 36)

son dönemlerinde hâkimlere de arama yapma yetkisi tanınmıştır. Ancak, hâkimler bu yetkilerini genellikle mahkeme memurları aracılığıyla yerine getirmekteydiler⁸¹.

1789 Fransız ihtilaliyle birlikte oluşan liberal akımın etkisiyle, devlet gücünün kötüye kullanılmasını önleyen ve bireyi koruyan bir muhakeme sistemi oluşturuldu. Bu dönemde "sanık; suçlu olduğu sabit oluncaya kadar masum sayılır" temel ilkesi hâkim olmuştur⁸² Bu akımın etkisi ile hazırlanan 1849 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 140. maddesinde konut dokunulmazlığı koruma altına alınmış, konutta yapılacak arama işleminin koşulları belirlenerek bu konuda keyfiliğe izin verilmemesi hedeflenmiştir. Aydınlanma çağı olarak adlandırılan bu dönemde, sanığın korunması asıl amaç olduğundan, ona yönelik soruşturma işlemlerinin yapılmasında ve bu bağlamda arama tedbirinin uygulanmasında da genel bir kısıtlama olduğundan söz edilebilir⁸³.

Türk Hukukunda aramanın tarihçesini, öncesine ait kaynak bulunmadığı için İslam hukukundan başlayarak incelemek istiyoruz. İslam Hukukunun başlangıç olarak kabul edilmesinin sebebi ise Osmanlı Hukuk sisteminin esasen İslam hukuk sistemine dayanmış olmasıdır⁸⁴.

Her ne kadar, İslam Hukukunda "arama" konusunda ayrıntılı ve açık bir düzenleme bulunmamakta ise de, özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına özel bir önem verildiği görülecektir. Devlet kuvvetleri ancak suçüstü hallerinde veya mahkeme kararıyla konuta girebilirdi. Bu zorunluluklar dışında başkasının konutuna girilemezdi. Ayrıca, konuta girme ancak bir suç nedeniyle, delil elde etmek veya suç failini yakalamak amacıyla başvurulabilecek bir yöntemdi⁸⁵. Kur'an da başkasının evine ancak kapıdan ve izinle girilebileceği emredilmiştir. Bu kurala aykırı davranılması suç olarak kabul edilmiş, bu yöntemle elde edilen delillerin de ceza yargılamasında kullanılmasına izin verilmemiştir⁸⁶.

İslam hukukunda arama bir ceza muhakemesi kurumu olmadığı gibi, yazılı olarak ta düzenlenmiş değildi. Arama kurumunun varlığı ve şekli din bilginlerinin

⁸¹ ÖZBEK, Arama, s. 37.

⁸² CENTEL, ZAFER, 2005, s. 5.

⁸³ ÖZBEK, Arama, s. 42.

⁸⁴ ÖZBEK, Arama, s. 42.

⁸⁵ YENERER, s. 51.

⁸⁶ KAYMAZ, s. 17.

sözleri ve uygulamalarından doğmuştur. Mesala, bir evde şarap olduğu ihbarı varsa bu eve baskın yapıp arama gerçekleştirilebilirdi. Yine din bilginlerine göre, müfsit, yani kargaşa çıkaran, bozguncu kimselerin evlerini basmada sakınca yoktur⁸⁷.

Osmanlı İmparatorluğu'nda da usul hukuku alanında tümüyle İslam hukuku hükümlerinin uygulandığı söylenebilir. Osmanlı İmparatorluğu'nun 1879 yılına gelene dek ayrı bir ceza muhakemesi usulü de yoktu. Tanzimata kadar genel ceza yargılaması tek hâkimli şer'îye mahkemelerinde yapılmaktaydı. Mahkemelerin görevleri de hukuk ve ceza olarak ayrılmış değildi. İşte bu sebeplerle Osmanlı İmparatorluğunun kuruluşundan 1879 Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu çıkana dek yukarıda belirtilen aramaya ilişkin kuralların uygulama alanı bulunduğu kabul edilebilir⁸⁸.

1808 Fransız Ceza Usul Kanununun çevirisi olan Osmanlı Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu'nun I.Kitabı' nın IV. Bölümü'nün "Savcının Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmesi Hakkında" başlıklı 2.Kısım altında 26-44.m.ler arasında savcıların görevleri düzenlenmiştir. Aramaya ilişkin düzenleme, işte bu hükümler içinde yer almaktadır.

Yasanın 33.maddesi, "Cürmün niteliğine göre kabul edilebiliyorsa, sanıkta bulunan kâğıtlar ve eşyalar bir fiilin aydınlatılması için delil olabiliyorsa, bu durumda savcı sanığın evinde arama yapmak amacıyla derhal harekete geçebilir" hükmünü getirmektedir. 122. Maddenin düzenleniş yeri ve ifadesinden de anlaşıldığı üzere, arama kararı vermek yetkisi savcıdadır. Ancak savcının arama konusunda harekete geçebilmesi, cürmün niteliği bakımından kabule elverişli bulunmasını, bunun yanında özellikle aramaya başvurulması halinde elde edilecek şeylerin delil niteliğinde olmasını gerektirir⁸⁹.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun(CMUK) yürürlük tarihi olan 1929 yılına kadar yürürlükte bulunan Osmanlı Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu, CMUK'un aramaya ilişkin hükümlerine benzemekle birlikte, arama kararı

⁸⁷ FETAVAYİ HİNDİYYE, Çeviren, Mustafa Efe, C. 6, Ankara, 1985, s. 283 (ÖZBEK, Arama, s.43)

⁸⁸ YENİSEY, Feridun, **Ceza Yargısında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu**, İstanbul, 1983, s. 41-42.

⁸⁹ ÖZBEK, Arama, s. 45

bakımından hakim güvencesi getirmemesi, sanık-üçüncü kişi ayrımı yapmaması, aramanın şartları ve icrası hakkında getirdiği düzenlemelerin yetersiz kalması ve yakalama araması hakkında hüküm bulunmaması yönünden eksik kalmıştır⁹⁰.

76 yıl yürürlükte kalan ve bu süre içerisinde birçok değişiklik geçiren 1412 sayılı CMUK, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 1412 sayılı CMUK'un "arama koruma tedbiri" ile ilgili kısımlarına yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK ile birlikte yeri geldikçe değinilecektir.

V. MUKAYESELİ HUKUKTA ARAMA

Avrupa ülkelerinin genelinde arama ve el koyma konuları, polis mevzuatında, ceza muhakemesine ilişkin kanunlarda veya yönetmeliklerde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerle kolluk kuvvetlerine; belirli şartlarda hakim kararı ile, bazı durumlarda ise, hakim kararına veya herhangi bir makamdan yazılı emir alınmasına gerek olmaksızın arama yapma yetkisi verilmiştir. Örneğin, Almanya, İngiltere, Fransa ve İtalya'nın aramayla ilgili düzenlemeleri içeren mevzuatı incelendiğinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde herhangi bir karara veya emre gerek olmaksızın kolluk kuvvetlerince arama yapılabildiği görülmektedir. Bu ülkelerde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kolluk görevlileri konutta da izin almadan arama yapabilmektedirler. Ancak bu gibi hallerde, arama işlemi genellikle 48 saat içinde adli makamların onayına sunulmaktadır⁹¹.

Almanya'da Polis Kanununun 9, 17 ve 18 inci maddelerinde polisin resen kişinin üstünü ve eşyasını arama yetkileri düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 19 uncu maddesinde ikametgahta yapılacak aramanın sebepleri belirlenmiş ve evde yapılacak aramanın usulünü belirleyen 20 nci maddesinde ise; "gecikmede tehlike olan hallerin dışında, aramaya sadece hakim karar verebilir" denilmek suretiyle, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde polise *herhangi bir karara veya emre gerek bulunmaksızın* resen arama yetkisi verilmiştir. Kanunun 9 uncu maddesine göre, polis bu maddede

⁹⁰ ÖZBEK, Arama, s. 45.

⁹¹ ÇAMLIBEL, Cemil, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku", http://www.egm.gov.tr/egitim/eskisayi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/cemil_camlibel.htm), Erişim Tarihi 21.12.2005.

belirtilen hallerde kişinin kimliğini tespit etme ve yetki belgelerini inceleme yetkisine sahiptir. Ayrıca, polisin kişinin kimliğinin tespiti için gerekli görülen hallerde yakalama, üstünü ve eşyalarını arama yetkisi bulunmaktadır.⁹²

1412 sayılı mülga CMUK'taki düzenlemelerin Almanya'da ki düzenlemeler ile benzer olduğu, 5271 sayılı yeni CMK'nın ise, aramayı, Alman kanunlarından daha sıkı koşullara bağladığı görülmektedir.

Bir başka Avrupa ülkesi olan *İngiltere de ise* farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Çünkü İngiltere'de Türk Hukukunda anlaşıldığı anlamıyla adli arama, önleme araması yoktur. Aramanın konusuna ve amacına göre çeşitli kanuni düzenlemeler vardır. Örneğin, çalıntı eşya ve suçta kullanılmak üzere hazırlanmış eşyaların bulunması amacıyla yapılacak aramalar için PACE, uyuşturucu ile mücadele amacıyla yapılacak aramalar için MDA, holiganizm ile mücadele için SEA ve trafik suçları ile mücadele amacıyla yapılacak denetim ve aramalar için RTA, vb. ayrı ayrı kanuni düzenlemeler bulunmaktadır. Her arama işleminin şartları ve uygulama şeklide bu kanunlarda yer almaktadır⁹³.

İngiltere'de konutta yapılacak aramalarla ilgili düzenleme PACE'in(İngiliz Adli Polis ve Delil Kanunu) 17 ve 18 inci maddelerinde yapılmıştır. Polisin hakim kararı olmaksızın konuta girme ve arama yapabilme yetkisine örnek olarak;

- Ceza soruşturması veya yargılamasına ait bir tutuklama (yakalama) kararının (belgesinin) infazı,
- Tutuklanma gerektiren bir suçtan birini yakalama,
- Kaçakların yakalanması,
- Bir yaşamın korunması veya bir eşyaya gelebilecek önemli zararın önlenmesi gösterilebilir⁹⁴.

⁹² YENİSEY, Feridun, **Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları**, A II, İstanbul, Ekim-2001, s.AII.12/1,2.

⁹³ ERYILMAZ, s. 103.

⁹⁴ YENİSEY, **Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları**, s. AII.19/2.

Fransa'da Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 78.1-78.2 maddelerine göre, polis ve jandarma kimlik kontrolü yaptığı durumlarda, kişi üzerinde güvenlik maksatlı kaba üst aramasını yapar. Arama sırasında suça karıştığı anlaşılan ya da üzerinde suç unsuruna rastlanılanlar üzerinde detaylı arama yapılır. Bunun için hakim kararına veya herhangi bir emre gerek yoktur.

Konut aramaları ise suçüstü hallerinde herhangi bir adli makamın iznine bağlı değildir. Suçüstü halleri dışında ise soruşturma başlamışsa bizzat sorgu hakimi tarafından arama işlemi gerçekleştirilir. Fransa'da sorgu hakimleri soruşturmayı bizzat yürütmektedir. (CMUK md.59)⁹⁵.

İtalya'da ise, suçu önleme ve suçüstü durumlarında üst ve yer araması için herhangi bir izne gerek olmaksızın kolluk tarafından arama yapılmakta ve aramadan sonra 48 saat içinde adli makamdan gerekli onay alınmaktadır. (CMUK md. 352)⁹⁶.

Genel bir değerlendirme yaptığımızda mukayeseli hukukta, arama için kural olarak hakim kararı arandığı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kolluğa doğrudan arama yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Hukukumuzda ise, kural hakim kararı olmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emrinin aranması ve kolluğa hiçbir şekilde arama kararı verme yetkisi (PVSK m. 20 ve AÖAY m. 8 hariç) verilmemesi karşısında; ülkemizdeki sistemin Avrupa ülkelerindeki sistemlerden daha fazla temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik olduğu söylenebilir.

VI. ARAMA ÇEŞİTLERİ

Devlete tanınan "arama" yetkisi iki türdür. Bunlardan ilki "milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi" amacıyla gerçekleştirilen "**önleme**

⁹⁵ EGM Dış ilişkiler Dairesi Başkanlığı Tercümesi, APK Dairesi Başkanlığı, O-M Şube Müdürlüğü arşivi (Nakleden, ÇAMLİBEL, a.g.m.).

⁹⁶ EGM Dış ilişkiler Dairesi Başkanlığı Tercümesi, APK Dairesi Başkanlığı, O-M Şube Müdürlüğü arşivi (Nakleden, ÇAMLİBEL, a.g.m.).

araması", ikincisi ise "suçun işlenmesinden sonra suç ve suçlunun ortaya çıkarılması" amacıyla gerçekleştirilen "**adli aramadır**"⁹⁷.

Her iki arama türünün anayasal dayanağı, 1982 Anayasasının 20 ve 21. maddeleridir⁹⁸.

Tezimizin konusu "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama" olduğu için, idari alanda kalan önleme aramalarına kısaca değinilecektir.

A. ÖNLEME ARAMASI

Önleme araması; somut ve muhtemel tehlikenin yok edilmesi amacıyla, kişilerin üstünde, eşyasında ve araçlarında, silah, patlayıcı madde gibi suç unsurları ile bizzat suç unsuru oluşturmamakla birlikte duruma göre suç işlemekte kullanılabilecek (pet şişe, bozuk para, çakmak gibi) eşyanın bulunması için gerçekleştirilen araştırma faaliyeti olup, aynı zamanda toplum için tehlike oluşturabilecek kişilere ulaşmak amacı ile de başvurulan bir tehlike tedbiridir⁹⁹.

01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin(AÖAY) 19. maddesine göre, önleme araması; a)Milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, b)suç işlenmesinin önlenmesi, c)taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir.

Önleme Aramasının hangi hallerde ve nerelerde yapılacağı 2002 tarihli 4471 sayılı kanunla değişik 2559 sayılı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanununun(PVSK) 9. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre polis, 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 tespiti amacıyla usulüne göre verilmiş hakim kararı

⁹⁷ YENİSEY, Feridun, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma**, Ankara, 1995, s. 14.

⁹⁸ ÖZBEK, Veli Özer, **CMK İzmir Şerhi**, Ankara, 2005, s.394.

⁹⁹ ERYILMAZ, s. 161.

veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle aşağıda gösterilen yerlerde önleme araması yapabilecektir.

Bu yerler: 1)2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yer veya yakın çevresi, 2) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresi, 3) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerler, 4) Öğretim ve eğitim özgürlüğünün sağlanması için her derecede öğretim ve eğitim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması olasılığı karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri halinde, girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içerisinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerleri, 5) Umumi veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentileri, 6) Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışları, 7) Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçları şeklinde ayrıntılı olarak gösterilmiştir (PVSKm.9/1).

PVSK'nın 9/2. maddesinde; suçun önlenmesi amacıyla "kişilerin üstleri, araçları, özel kağıtları ve eşyanın" aranabileceği sınırlı olarak sıralanmış, önleme amacıyla konutta arama yapılmasına imkan tanımamıştır. AÖAY'nin 19. maddesinin son fıkrasında; konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Yönetmelikteki bu düzenlemeden önce bazı yazarlar, konutta hakim kararıyla önleme araması yapılabileceğini savunmaktaydılar¹⁰⁰. Ancak yönetmelikteki bu açık düzenleme ile artık konutta önleme araması yapılamayacak, konutta arama genel hükümlere göre yapılacaktır.

PVSK'nın 20. maddesinde ise, konutta önleme araması yapılamayacağına dair bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, toplum için veya kişiler

¹⁰⁰ Bkz. YENER, Orhan, **Ceza Yargılaması Polis Ve Jandarma Mevzuatı**, Ankara, 1998, s. 62; BAKICI, Sedat, **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması Ve Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, 1997, s. 368; KUNTER- YENİSEY, 2003, s. 761. (KUNTER- YENİSEY, kitaplarının 14. basısında "temel hakların kısıtlanmasında kanunla düzenleme bulunması ilkesinden(A.Y.13) hareketle görüş değiştirmişlerdir. Bkz. KUNTER, Nurullah- YENİSEY, Feridun- NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, 2006, s. 914.

bakımından mevcut bulunan hayati bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine kolluk görevlileri eve girebilir. Bu tür bir önleme araması işlemini yapmak bakımından, her kolluk görevlisi özel bir emir almaya muhtaç olmaksızın, görevi gereği yetkilidir. Kolluk toplumu tehlikeden korumakla görevlidir. İmdat istenmesi veya yangın gibi büyük bir tehlikenin haber verilmesi veya görülmesi hallerinde kişileri tehlikeden kurtarmak için konuta, işyerine ve eklentilerine doğrudan girebilir. Ev sahibinin rızası olmaksızın, kolluğun bir ikametgâha girebilmesi ve önleme araması yapabilmesi için, mevcut ve önemli bir tehlikeyi önlemek amacıyla hareket etmelidir. Yardım istenmesi halinde de aynı durum söz konusudur¹⁰¹.

Bunun yanında, teknik olarak arama sayılmayan bazı idari kontroller nedeniyle de konuta, kamuya açık olmayan özel işyerlerine veya diğer yerleşim yerlerine girilebilmesi için hâkim kararı veya yetkili merciden yazılı emir alınmasına gerek bulunmamaktadır. Örneğin, bu gibi yerlerde, yangın önlemleri, sağlık ve güvenlik tedbirleri nedeniyle yapılacak kontroller için herhangi bir karar veya yazılı emre gerek yoktur¹⁰². Ancak, burada unutulmaması gereken, bu yerlere idari kontrol sebebiyle girilmiş olmasıdır. Bu amacı bahane edip, girilen yerde arama işlemi yapılması mümkün değildir. Bu yola tevessül edilmişse, ortada hukuka aykırı bir arama işlemi vardır¹⁰³.

Önleme aramasında (adli arama tedbirinde olduğu gibi) kural, hâkim kararıyla arama işleminin yapılmasıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise o yerin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle arama yapılabilecektir. Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde önleme araması içinde hâkim kararı alınması veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama emrinin hâkim onayına sunulması yönünde getirilen düzenleme karşısında, artık önleme aramasının idari niteliğini kaybettiği öne sürülmektedir¹⁰⁴.

Önleme aramasında, CMK'nın aksine (CMK m. 119), kolluk amirinin arama emri verme yetkisi bulunmamaktadır. Kolluk amirinin önleme araması emri

¹⁰¹ CİHAN- YENİSEY, s. 270.

¹⁰² KUNTER- YENİSEY, 2003, s. 765.

¹⁰³ ERYILMAZ, s. 278.

¹⁰⁴ CENTEL- ZAFER, 2005, 298.

veremeyeceğine dair kural, eski yönetmeliğin 14/2. maddesinde açıkça zikrediliyordu. Yeni yönetmeliğin 20. maddesinde bu husus açıkça zikredilmemiş ise de, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (hâkim kararı alınamaması durumunda), önleme aramasının o yerin mülki amiri veya 4926 sayılı kanun kapsamında kaçakçılığın önlenmesi için yapılacak önleme aramalarında istisnai olarak (kendisinden talepte bulunulması halinde) Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Kolluk amirine, bu yönetmelikte de önleme araması emri verme yetkisi tanınmamıştır. Cumhuriyet savcısına tanınan bu istisnai yetki ise 4926 sayılı Kaçakçılık Kanununun 17/3. maddesinden kaynaklanmakta olup, bu istisna dışında önleme araması hususunda Cumhuriyet savcısının yetkili olduğu bir başka durum söz konusu değildir¹⁰⁵.

Önleme araması yapılabilmesi için öncelikle, 1982 Anayasanın 20, 21 ve PVSK'nun 9. maddesinde sayılan sebeplere (milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması) bağlı olarak, korunan hukuki menfaatin tehlike altında bulunması gereklidir. Önleme araması yapılabilmesi için, kolluk tehlikenin oluştuğuna dair makul sebepleri gerekçeleri ile birlikte o yerin mülki amirine yazılı olarak bildirmelidir (AÖAY. m.20). Mülki amir, gecikmesinde sakınca olan bir durumu var ise arama emrini kendisi vermeli, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal yoksa arama kararını hâkimden istemelidir¹⁰⁶.

Hâkimden önleme araması kararı alınması gerektirmeyen haller de vardır. Bunlar Arama Yönetmeliğinin 25. maddesinde sayılmıştır:

- a) kamu hizmetine ayrılmış binalara girerken yapılan üst ve eşyada arama,
- b) sivil hava meydanlarına girişte yapılan kontrol ve aramalar,
- c) olağanüstü halde yapılan aramalarda,
- d) sıkıyönetim zamanında yapılan aramalarda,

¹⁰⁵ ATASOY, s. 68.

¹⁰⁶ KUNTER-YENİSEY- NUHOĞLU, s. 916.

- e) yakalandıktan sonra muhafaza altına alınan kişilerin üst ve eşyasının aranması,
- f) seçimlerde silah taşınmasını önlemek amacı ile yapılan aramalara, hakimden karar alınması gerekmez.

Ayrıca, birde tedbir niteliğinde arama vardır. Bu da 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Yakalama Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliğinde(YGİAY) düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 6/2 maddesine göre; yakalana kişinin ilk olarak üst araması yapılır ve kendisine veya başkalarına zarar verebilecek silah gibi unsurlardan arındırılması sağlanır. Görüldüğü gibi yakalama durumunda kolluğa hakim veya savcı kararı olmaksızın üst arama yetkisi verilmiştir.

Genel olarak konuyu toparlayacak olursak; suç öncesi idari alanda kalan önleme aramalarında Cumhuriyet savcısı yetkili değildir. Bu nedenle kolluk, tehlike sebeplerini belirleyen bir raporla mülki amire başvurur. Gecikmede sakınca varsa mülki amir kendisi yazılı emir verir veya istemi reddeder veya sulh ceza hakimine başvurur. Gecikmesinde sakınca olmayan hallerde ise hakim kararı gerekir. Önleme araması kamuya açık olmayan özel iş yerlerinde, konutta, yerleşim yerlerinde ve eklentilerinde yapılamaz(AÖAY.19/son). Buralarda arama yapılabilmesi CMK'daki genel arama kurallarına tabidir. Kolluk amirinin ise önleme araması emri vermesi, şaşırtıcı bir şekilde Türk Hukukunda kabul edilmemiştir¹⁰⁷. Oysa adli aramalarda kolluk amirine yazılı emri ile konut dışında arama kararı verme yetkisi 5271 sayılı CMK'da 25.5.2005 değişikliği ile verilmiştir(CMK 119/1).

B. ADLİ ARAMA

Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların yerine getirilmesini sağlamak amacıyla geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çarelere "koruma tedbirleri" denilir¹⁰⁸.

¹⁰⁷ KUNTER- YENİSEY, 2003, s. 387.

¹⁰⁸ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 284.

Temel hak ve özgürlüklere müdahale sonucu doğuran koruma tedbirlerinden birisi de bir suçun ortaya çıkması üzerine, saklanan şüpheli veya sanığın yakalanması, suçun delillerinin tespiti ve müsadereye tabi eşyaların ele geçirilmesi amacıyla, kişilerin konutlarında, etrafı çevrili sair mahallerinde, üstlerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemini ifade eden "adli arama" tedbiridir¹⁰⁹.

AÖAY'nin 5. maddesinde "adli arama" tedbiri ayrıntılı olarak tarif edilmiştir. Buna 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 işlemi" olarak tanımlanmıştır.

Adli arama, anayasal dayanağını 1982 Anayasasının 20 ve 21. maddelerinden almakta olup, CMK'nın 116. ve 136. maddeleri arasında, "elkoyma" tedbiriyle birlikte yasal çerçevesi çizilmiştir. Adli arama; suçun delillerine ve müsadereye tabi eşyaya ulaşım, bunların ele geçirilmesini de amaçladığından, "elkoyma" tedbiriyle iç içe ve bir yönüyle "elkoyma" tedbirine "vasıta" olan bir koruma tedbiridir¹¹⁰

Adli arama; yakalama amaçlı adli arama, araştırma amaçlı adli arama ve delil veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla yapılan adli arama olarak sınıflandırılabilir. Şunu da belirtmek gerekir ki, adli arama işlemi bazen bu amaçlardan sadece birine ulaşmak için gerçekleştirilebileceği gibi, uygulamada da çoğu kez bu amaçlardan her üçüne veya bunlardan her ikisine ulaşmak için gerçekleştirilmektedir¹¹¹.

¹⁰⁹ TOROSLU, s. 193.

¹¹⁰ YENERER, s. 16.

¹¹¹ YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 26; ÖZBEK, Arama, s. 53.

İKİNCİ BÖLÜM

I. ARAMANIN AMACI

A. GENEL OLARAK

Arama işlemi, saklı olan delil olabilecek belirli bir eşyanın, veya bir suç işlediğinden şüphelenilen kişinin belli bir amaca yönelik olarak, plânlı bir şekilde aranmasıdır. Yukarıda gördüğümüz gibi, bir tehlikenin önlenmesi için arama yapılabileceği gibi, suç işlendikten sonra zabitanın adlî görevi çerçevesinde de arama yapılabilir. Biz burada sadece adlî görev ile yapılan arama üzerinde duracağız.

Ceza muhakemesi amacı ile yapılan adlî arama, saklanan sanığın veya elde edilememiş olan delilin veya müsadere edilecek bir eşyanın ele geçirilmesi için, bir kimsenin konutunda, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırmadır. Başka bir ifade ile, adlî aramanın amacı şüphe altında bulunan kimsenin yakalanması, müsadereye tâbi eşyanın veya delillerin ortaya çıkarılmasıdır¹¹².

5271 sayılı CMK'nın "Diğer Kişilerle İlgili Arama" başlıklı 117. maddesinde, "Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi **amacıyla**, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir" denmekle aramanın amaçları açıkça belirtilmiştir.

Öte yandan aramanın diğer bir koruma tedbirim uygulamak amacını da taşıdığı gözden uzak tutulmamalıdır. Aramanın amaçları yakalama ve delil elde edip elkoyma olarak belirlendiğinde, aramanın hemen her zaman yakalama ve/veya elkoyma koruma tedbirine aracılık ettiği, bu koruma tedbirlerinin bir ön basamağı olduğu söylenmelidir. O halde arama bir araç koruma tedbiridir. Gerçekten arama hiç bir zaman doğrudan doğruya arama amacıyla yapılmaz. Bu özelliğın diğer bazı koruma tedbirleri bakımından da geçerli olduğu kabul edilse de arama koruma tedbiri bakımından daha

¹¹² ÖZTÜRK- ERDEM, s. 539; Yenisey, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 27; YAŞAR, Osman, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005, s. 504; BARDAK, Cengiz, **Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması**, Ankara, 1996, s. 423; ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi , s. 402.

belirgin olduğu vurgulanmalıdır. Ancak arama yine de kendine özgü bağımsız bir koruma tedbiridir¹¹³.

B. YAKALAMA

Yakalama, şüpheli veya sanığın bir hâkim kararı olmaksızın özgürlüğünün geçici bir süre sınırlandırılmasıdır¹¹⁴. Çok kısa süreli özgürlük kısıtlamaları “yakalama” sayılmaz. Örneğin, kimlik veya soru sormak için yolda durdurulan fert yakalanmış sayılmaz¹¹⁵.

Yakalama amaçlı arama hem herkesin yakalama yapabildiği durumları, hem de herkesin yakalama yapamadığı durumları kapsar. Burada yakalamanın çeşitleri üzerinde ayrıntılı olarak duracak değiliz. Ancak, yakalamanın herkesin yakalama yapabildiği durumlar ve herkesin yakalama yapamadığı durumlar olarak ikiye ayrılabilceği söylenmelidir. Herkesin yakalama yapamadığı durumlarda müzekkereli ve müzekkeresiz olmak üzere iki tür yakalamadan söz edilir(CMK m. 98). Yakalama amaçlı arama hem müzekkereli, hem de müzekkeresiz yakalamanın icrasına yöneliktir. Bununla birlikte, herkesin yakalama yapabildiği durumlarda yapılan arama ayrı bir özellik gösterir(CMK m.90). **Gerçekten, mesela, bir suç işlendikten hemen sonra bir eve giren faili yakalamak amacıyla o sırada olaya tanık olan herhangi bir kişi o evde arama yapabilecek midir?** Kanımızca herkese böyle bir yetki vermek amacı aşan bir tutum olarak, temel haklara aşırı bir müdahale biçiminde kabul edilmelidir. Aksi bir kabul Anayasaya aykırıdır. Zira aramayı ancak kanunla yetkili kılınmış bir merci yapabilir. "Herkes" aramayı yapmaya kanunla yetkili kılınmış değildir. O halde, böyle bir durumda arama yapılmamalı kolluğa haber verilip, gelmesi beklenmelidir¹¹⁶.

Diğer yandan “Hükümlü, hapis cezası veya güvenlik tedbirinin infazı için gönderilen çağrı kâğıdının tebliği üzerine on gün içinde gelmez, kaçır ya da kaçacağına dair şüphe uyandırır, Cumhuriyet savcısı yakalama emri çıkarır” diyen 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun(CGTK)

¹¹³ GÜNTHER, s. 77(ÖZBEK, Arama, s. 53)

¹¹⁴ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 403.; KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 810.

¹¹⁵ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 810.

¹¹⁶ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi , s. 403.

19. maddesi müzekkereli yakalamanın diğerk bir çeşidini oluşturur. Yakalama amaçlı arama, hükümlünün de CGTİK m. 19'a göre yakalanmasına hizmet eder.

5271 sayılı CMK'nın 116 ve 117. maddelerinde; "Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa"...; "Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi.. amacıyla....", şüphelinin, sanığın veya diğerk kişilerin üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğerk yerlerin aranabileceği belirtilmektedir. Görüldüğü gibi yakalamanın aramanın amaçlarından biri olduğu bu maddelerde açıkça düzenlenmiştir.

Bir kişinin yakalanması amacıyla arama kararı verilebilmesi için, en azından sanığın orada bulunacağı konusunda bir duyum örneğinin, bir ihbar mevcut olmalıdır, diğerk bir deyimle, suç şüphesi somutlaşmış olmalıdır. Aynı zamanda basit suçlarda yakalama amaçlı arama yoluna gidilmemelidir. Zira suçun hafifliği arama gibi ağır bir koruma tedbirini gereksiz kılacaktır¹¹⁷.

Nihayet arama sonunda aranan kişi yakalandığında 5271 sayılı CMK'nun yakalamaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır(CMK m. 90 vd.)¹¹⁸.

C. ELKOYMA

1. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde işlendiği iddia edilen eylemin işlenip işlenmediği, işlenmiş ise bunun suç teşkil edip etmediği, suç teşkil ediyor ise, bunun kim tarafından işlendiği hususunun araştırılması gerekmektedir. Ceza muhakemesi, geçmişteki bir olayı araştırmakta ve belirlemeye çalışmaktadır. Bunun için hâkimin, geçmişte ne olduğunu ve nasıl olduğunu bilmesine ihtiyaç vardır. Hâkimin, yargılama sonunda maddi gerçeği ortaya çıkarmasına yarayan her türlü araca delil denir. Bu halde, deliller hâkimin en önemli karar kaynaklarını oluşturur¹¹⁹.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeği bulmaya yarayacak her şey delil olabilir. Delil şüphenin yenilmesinde kullanılır, bu amaçla yapılan arama işleminde, suçun niteliğine göre not defteri, senet ve yazılı diğerk belgeler, görüntü ve ses kayıtları,

¹¹⁷ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 403.

¹¹⁸ Bkz. Tez, s. 105 vd.

¹¹⁹ TOROSLU, 160.

fotoğraf, bilgisayar kayıtları, saç kılları, kan lekesi vs. her türlü delilin bulunması hedeflenebilir¹²⁰. Suçta kullanılan bıçak, tornavida vs aletlerde suçun aydınlatılması amacıyla aranacak delillerdendir¹²¹. Delilin doğrudan delil olması şart değildir. Dolaylı delillerde aramanın konusu olabilirler. Örneğin, bir yazının kime ait olduğunun tespiti için, şüphelinin veya sanığın yazı örneklerine (not defleri gibi) ulaşmak için de arama yapılabilir¹²².

İspat vasıtalarından olup ta ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından faydalı görülen veya müsadereye tabi bulunan eşyanın, eşyayı elinde bulunduranın rızası bulunmamasına rağmen adliyenin eli altına alınmasına “**elkoyma**” denmekte, bu işlem zilyedin rızası ile yapıldığında da “**muhafaza altına alma**” olarak adlandırılmaktadır¹²³.

Gerçekten 5271 sayılı CMK'nın 123. maddesinde, ispat aracı olarak yararlı görülen eşya yada kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır; yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir, denilmek suretiyle “basit elkoyma” ve “muhafaza alma” tanımlanmış olmaktadır¹²⁴.

CMK'nun 123. maddesinde yazılı eşya veya diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür. Kaçınma hâlinde bu şeyin zilyedi hakkında CMK'nun 60. maddesinde¹²⁵ yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanamaz(CMK m. 124).

¹²⁰ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 403

¹²¹ ÖZBEK, Arama, s.55.

¹²² CENTEL- ZAFER, s. 184.

¹²³ GÖKÇEN, Ahmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Ankara, 1994, s. 5vd.; YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 57 vd.

¹²⁴ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 551.

¹²⁵ **Madde 60 - (1)** “Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çeken tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilmeye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere **disiplin hapsi** verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır.”

Aramanın amaçlarının özetle, elkoyma ve yakalama olduğunu yukarıda belirtmiştik. Elkoymanın amacının ise, “muhakemenin yapılabilmesini sağlamak” ve “verilecek kararın kağıt üzerinde kalmasını önlemek” olduğunu söyleyebiliriz¹²⁶.

2. Elkoymanın Benzer Kavramlardan Farkı

a. Muhafaza Altına Almadan Farkı

İspat vasıtalarından olup ta ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından faydalı görülen veya müsadereye tabi bulunan eşyanın, eşyayı elinde bulduranın rızası bulunmamasına rağmen adliyenin eli altına alınmasına “elkoyma” denmekte, bu işlem zilyedin rızası ile yapıldığında da “muhafaza altına alma” olarak adlandırılmaktadır¹²⁷.

Gerçekten 5271 sayılı CMK'nın 123. maddesinde, “ispat aracı olarak yararlı görülen eşya yada kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır; yanında bulduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir”, denmekle elkoyma ve muhafaza altına alma ayrımını yapılmıştır. Bu ayrım da esas alınan ölçüt ise zilyedin daha doğru bir deyişle “yanında bulduranın rızasıdır”. Arama sonunda aranan şeyi yanında bulduran kişi, bu eşyayı rızasıyla aramayı gerçekleştiren görevlilere vermezse ancak o zaman elkoyma yapılabilecektir. Rıza var ise elkoymaya gerek yoktur.

b. Müsadereden Farkı

CMK'nın 123. maddesinde, “ispat aracı olarak yararlı görülen eşya yada kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır; yanında bulduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir”, denmekle, üç grup eşyaya elkonulabileceği kabul edilmiştir: 1) İspat aracı olarak yararlı görülen, emare niteliğindeki eşya, 2) eşya müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri(TCK m. 54), 3) kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri(TCK m. 55)¹²⁸.

¹²⁶ Bkz. GÖKÇEN, s. 49.; ÖZTÜRK- ERDEM, s. 552.

¹²⁷ GÖKÇEN, s. 5vd.; YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 57 vd.

¹²⁸ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 962.

1) İspat aracı olarak yararlı görülen emare niteliğindeki eşya, ispat vasıtalarından olup ta ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından faydalı görülen her türlü delildir.

2) 5237 sayılı TCK'nuna göre, eşya müsadere; iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesidir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir¹²⁹. Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alımı ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir(TCK m. 54).

3) 5237 sayılı TCK'nuna göre kazanç müsadere ise, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesidir. Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir(TCK m. 55)

Müsadere 5237 sayılı TCK'da "Güvenlik Tedbirleri"ne ilişkin İkinci Bölümünde yer almıştır. Yasanın, cezaları düzenleyen 45 inci ve devamı maddelerinde yer almadığı gibi fer'i ceza olarak da düzenlenmemiştir. Müsadere için bir mahkûmiyet kararı verilmesi zorunlu değildir. Kendisi suç oluşturan bir eşya suçta kullanılmasa, sahibi belli olmasa veya yapılan soruşturmada şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı, dava açılmışsa sanık hakkında beraat kararı verilmiş olsa bile müsadere edilecektir. Ayrıca, eşya iyi niyetli üçüncü bir şahsa ait ise müsadere edilmeyecektir. Fakat suçta kullanılmasına rağmen suçun failinin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik nedeniyle cezalandırılmaması halinde ise müsadere kararı verilecektir¹³⁰.

Bu nedenlerle müsadere, 5237 sayılı TCK'da "güvenlik tedbiri" olarak düzenlenmiş ve kapsamı genişletilmiştir. Kazanç müsadere ve kaim değerlerin müsadere kabul edilerek, eşya müsadere (madde 54) ve kazanç müsadere (madde 55) olarak ikiye ayrılmıştır.

¹²⁹ ÖZTÜRK- ERDEM, S. 552.

¹³⁰ BAKICI, Sedat, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara, 2007, s. 1055.

1982 Anayasasının 38 inci maddesi ile, suçlunun tüm mal varlığının devlete intikali olan "genel müsadere" yasaklanmıştır¹³¹.

Uygulamada müsadereye zoralım denilmesi, elkoyma ile bir güvenlik tedbiri olan müsaderenin birbirine karıştırılmasına neden olmaktadır. Oysa bu iki kavram birbirinden çok farklıdır¹³².

Müsadere ile elkoyma arasındaki farkları şu şekilde sıralamak mümkündür¹³³:

a) Müsadere .bir yaptırım, elkoyma ise koruma tedbiridir. Gerçekten müsadere emniyet tedbiri olarak da kabul edilse, ceza da sayılsa hukukî nitelik olarak müeyyidedir. Elkoyma ise, koruma tedbiridir. Bunun tabiî sonucu olarak elkoyma, yargıdan önce temel bir hakkı sınırlar, müsadere ise ancak hüküm kesinleştikten sonra uygulanabilir.

b) Elkoyma geçicidir, müsadere ise geçici olmaz devamlı olur.

c) Müsaderenin amaçları ile elkoymanın amaçları farklıdır. Müsadere ceza olarak verildiğinde amaçları, genel önleme, özel önleme ve kefaret, tedbir olarak verildiğinde ise tedavi amaçlıdır. Elkoymanın amaçları ise bilindiği gibi delillerin muhafaza altına alınmasını sağlamak ve verilen kararın yerine getirilmesini teminat altına almaktır.

d) Mevzuatımız açısından müsadere mecburî iken elkoyma ihtiyarîdir.

Bu sonuca, CMK m.123/2'deki "Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir" hükmünden ulaşıyoruz.

e) Elkoyma ve müsaderenin düzenlendikleri kanunlar ve uygulanma usûlleri farklıdır.

Elkoymaya dair düzenleme genel olarak CMK m.123 ve devamındadır. Müsadere müessesesi TCK m.54'de, muhakemesi ise CMK m.256 ve sonraki maddelerde düzenlenmiştir¹³⁴.

¹³¹ 1982 AY. M. 38/10: "Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez".

¹³² ÖZTÜRK- ERDEM, s. 554.

¹³³ GÖKÇEN, s. 92.; YAŞAR, s. 513.

f) Nihayet müsadere neticesinde mülkiyet devlete geçer,,elkoymada ise, devlete geçmez; sadece kişinin tasarruf yetkisi sınırlandırılır¹³⁵.

Suç aleti bıçağın olay yerinde ele geçmesi üzerine kanıt olacağı ve ileride zoralmı(müsaderesi) gerekeceğinden emanete alınması, elkoymaya örnek gösterilebilir. Yargılama sonunda bıçağın suçta kullanılmadığı anlaşıldığı takdirde, sahibine geri verilmesine, suçta kullanıldığının kabul edilmesi halinde ise, müsaderesine karar verilmesi gerekir¹³⁶.

3. Elkoyma Yasağı

a. Devlet sırrı niteliğindeki belgeler

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, "devlet sırrının yargıdan gizlenememesi ilkesini" benimsemiştir. Bu nedenle, bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgelerin, "devlet sırrı" olarak mahkemeye karşı gizli tutulması yasaklanmıştır (CMK 125 ve CMK 47/1)¹³⁷.

Devlet sırrının ne olduğu da Yeni Kanunda tanımlanmıştır: "Açıklanması devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır" (CMK 47/1).

Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilir (CMK 125/2). Bunlar savcı veya avukata verilemez, verilirse bilgi sır olmaktan çıkar. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hakim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir¹³⁸.

¹³⁴ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 552

¹³⁵ ÖZBEK, Arama, s. 56.

¹³⁶ YAŞAR, s. 513.: Mülga 1412 sayılı CMUK m. 89'da "Resmi dairelerde saklı evrak ve sair vesikalar müdarecatının ifşası memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edilirse bu evrak ve vesikaların gösterilmesi ve teslimi istenmez. Şu kadar ki bu beyan kafi görülmezse o dairenin mensup olduğu vekaletle müracaat olunabilir", hükmü getirilerek bu belgelerin açıklanması belli şartlara bağlanmıştır.

¹³⁷ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 964.

¹³⁸ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 552.

Devlet sırrı ile ilgili mahkemeye karşı gizli tutmama ilkesi, sadece, alt sınırı beş yıldan fazla olan hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanacaktır. (CMK 125/3 ve CMK 47/3).

Bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz, kuralı tanıklık konusunda da geçerlidir. Buna göre, tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbit kâtibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir(CMK m. 47). Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır(CMK m. 47/3)

Yukarıda tanımlı yapıldığı üzere içeriği devlet sırrı teşkil eden belgeler mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Ancak devlet sırrına ilişkin belgelerin incelenmesi veya önemli hususların tutanağa geçirilebilmesi için, yargılaması yapılan suçun cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olması gerekir. Beş yıldan az hapsi gerektiren suçlarda devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler hakim veya mahkeme heyeti tarafından incelenemez¹³⁹.

O halde alt sınırı beş yıldan az cezayı gerektiren bir suç ile ilgili olarak, devlet sırrı teşkil eden belgeler için arama yapılamayacak, arama sırasında devlet sırrı niteliğindeki belgeler bulunursa bunlara da elkonulamayacaktır.

b. Şüpheli Sanık ve Tanıklıktan Çekinebilecek Kişiler

Nezinde Bulunan Belgeler

Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezinde buldukça elkonulamaz(CMK m. 126).

Maddeye göre, akrabalık (CMK m.45)ya da meslek sırrıyla bağlı olanlar (CMK m. 46) ile şüpheli veya sanık arasında karşılıklı gönderilen mektuplara el konulamaz. Ön koşul, tanıklıktan çekinmeyi gerektiren yakın akrabalık ya da

¹³⁹ YAŞAR, s. 517.

meslek sırrıyla bağıllık bulunmasıdır. Ancak yalnızca bu ilişkilerin varlığı el konulmayı önlemeye yetmemekte ve ayrıca mektubun kişinin yanında olması, suça katıldığına veya suça yataklık yaptığına kuşku duyulmaması koşullarının da gerçekleşmesi gerekir. Suça katılmış ya da yataklık etmiş ise, artık tanık değil sanık olduğu için, tanıklıktan çekinme hakkının sağladığı olanaklardan yararlanmaması gerekir. Nezdinde bulunmaktan maksat ise, yalnız kişinin üzeri olmayıp, mektup ve belgelerin yerleşim yerinde veya işyerinde bulunması da, kavramın kapsamı içindedir¹⁴⁰.

El konulma yasağı, şüpheli ya da sanık için değil, tanıklıktan çekinmeye hakkı bulunan diğer kişiler için öngörülmüştür. Şüpheli veya sanığın yakın akrabasına ya da avukatına yazdığı mektuplara, şüpheli veya sanığın üzerindeyken ya da kişilere ulaşmamış bulunması koşuluyla el konulması olanaklıdır. Ancak şüpheli veya sanığın yazdığı mektup, tanıklıktan çekinmeye hakkı olan kişinin eline geçmiş ise, el konulmaması gerekir¹⁴¹.

Tanıklıktan çekinme hakları bulunan kişilerin, mektubu ellerinden çıkarmaları ya da soruşturmaya konu eyleme katılmış bulunmaları ya da yataklık ettiklerine kuşku duyulması durumlarında, mektuplara el konulabilecektir. El konulmama, aynı zamanda mektubun okunmamasını ve yazı karşılaştırması gibi nedenlerle mektuplar üzerinde hiçbir işlem yapılmamasını da gerektirir.

Nasıl ki, tanıklıktan çekinmeye hakkı olanlar, isterlerse tanıklık edebilirlerse, mektuplarına el konulmama dokunulmazlıkları bulunanlar da, söz konusu mektuplara el konulmasına izin verebilirler. Bu durumda elkoyma değil, muhafaza altına alma söz konusu olacaktır. Ancak bu kişilere el konulmazlık haklarının bulunduğu bildirilmelidir¹⁴².

¹⁴⁰ YAŞAR, s. 518.

¹⁴¹ YAŞAR, s. 518.

¹⁴² Benzer düşünce için bkz. KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 964.

c. Tutuklu Sanık İle Müdafii Arasında Gönderilen Mektuplar

Savunma hakkının dokunulmazlığı, sanıkla müdafii arasındaki mektuplara elkonulamamasını gerektirir. Nitekim tutuklu sanıkla müdafii yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı yasa da açıklanmıştır(CMK m. 154)¹⁴³. 1412 sayılı mülga CMUK m. 144'teki düzenleme 5271 sayılı CMK'nın 154. maddesine aynen alınmıştır. Maddeye göre: “Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz”.

d. Basımevi ve Eklentileri İle Basın Araçları

Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz. Anayasamızın 30. maddesinde bu hüküm açıkça düzenlenmiş, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin temel ilkeleri ve milli güvenlik aleyhine işlenmiş bir suçtan mahkum olma halini bu kuralın dışında tutan istisna aynı maddede 07.05.2004 tarihinde 5170 sayılı kanunun 4. maddesiyle yapılan değişiklikle kaldırılmıştır¹⁴⁴.

Anayasanın 30. maddesinde “zapt” kelimesi kullanılmasına karşın 5271 sayılı CMK kavram kargaşasını ortadan kaldırmak için, “elkoyma” terimini kullanmıştır. Doktrin de “elkoyma” terimini kullanmaktadır¹⁴⁵.

Buna göre herhangi bir suçun işlenmesinde kullanılan basımevi ve eklentilerine elkonulamayacaktır. Ancak bura da dikkat edilecek husus, basımevi ve eklentilerinin kanuna uygun bir şekilde kurulmuş olmasıdır. Kanaatimizce, kanuna uygun bir şekilde kurulmayan basımevi ve eklentilerine bir suçun işlenmesinde kullanılması halinde elkoyma ve müsadere mümkün olmalıdır.

¹⁴³ CENTEL-ZAFER, 2003, s. 263.

¹⁴⁴ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 966.

¹⁴⁵ YAŞAR, s. 512 vd.; KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 961 vd.; ÖZTÜRK- ERDEM, s. 546 vd.; ŞAHİN, s. 346 vd.; EROL Haydar, **Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması Ve Uygulaması**, Ankara, 2006, s. 242 vd.

II. ARAMANIN ŞARTLARI

Aramanın şartlarını genel olarak, şüphe bakımından, arama kararını veya emrini verecek mercii bakımından, aranılacak kişiler ve şeyler bakımından ve zaman bakımından şartlar olmak üzere sıralayabiliriz.

A. ŞÜPHE BAKIMINDAN ŞARTLAR

1. Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe

Bir fiilin işlenmiş olduğunu haber alan yetkili makamlarca derhal hazırlık soruşturmasına başlanır. Bu gereği ifade eden ilkeye *araştırma mecburiyeti ilkesi* denir¹⁴⁶. Gerçekten Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar(CMK 160). Yine Adlî kolluk görevlileri de el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür(CMK 161/2).

Yetkili makamları bu şekilde bir araştırma mecburiyetine iten esas ise şüphedir. Şüphe ise, yetkili makamların o fiil hakkında kesin bir sonuca varamayıp duraksamasıdır denilebilir¹⁴⁷. Bu duraksama ise bir kesinliğe sahip olamamanın sonucudur. İşte suç haberi ciddi, belli ve yaşanmış olaylar suç işlendiği yolunda bir “şüphe” ortaya koyuyor ise artık hazırlık soruşturması başlar. O halde hazırlık soruşturmasının başlaması bir “şüphe”nin varlığını gerektirir. Bu şüphe ise olaylara dayanan basit şüphedir. Buna başlangıç şüphesi de denebilir. Esasen bu aşamada böyle basit bir şüphe de bulunmayabilir. Mesela, yapılan ihbar olağanüstü saçma olabilir. Bu durumda savcı veya kolluğun araştırma mecburiyeti yoktur; araştırıp araştırmamak takdirine kalmıştır¹⁴⁸. İşte bu, araştırma mecburiyetinin istisnasıdır¹⁴⁹. Buna karşılık,

¹⁴⁶ ÖZTÜRK, Koğuşturma, s. 49.

¹⁴⁷ Sözlük anlamı itibari ile **şüphe** “zihnin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda tereddüt etmesi, hangisinin doğru olduğunu kestirememesi, bir şeyin olup olmadığı hakkında tereddüde düşmesidir.(YILMAZ, s. 848.)

¹⁴⁸ ESER, Albin, Einfuhrung in Das Strafprozessrecht, München, 1983, s. 18(ÖZBEK, Arama, s. 61)

¹⁴⁹ Bu durumun, araştırma mecburiyeti ilkesinin istisnalarından sadece biri olduğu söylenmelidir. Bunun dışında fiilin şikayete tabi olduğu ve 6 aylık şikayet süresinin geçmiş okluğu anlaşılırsa, fiilin haksız fiil olduğu meydana çıkmışsa, nihayet dava ilişkisini düşüren örneğin, zamanaşımı, af vb.

böyle bir başlangıç şüphesi bulunsa dahi, olaylara dayanmayan, sadece bir tahminden ibaret olan şüphe de hazırlık soruşturmasının başlatılması için yeterli değildir. Aksi tutum kovuşturma makamlarının keyfilğine yol açacaktır. Gerçekten CMK soruşturmaya başlanabilmesi için “Cumhuriyet savcısının bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenmesini”(CMK m. 160) yani somut, yaşanmış olayların yetkilileri bir suçun işlediği düşüncesine götürmesini aramıştır. Ancak böyle bir düşüncenin oluşumu sadece belli, somut, yaşanmış olayla mümkün olabilir. Soyut bir düşünce yeterli değildir¹⁵⁰.

Soruşturmaya başlamanın amacı kamu davasının açılmasına gerek bulunup bulunmadığının tespitidir. Bu tespitin yapılabilmesi için soruşturma aşamasında yetkili olan makamların her türlü işlemi yapabileceği, bu arada koruma tedbirine de başvurabileceği ortadadır. Ancak bir koruma tedbirine başvurabilmek için gereken şüphe, soruşturma aşamasının başlaması için gereken şüphe ile asla aynı olamaz. Diğer bir deyimle, soruşturma aşamasının başlaması için gerekli olan basit şüphe soruşturmanın her safhasında aynı değildir; olmamalıdır da. Çünkü soruşturma ilerledikçe şüphe basitlikten daha kuvvetliye doğru ilerlemektedir. *O halde bir arama koruma tedbirine başvurulabilmesi için nasıl bir şüphe gereklidir?* Bu soruya cevap verebilmek için basit şüphe dışında, şüphenin diğer derecesi olan ve yeterli ve kuvvetli şüphe olmak üzere ikiye ayrılan yoğun şüphe üzerinde durmak gerekir¹⁵¹.

Basit bir şüphe üzerine soruşturmaya başlanması, o kişinin mahkum olacağı sonucunu doğurmaz. Hatta kamu davasının açılacak olması dahi belli değildir. Esasen bu, şüphenin basit olması ile de bağdaşmaz. Şayet basit şüphe soruşturma sonunda, kovuşturma neticesinde sanığın mahkum olacağını gösterecek yeterliliğe erişmişse buna **yeterli şüphe** denir. Diğer bir deyimle savcı delileri değerlendirirken yapılacak duruşma sonunda sanığın mahkûm olması ihtimalinin beraat etmesi ihtimaline nazaran daha kuvvetli olduğu sonucuna varırsa yeterli şüphe var demektir¹⁵². Bu durumda artık kamu davası açılmalıdır. Bu, kamu davasını açma mecburiyetinin bir sonucudur. CMK

durumlar varsa savcı ve/veya kolluk araştırma işlemine başlamaz veya başlamışsa son verir (ÖZTÜRK, Koğuşturma, s. 198).

¹⁵⁰ ÖZTÜRK, Koğuşturma, s. 54.

¹⁵¹ ÖZBEK, Arama, s. 61.

¹⁵² ÖZTÜRK, Koğuşturma, s. 144.

bunu “Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler” biçiminde ifade etmiştir (CMK m.170/2).

Bazı koruma tedbirleri bakımından yasa kuvvetli şüphe aramaktır. Gerçekten bir kişi hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular” bulunmalıdır(CMK m.100). Yine yakalama (CMK m. 90) ve zorla getirme (CMK m. 146) koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için tutuklama kararı verilmesi için gerekli sebepler aranmaktadır.

İşte sayılan bu koruma tedbirleri bakımından sanığın ilerde mahkûm olması kuvvetli bir ihtimal olarak görülüyorsa ancak bu şartla anılan koruma tedbirlerine başvurulmasını sağlayan şüpheye *kuvvetli şüphe* denir¹⁵³. Yasanın bu konuda kuvvetli şüphe araması bu koruma tedbirlerinin kişi özgürlüğünü kaldıran tedbirler olmasıdır. Gerçekten hakkında kamu davası açılması sanığın özgürlüğünü elinden almaz. Bu açıdan yasa kamu davasının açılması bakımından yeterli şüphe ile yetinmiştir.

2. Arama Koruma Tedbiri Açısından Şüphe

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “aramayı” düzenleyen 116. maddesinde arama yapabilmek için gerekli olan şüphenin derecesi belirtilmiştir. 116. maddeye göre; “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda *makul şüphe* varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir”. Böylece, 1412 sayılı CMUK(m.94)’deki “*umulan haller*” kavramı yerine, yeni kanunda, daha çok şüphenin yoğunluğunu içeren “*makul şüphe*” ibaresi konulmuştur. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin¹⁵⁴ 6. maddesinde, “*Makul şüphe*, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe” şeklinde tanımlanmıştır.

Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul

¹⁵³ ÖZTÜRK, Koğuşturma, s. 144.

¹⁵⁴ Bkz.Resmi Gazete, Tarih:01.06.2005, Sayı: 25832.

şüphede, ihbar ve şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır(AÖAY. m. 6).

İhbar makul bir şüphedir. İhbarda bulunulan kişinin güvenilir ve verdiği bilgilerin detaylı olması durumunda ihbar makul bir şüphe oluşturur. Kişiye güvenilemiyorsa veya ihbarı destekleyen somut olgular detaylı bilgiler bulunmasa da kolluğun evvelki bilgi dağıncığı ihbarı teyit ediyorsa, ihbar makul bir şüphe oluşturur¹⁵⁵.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1983 yılında verdiği Gates kararı¹⁵⁶ ile yeni bir bakış açısı getirmiştir. Mesela, güvenilir bir muhbir, belli bir evde uyuşturucu bulunduğunu ihbar etmiş ise, sadece onun daha evvelce bu tür bilgiler vermiş olması veya ihbarda bulunmasının kendi cezai menfaatine uygun olması gibi gerekçeler onun güvenilir biri olduğunu göstermeye yetmez. Bu nedenle ihbarda bulunanın evde uyuşturucu olduğunu bizzat görmüş olması, ihbarda bulunduğu kişinin şüpheli hareketlerini bizzat işlemiş olması gibi, fiili bir takım emarelerin de ihbarda yer alması aranmalıdır. Ancak bu gibi bilgilerle desteklendiği takdirde, muhbirin yaptığı ihbar makul şüphe sebebi olarak değerlendirilebilir.

Diğer yandan, suç işleme şüphesi altında olmayan kişilere yönelik arama işlemi yapılabilmesi, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunu gösteren olayların varlığına bağlıdır (CMK m. 117/2). Suçla ilgisi olmayan diğer kişiler hakkında arama tedbirine başvurulması için, şüpheden öteye somut olayların varlığı aranmıştır. Sadece şüphe nedeniyle, bu gibi kişilerin özgürlüğüne müdahale edilmesi kabul edilmemiştir¹⁵⁷. Örneğin, aranan kişinin otomobilinin, suçla ilgisi olmayan kişinin garajında görülmesi, çamaşırlarının tatilde olan bir kişiye ait evin balkonunda asılı olması veya yaralanmış olan şüpheliye ait kan lekelerinin bir binanın girişinde görülmesi, yâda bu evin bodrumundan ceset kokusu gelmesi veya cinayet suçunda kullanılan tabancanın bu evin bahçesine

¹⁵⁵ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 937; KUNTER- YENİSEY, 2003, s. 393.

¹⁵⁶ III. v. GATES, 1983 (KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 937)

¹⁵⁷ MALKOÇ, İsmail- YÜKSEKTEPE, Mert, **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhkemesi Kanunu**, Ankara, 2005, s. 320.

gömüldüğüne dair telefon ihbarı alınması gibi. Kısacası, kanun koyucu bu durumda, şüphenin daha yoğun ve kuvvetli olmasını, ortada "delil olabilecek olguların" bulunmasını aramıştır. Basit bir tahmin yâda "umulma" burada yeterli olmayacaktır¹⁵⁸.

Ancak bu sınırlamanın, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmadığı da ifade edilmiştir(CMK m. 117/3). Böylece, örneğin, meşhut suçun söz konusu olduğu **sıcak takipte**, şüphelinin üçüncü bir kişinin konutuna girmesi ve/veya suç aletini veya diğer bir delili üçüncü kişinin konutuna atması halinde buralarda da arama yapılması mümkün olabilecektir¹⁵⁹. CMK bu hallerde makul şüphenin yanında “aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunu gösteren olayların varlığını” aramamıştır.

B. ARAMA KARARI VE ARAMA EMRİ BAKIMINDAN ŞARTLAR

1. 1982 Anayasası ve 5271 Sayılı CMK'daki Düzenlemeler

a. Hâkim Kararı

Arama, insan haklarının en önemlilerinden birisini oluşturan özel hayatın dokunulmazlığına ve konut dokunulmazlığına etkisi nedeniyle etkisi nedeniyle, Anayasamızda (AY. 20 ve 21. maddeleri) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde(m. 6) düzenleme konusu olmuştur. Düzenleme kanuna bırakılmış, arama için hakim kararı kural, yetkili mercii emirleri istisna kabul edilmiştir. İstisna için de gecikmesinde sakınca bulunan haller aranmıştır¹⁶⁰.

1982 Anayasasının 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanununun 5. maddesi ile değişik “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesine göre,

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

¹⁵⁸ SOKULLU-AKINCI, s. 144

¹⁵⁹ ÖZTÜRK- ERDEM- ÖZBEK, s. 639.

¹⁶⁰ EROL, s. 237.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, *usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça*; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

Yine 1982 Anayasasının 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanunun 6. maddesiyle değişik “konut dokunulmazlığı” başlıklı 21. maddesine göre; Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak *usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça*; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

Görüldüğü gibi Anayasa, arama yapılabilmesi için kural olarak hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrini aramıştır. 1 Haziran 2005’te yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK’da da Anayasaya paralel düzenlemeler yapılmış, kural olarak hakim kararı aranmıştır.

5271 sayılı CMK’nın 25.05.2005 tarihli 5353 sayılı kanunla değişik “Arama kararı” başlıklı 119. maddesine göre;

“Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir”.

Buna göre, adli aramaya karar verme yetkisi kural olarak hâkime aittir¹⁶¹. Arama işlemine hâkimin karar vermesi kuralının amacı, arama işleminin temel hak ve özgürlüklere bir müdahale oluşturmasıdır¹⁶². Bu konuda karar verme yetkisi soruşturma aşamasında aramanın yapılacağı yerdeki "sulh ceza hâkimi"ne (CMK m. 162), kovuşturma aşamasında ise davanın görüldüğü mahkemeye aittir (CMK m.192)¹⁶³.

Suç ilk olarak kolluğa bildirilmiş ise, kolluk, arama kararı alınması için, makul şüphe sebeplerini ve aranan eşyanın niteliğini içeren ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet savcısına başvurur. Cumhuriyet savcısı da kolluğun talebini yerinde görürse, arama kararı için hâkime başvuracaktır¹⁶⁴.

Hâkimin, savcının arama talebini ret etmesi halinde, savcı herhangi bir düşünce ile kendisi arama yapamayacağı gibi, arama emrini vererek arama yaptırılmaz. Ancak, redde uğrayan arama kararı talebinden sonra yeni vakıa ve emarelerin elde edilmesi halinde, bu vakıa ve emarelere dayanarak tekrar hâkimden arama kararı isteyebilir¹⁶⁵.

Arama kararı dosya üzerinden verilir. Hâkimin verdiği bu karara da itiraz edilebilir. Ancak itirazın yapılması, kural olarak aramayı durdurmaz. Buna karşılık, aramaya mahkeme tarafından karar verilmişse, bu takdirde mahkeme kararlarına itiraz yolu kapalı olduğundan, ancak son kararla birlikte temyiz yoluna başvurulabilir. Keza, arama kararına karşı kanun yararına bozma yoluna da gidilebilir¹⁶⁶.

¹⁶¹ Amerikan Yüksek Mahkemesinin kararına (Vale v La. (1970))konu olan bir olayda polis şüpheliyi başka bir suçtan dolayı yakalamak üzere evine gelmiştir. Bu sırada uyuşturucu madde sattığı anlaşılan sanıktan mal almak üzere bir başka şahıs evin önüne gelmiştir. Teslimat sırasında polis sanığı evin önünde yakalamıştır. Sanığın üzerinde uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Bunun üzerine polis evin içinde daha başka uyuşturucu madde paketlerinin bulunup bulunmadığını tesbit etmek üzere hakimden karar almadan ve rızaya dayalı da olmaksızın uyuşturucu maddenin saklanmış olduğundan şüphelendiği yerlerde arama yapmıştır. Yüksek Mahkeme verdiği kararda emarelerin yok olabileceğini veya buldukları yerden başka yere götürülebileceğini gösteren olguların olmadığı, bu nedenle hakimden karar almadan arama yapma yetkisinin doğmadığı ve dolayısıyla yapılan aramanın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s.39.

¹⁶² ŞAFAK- BIÇAK, s. 164.

¹⁶³ YAŞAR, s. 325.

¹⁶⁴ ERYILMAZ, s.151.

¹⁶⁵ ERYILMAZ, s.151.

¹⁶⁶ ÖZBEK, Arama, s.163

Nihayet aramaya hâkim tarafından karar verilebilmesi için aramanın CMK m.116 ve devamında düzenlenen şartlara uygun olması gerekir. Gerçekten arama yapılabilmesi için gerekli koşulların bulunmaması halinde hâkim arama kararı verememelidir; verirse bu yasaya aykırı olur. Örneğin, henüz arama için yeterli suç şüphesinin oluşmamış olması gibi¹⁶⁷.

b. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri

Arama işlemi için hâkim kararı olması, bazı haller hariç olmak üzere¹⁶⁸ mutlak bir zorunluluk değildir. Hâkim kararı olmaksızın da arama işlemi yapılması mümkündür. 5271 sayılı CMK'nın 119. maddesine göre, hâkim kararı üzerine veya *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde* cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler¹⁶⁹. Yukarıda açıklandığı üzere Anayasanın 20. ve 21. maddeleri de bunu desteklemektedir.

Adli aramalar bakımından "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*"; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade eder (AÖAY. m.4)¹⁷⁰. Diğer bir deyişle "kolluğun ya da savcının hâkimden karar almasının beklenemeyeceği" bir durum olmalıdır. Aramanın amaçları bakımından bir zarar doğması beklenmiyorsa, yani delillerin karartılması veya şüpheli veya sanığın kaçma tehlikesi bulunmuyorsa gecikmede tehlike de yok demektir. Ancak, böyle bir zarar mümkün ve muhtemel ise gecikmede tehlike vardır. Bu anlamda gecikmede sakıncanın bulunup bulunmadığı hususunda ikincillik ilkesinden de

¹⁶⁷ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 421.

¹⁶⁸ Avukat Bürolarında ve Bilgisayar Program ve kütüklerinde arama kararını **her zaman** hâkim verir.(bkz CMK m.130, 134)

¹⁶⁹ ŞAFAK- BIÇAK, s.164.

¹⁷⁰ **Gecikmesinde sakınca bulunan hal** tabiri , CMK'da tanımlanmamıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4.maddesinde bu deyim, adli ve önleme aramaları için ayrı ayrı açıklanmıştır. Buna göre, **adli aramalarda gecikmesinde sakınca bulunan hal**, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması ihtimalini ifade etmektedir. **Önleme aramaları bakımından**; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade etmektedir.

yararlanılabılır. Devletin suçla mücadelesi bakımından savcıya böyle bir yetki verilmek gerekir. Bu bakımdan gecikmede sakınca olan hallerde savcının arama emri vermesi hususundaki bu hüküm kamu düzenine dayanmaktadır. Bununla birlikte, genellikle arama yapacak olan polis aramayı bir hâkim kararına dayandırabildiği oranda insan haklarına daha saygılı olacağı gibi keyfilikten de uzaklaşmış olacaktır¹⁷¹.

Cumhuriyet savcısı, adlî kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir(CMK m.161/3). Bu kural gereğince bazı yazarlar, “Cumhuriyet savcısı tarafından e-mail ve cep telefonu mesajı gibi şekillerle verilen emirler, arama sona erinceye kadar yazılı hale dönüştürülmelidir”, görüşündedirler¹⁷².

Kanaatimizce, Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile buna paralel olarak 2559 sayılı PVSK’nın 9. ve 5271 sayılı CMK’nın 119. maddesinde yapılan değişiklikler ve her defasında yetkili merciin yazılı emrinin vurgulanması karşısında, hakim kararı gibi, yetkili merciin yani Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin emrinin de mutlaka yazılı olması gerekir¹⁷³.

Buna göre bir suç işlendikten sonra kolluk, şüphelilerin yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi amacıyla, Cumhuriyet savcısına başvuracak, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa Cumhuriyet savcısı yazılı arama emri verecek, gecikmesine sakınca bulunan hal yoksa hâkimden arama kararı alacaktır(AÖAY m. 7). Burada gecikmesinde sakınca bulunan halin takdiri cumhuriyet savcısına ait olup bu prosedüre uygun olmadan yapılan arama da hukuka aykırı olacaktır.

Ancak, suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilmektedir

¹⁷¹ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 425.

¹⁷² GÜLŞEN Recep, **Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**,

www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/139.doc Erişim Tarihi, 12.12.2005.

¹⁷³ Benzer görüş için bkz. ATASOY, s. 144.; ÖZTÜRK-ERDEM ise, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi yetkili merciin yazılı emrinin aranmasının, bırakınız işlenmiş suçlarla mücadeleyi, önleyici kolluk hizmetlerini dahi yapılamaz duruma sokacağını; kolluğun arama yapamamanın sakıncasını gidermek için, aramadan daha ağır bir koruma tedbiri olan yakalama cihetine gidebileceğini savunmuştur (bkz. ÖZTÜRK-ERDEM, s.533-534).

(CMK m. 163). Bu halde, kolluk amir veya memurları re'sen sulh ceza hâkimine başvurarak, arama kararı talep edebilirler¹⁷⁴.

c. Kolluk Amirinin Yazılı Emri

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise *kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabileceği*, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda aramanın, ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği CMK'nın 119/1. maddesinde belirtilmiştir¹⁷⁵. Ayrıca kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir(CMK m.119/1).

Kolluk amirinin verdiği yazılı arama emri üzerine yapılan aramalarının, sadece bazı kişilerin yakalanması ya da delillerin elde edilmesi haline münhasır değil, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, arama sonucunda hiçbir şey elde edilmese dahi tüm arama sonuçlarının Cumhuriyet savcılığına bildirilmesi hükme bağlanmıştır. Bu sayede keyfiliğin önlenmesi sağlanacaktır.¹⁷⁶

Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hâllerde kolluk âmirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen arama ve elkoyma işlemi üzerine; ilgili kolluk görevlilerince neden Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı, Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla arandığını belirten ayrıntılı tutanak düzenlenerek ilgili soruşturma evrakına eklenir(AÖAY m.7/3).

Kolluk âmirlerince konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama kararı verilemez. Sayılan bu yerlerde arama ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle yapılabilir. Ancak 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçlar bakımından, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz(AÖAY m.7/4)¹⁷⁷.

¹⁷⁴ ATASOY, s. 84.

¹⁷⁵ GÜLŞEN, a.g.m.

¹⁷⁶ ÇOLAK, Haluk –TAŞKIN, Mustafa, **Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005, s.381-382.

¹⁷⁷ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 427.

Esasen 5271 sayılı CMK'nın ilk şeklinde kolluk amirinin arama emri verme yetkisi düzenlenmemekteydi. Kanunda 25.5.2005 tarihli ve 5353 sayılı kanunla değişiklik yapılarak kolluk amirinin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına dahi ulaşılamayacak ise *kapalı olmayan alanlarda* arama emri verme yetkisi düzenlenmiştir. Kanun bunu da bir şarta bağlamıştır. Kolluk amirinin arama emri verebilmesi için Cumhuriyet Savcısına ulaşılamaması gerekmektedir. (CMK 119).

Ancak ani gelişen olaylarda kolluk memurunun “kendiliğinden arama” yapma yetkisi CMK da düzenlenmemiştir. Eğer ani gelişen olay “suçüstü¹⁷⁸” ise, kolluğun buna müdahale etmesi ve arama dâhil bütün araştırma işlemlerini yapmasının mümkün olduğunu, “hukuk mantığı” bize doğru olarak söylemektedir, ancak yasalarda açık düzenleme bulunmadığı için, kolluk memurunun olaylara müdahale için tereddüt yaşaması beklenmektedir¹⁷⁹.

Örneğin kolluk bir suç ihbarı üzerine olay yerine gittiğinde şüphelilerin kaçarak, İstanbul'un bir gecekondu mahallesine girip, orada bulunan bir eve girmeleri durumunda ve havanın kararmak üzere olduğu bir durumda kolluk ne yapacaktır?

Burada CMK 117/3. maddedeki durum söz konusudur. Sadece Anayasa ve CMK'ya göre hareket edilecek olursa, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olduğu için, kolluğun Cumhuriyet savcısından yazılı arama emri alması gerekmektedir. Ancak böyle bir prosedürün uygulanması özellikle büyük şehirlerde, örneğimizde İstanbul'da pek mümkün değildir. Karar gelene kadar şüpheliler kaçmış olacaktırlar. KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU'na göre, amirden de “yazılı emir” almaya vakit olmayan böyle durumlarda, suçüstü hali varsa veya AÖAY'nin 8. maddesindeki koşullar oluşmuşsa, memur kendiliğinden arama yapabilir. Bu tür aramaların

¹⁷⁸ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (m.2/j), **suçüstü halinin, 1.** İşlenmekte olan suç, **2.** Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk veya suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç **3.** Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç, ifade ettiği açıklanmıştır.

¹⁷⁹ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, s.949.

elkoyma yapılsın veya yapılmasın 24 saat içinde hâkim onayına sunulması, anayasal emirdir(AY: m. 20)¹⁸⁰.

Kanaatimizce yukarıda örnek olarak verilen olayda, şüphelilerin takibi sırasında girdikleri ev belli ise, CMK 117/3 ve AÖAY 8/1-d maddesi gereğince kolluk arama kararı veya emri almadan doğrudan “şüphelileri yakalamak için arama yapabilecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, kolluğun burada sadece şüpheliyi arama yetkisinin olduğudur. Çünkü Yönetmeliğin 8/1-d maddesinde “.....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 veya yazılı emir gerekmeyeceği belirtilmiştir. Yönetmeliğin bu maddesi gereğince bu gibi hallerde kolluk eşya(suç delili) araması yapamayacaktır.

Anayasamızda “yetkili merciin arama emrini yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması” kuralı yer almaktadır(Any. 20-21). Ancak 5271 sayılı CMK 119’da sadece “kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan aramanın sonuçları Cumhuriyet başsavcılığına derhal bildirilir” denmektedir. Kolluk amirinin veya Cumhuriyet savcısının arama emrinin hakim onayına sunulacağına ilişkin bir hüküm düzenlenmemiştir. Doktrinde “ bu boşluk, anayasanın kendiliğinden uygulanabilecek nitelikteki hükmü ile doldurulmalı ve bu tür emirler derhal hâkim onayına sunulmalıdır” diye görüş belirten yazarlar vardır¹⁸¹.

Ancak kanun koyucu elkoymayı düzenleyen CMK’nın 127.maddesinin 3. fıkrasında(25.5.2005/5353 nolu kanunla değişik) hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin 24 saat içinde hakim onayına sunulacağı belirtmiştir. Kanunun bu açık düzenlemesi karşısında kanaatimizce, eğer kanun koyucu isteseydi, arama işlemi içinde böyle bir değişiklik yapabilirdi. Adli ve Önlleme Aramaları Yönetmeliğinde de bu konuda(m. 7/5) bir düzenleme yapılmadığından dolayı, Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin yazılı emri üzerine yapılan aramaların hakim onayına sunulmasına ihtiyaç yoktur¹⁸².

¹⁸⁰ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s.949.

¹⁸¹ KUNTER- YENİSEY, 2003, s.397.

¹⁸² ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 428.

d. Arama Kararı ve Arama Emrinin Kapsamı

Arama karar veya emrinde; 1) aramanın nedenini oluşturan fiil, 2) aranılacak kişi, 3) aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi yâda eşya, 4) karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilmelidir (CMK'nın 119/2.)¹⁸³. Arama kararında, elkoymak üzere aranan eşyanın ne olduğu da açıkça belirtilmelidir (CMK 119/2-b). Bu yüzden genel nitelikteki arama kararları geçerli değildir¹⁸⁴.

Yönetmeliğin 7. maddesinde kanunda sayılanlara ek olarak “Aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağı”nın da belirtileceği düzenlenmiştir¹⁸⁵. Yönetmelikteki bu düzenleme CMK'nın 119. maddesinde 25.5.2005 tarihinde 5353 sayılı kanunla yapılan değişikliğe binaen yapılmıştır.

5271 sayılı CMK'nın 119/3. maddesinde 5353 sayılı yasayla yapılan değişiklikle “arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda 127. maddenin birinci fıkrası uygulanır” cümlesi metinden çıkarılmıştır. Bu değişiklikle, arama sonucunda gerçekleştirilecek elkoyma işlemine işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır. Böylece, arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda, bunun için ayrıca bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek kalmayacak, arama karar veya emrinde, elkoyma yetkisi de verilebilecektir¹⁸⁶.

2. Diğer Kanunlardaki Düzenlemeler

a. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

"Arama" tedbirinin en önemli uygulamacılarından olan polisin görev, yetki ve sorumluluklarını, çalışma esaslarını düzenleyen temel kanun, Polis Vazife ve

¹⁸³ ŞAHİN, s. 337.

¹⁸⁴ MARRON v. US, 1927 (KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU s.948)

¹⁸⁵ ÖZBEK, yasada düzenlenmiş olmayan ve temel hak ve özgürlüklere müdahaleye yönelik bulunan bu düzenlemenin anayasa ve yasaya aykırı olduğunu, eğer bu isteniyor ise yasada ayrıca düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur. Bkz. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 425.

¹⁸⁶ Değişiklik gerekçesi için bkz. ŞAHİN, s. 338.

Salahiyet Kanunudur (PVSK). Diğer kolluk teşkilatlarının da önleyici ve adli görevlerinde bu kanuna atıflar yapılmaktadır¹⁸⁷.

Polis öncelikle düzeni sağlamak ve korumakla görevli olup, bu düzen bozulduğunda onu geri getirmekte polisin en önemli görevidir. Bu nedenle, polisin fonksiyonları genel olarak, "önleme" ve "düzeltme" faaliyetleri olarak iki başlık altında toplanabilir¹⁸⁸.

Suç olgusu karşısında bu fonksiyonlar, suçun önlenmesini amaçlayan "önleyici kolluk" faaliyetleri ve işlenmiş olan suçun ortaya çıkarılması ile suçun yarattığı bozukluğun giderilmesini amaçlayan "adli kolluk" faaliyetleri şeklinde sınıflandırılabilir¹⁸⁹.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2001 yılında 4709 sayılı yasayla Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde "arama" ile ilgili yapılan değişikliklere paralel olarak gözden geçirilmiş, 03.08.2002 tarihli 4771 sayılı kanunla bu kanunun 9. maddesinde (ve yakalama konusuyla ilgili 13. maddesinde) değişiklik yapılmıştır. 2002 yılında yapılan değişiklikten önce maddenin ikinci fıkrasında polisin, kamu düzenini, anayasal hak ve özgürlükleri korumak bakımından zorunlu ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, il sınırları içinde valinin, ilçe sınırları içinde kaymakamın, somut olay ve gereksinimler için her seferinde vereceği emirle önleme amaçlı arama yapabileceği belirtiliyordu. Vali ve kaymakamın arama emirlerinin yazılı olacağı ancak, ivedi durumlarda sözlü olarak verilen emirlerin en kısa zamanda yazılı hale dönüştürüleceği belirtiliyordu¹⁹⁰.

Değişiklikten önce PVSK'nın 9.maddesinde sadece "önleme araması"na yer verilmişti. Bunun sebebi, o dönemde yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'un 156. maddesinde yer alan "kolluk amir ve memurlarının suçu araştırmak ve gerekli önlemleri almak" mecburiyetinde olduklarına dair hüküm ile yine CMUK'un 95/2-3,

¹⁸⁷ Jandarma Teşkilatı Görev Ve Yetkileri Yönetmeliğinin 24. maddesinde; "Jandarma, emniyet ve asayiş sağlama ve kamu düzenini koruma amacıyla Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda belirtilen gerekli her türlü güvenlik tedbirlerini almaya yetkilidir" hükmü yer almaktadır.

¹⁸⁸ SOKULLU-AKINCI, s. 97

¹⁸⁹ SOKULLU-AKINCI, s. 95- 101.

¹⁹⁰ DÖNMEZER, Sulhi- YENİSEY, Feridun, **Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, AII. 14 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu**, İstanbul, 2003, s. 17.

96/2 ve 97. maddeleri gereğince "adli arama" konusunda kolluğa verilmiş görevlerin ayrıntılı olarak açıklanmış olmasıydı¹⁹¹.

03.08.2002 tarihinde 4771 sayılı kanunun 10. maddesiyle yapılan değişiklikten sonra 2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirildi:

"Polis, 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 tespiti amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle;

A) 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 20 inci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerlerinde

E) Umumi veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde,

F) Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında,

G) Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında,

Suçun önlenmesi amacıyla kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; suç unsurlarına el koyar ve evrakı ile birlikte Cumhuriyet savcılığına tevdi eder.

Ceza Muhakemesi (Usulü) Kanunu ile diğer kanunlara göre suç iz, eser, emare veya delillerinin tespiti veya faillerinin yakalanması amacıyla polis tarafından yapılacak aramalar için de usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak

¹⁹¹ ATASOY, s. 43.

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, diğer kanunlarda yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmalıdır.

5680 sayılı Basın Kanunu kapsamına giren basılı eserlerin arama ve zaptı, genel hükümlere tabidir."

Bu düzenlemeyle, 2001 yılında 4709 sayılı kanunla Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde yapılan değişiklikle getirilen ilkelere paralellik sağlanması hedeflenmiştir¹⁹².

Değişiklikle, adli ve önleme araması ayrı ayrı işlenmiş, aramada "yazılılık" ilkesi kabul edilmiştir. 03.08.2002 tarihinde PVSK da yapılan bu değişikliğe rağmen, yazılılık kuralına istisnalar tanıyan ve bu yönüyle aksi hükümler içeren 1412 sayılı CMUK bu konuda hiçbir değişikliğe uğramadan 01.06.2005 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Ancak, Anayasa ve PVSK'da ki değişikliklerin bir sonucu olarak, 1412 sayılı CMUK'un aramaya ilişkin hükümlerinin de zımnen değiştiği kabul edilmiş, özellikle 24.05.2003 tarih ve 25117 sayılı resmi gazetede yayınlanan "Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği" (AÖAY) ile "yazılılık kuralı" pratikte uygulanmıştır¹⁹³.

Dokuzuncu maddenin birinci fıkrasında tanımlanan önleme amaçlı arama (değişiklikten önce olduğu gibi), konut ve diğer kapalı alanlar dışında kalan, "kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyasının" aranması işlemlerini kapsamakta olup, kolluğun "önleme amaçlı" olarak konutlara, işyerlerine, üniversite binalarına ve bunların eklentilerine girebilmesinin istisnai şartları kanununun 20. maddesinde gösterilmiştir¹⁹⁴.

PVSK'nın 20. maddesinde; "Zabita, imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir.

Zabita aşağıda yazılı hallerde üniversite, bağımsız fakülte veya üniversiteye bağlı kurumların binalarına veya bunların eklerine girebilir.

¹⁹² ATASOY, s. 44.

¹⁹³ YENİSEY, Feridun, "Aksaray Polis MYO. Kon.", **Avrupa Birliği Uyum Yasaları Çerçevesinde Değişen Yasalar ve Arama**, C III. 4, İstanbul, 2004, s. 15.

¹⁹⁴ CİHAN- YENİSEY, s. 267.

A) Üniversite binaları veya ekleri içinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeıen olayların çıkması ihtimali karşısında rektör, acele hallerde de dekan

veya bağılı kuruluş yetkililerinin zabıadan yardım talep etmeleri halinde,

B) Herhangi bir davet veya izne bağılı olmaksızın suç ve suçluların kovuşturulması için her zaman,

Fıkranın (A) bendinde gösterilen hallerde talep derhal yerine getirilir,

İlgili kurumlar kovuşturma dolayısıyla zabıta kuvvetlerine gereken her türlü yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdürler" hükmü yer almaktadır.

PVSK' da hâkim kararı ve yetkili merciin yazılı emri olmaksızın arama yapılabileceğı tek istisnai durum, yukarıda açıklandığı üzere 20. maddenin birinci fıkrasında belirtilen "imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebileceğine" dair haldir. Kanuna göre bu halde herhangi bir izin gerekmeksizin kolluk görevlileri tehlikenin önlenmesi için belirtilen kapalı yerlere girerek, gerekli araştırmayı yapmak ve gereken önlemleri almak zorundadırlar. Kolluk memuru, içeri girdikten sonra suç işleyenleri yakalamak üzerlerini, özel kâğıtlarını ve eşyalarını aramak, suçun delillerini ele geçirip muhafaza etmek ve gereken diğere tüm tedbirleri yerine getirmek durumundadır¹⁹⁵.

b. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu

Kanunda arama konusunda açık bir hüküm yok ise de bu kanuna dayanılarak çıkarılan Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmeliğın¹⁹⁶ 31 vd. ile 113 vd. maddelerinde jandarmaya arama yapma yetkisi verilmiştir. Ancak, Yönetmeliğın 31. vd. maddelerinin önleyici nitelikte arama tedbirini düzenlediğı görülür.

¹⁹⁵ KUNTER- YENİSEY, 2003, s. 670.

¹⁹⁶ RG.17.12.1983 – 18254.

"Jandarmanın Adli Göreve İlişkin Arama Yetkisi" başlığını taşıyan 113.m.si aynı zamanda aramanın tanımını da vererek ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir(JTG YY. m. 113/1)¹⁹⁷.

Arama kararlarının alınma yöntemi, yönetmeliğin 114. maddesinde, konut, işyeri ve eklentileriyle diğer kapalı yerlerin aranmasındaki usul ve esaslar ise yönetmeliğin 115. maddesinde düzenlenmiştir.

c. 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2301 sayılı Kanunla 19.9.1980'de değiştirilen 3.maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi Sıkıyönetim Komutanının "Konutları ve her türlü dernek, siyasi parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binalar, işyerleri ile özel ve tüzel kişilikleri haiz (özerk müesseseler dahil) müesseseler ve bunlara ait müştemilat ve her türlü kapalı ve açık yerleri ... ve kişilerin üzerlerini herhangi bir müracaat, talep ve karara lüzum olmaksızın aramak...."

¹⁹⁷ **Madde 113** – “Jandarmanın, adli göreve ilişkin olarak, kanun ve nizamlar çerçevesinde yapacağı aramalar; şüphelinin, sanığın ve delil olabilecek ya da zoralm konusu eşyaların elde edilmesi için yürütülen araştırma faaliyetleridir.

Bu amaçla; bir suç işlemek, suç ortağı ya da yataklık etmek, şüphesi altında bulunan kimselerin üzerlerinde, konut ve işyerleriyle bu niteliği taşımayan diğer kapalı yerlerinde arama yapılabilir.

Ayrıca yukarıda belirtilen kimseler dışındakilerin üzerleri, konut ve işyerleriyle, bu niteliği taşımayan diğer kapalı yerlerinde de arama yapılabilir. Ancak bu durumda arama yapılabilmesi; aranmakta olan şüpheli ya da sanığın, suçla ilgili iz ve delillerin, belirtilen yerlerde ya da kimselerde bulunduğu kuşkusunu uyandıran ve başka türlü düşünme olanağı bırakmayan olayların varlığına bağlıdır. Sanıkların içinde tutulduğu ya da kovalanırken girdiği yerler ile genel güvenlik gözetimi altında bulunan bir kimsenin oturduğu yerlerin aranması durumunda böyle bir sınırlandırma söz konusu değildir.

Arama gündüz ve hakim kararıyla yapılır. Ancak aşağıdaki durum ve yerlerde hakim kararına gerek olmadan ve gece de arama yapılabilir:

- a. Meşhut cürüm sırasında,
- b. Gecikmede sakınca bulunan durumlarda,
- c. Kaçmış olan bir tutuklu ya da hükümlünün girdiği ya da saklandığı yerlerde,
- d. Genel güvenlik gözetimi altında bulunanların konut ve işyerleriyle eklentileri ve bunlara ait diğer kapalı yerlerde,
- e. Gece herkesin girip, çıkabileceği yerlerde,
- f. Hükümlülerin toplanma, sığınma ya da suç sonucu elde ettikleri eşyayı sakladıkları yer olarak bilinen yerlerde,
- g. Gizli kumar yeri olarak kolluk tarafından bilinen ya da genelevler gibi kolluk tarafından tanınan diğer yerlerde,

Aramanın gündüz yapılması, aramaya gündüz başlanmış olması demektir. Gündüz başlanan aramalar gece de sürdürülebilir.

Gece vakti, güneşin batışından bir saat sonra başlayan ve güneşin doğuşundan bir saat önceye kadar süren zamandır”.

yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Görüldüğü üzere yasa, getirdiği bu düzenleme ile Sıkıyönetim komutanını son derece geniş bir yetki ile donatmıştır¹⁹⁸.

d. 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu da "Tedbirler" başlığını taşıyan 11. maddesinin c bendinde "kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına elkoymak" tedbirinden söz etmektedir Aynı yasanın "Olağanüstü Halin Uygulanması" başlığını taşıyan 14 maddesi ise, olağanüstü halin uygulanmasında görev ve yetkinin il valisine veya bölge valisine ait olduğunu ve gerekli işlemlerin onlarca yürütüleceğini söylemektedir. O halde, yasanın ilgili maddesinde söz edilen arama tedbiri adı geçen valinin emri ile gerçekleştirilecektir¹⁹⁹.

e. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu

213 sayılı Vergi Usul Kanunu 142-147. maddeleri arasında aramaya ilişkin ve fakat kendine özgü oldukça ayrıntılı hükümler getirmiştir. Buna göre, bir yükümlünün vergi kaçırdığını gösteren deliller bulunması durumunda, bu yükümlü yada onunla iştirak halinde bulunduğu belirlenen diğer kişilerin iş yerlerinde, evlerinde ve üzerlerinde vergi kaybı ve vergi suçuna ilişkin delillerin toplanması amacıyla arama yapılabilir. Aramanın yapılabilmesi için vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların buna lüzum göstermesi ve gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh hakiminden istemde bulunması ve nihayet sulh hakiminin istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi gerekir(VUK m. 142) Vergi Usul Kanunu'nda açıkça yazılı olmayan hallerde CMK'nun aramaya ilişkin hükümleri uygulanır(VUK m.147)²⁰⁰.

¹⁹⁸ Sıkıyönetim zamanında ülkenin veya o bölgenin içinde bulunduğu durumun böyle bir düzenlemeyi mazur göstereceği düşünülebilir. Ancak, sıkıyönetim hali de anayasal bir kurum olarak hukuk devleti ilkesine bağlı kalmak durumundadır. Hiç bir talep ve karara gerek olmaksızın Sıkıyönetim Komutanına arama karar vermek yetkisinin tanınması amacı aşan boyutlarda olup, her zaman keyfiliğe yol açabilir. Şayet böyle bir yetki verilmek isteniyorsa bunun sınırları net bir şekilde çizilmelidir.(ÖZBEK, Arama, s. 78)

¹⁹⁹ ÖZBEK, Arama, s. 78.

²⁰⁰ ÖZBEK, Arama, s. 82; KIRBAŞ, Sadık, **Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Ankara 1992, s. 137; ŞAFAK-BIÇAK, s. 176.

f. 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu

19.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 1. maddesinde, kanunun amacı "kaçakçılık suçları ile cezalarını ve kaçakçılığı önleme, izleme, soruşturma, yargılama usul ve esaslarını belirlemek" şeklinde açıklanmıştır.

Kanunun 16. maddesinde ise, bu kanunu uygulamakla görevli olanlar "mülki amirler, gümrük ve gümrük muhafaza amir ve memurları, emniyet, jandarma ve sahil güvenlik komutanlığına bağlı personel" şeklinde sayılmıştır.

Kanunun "aramalar" başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrasında, 16. madde de sayılan mülki amirler, gümrük ve gümrük muhafaza amir ve memurları, emniyet, jandarma ve sahil güvenlik komutanlığına bağlı personelinin arama yapmaya da yetkili oldukları belirtilmiş, maddenin ikinci fıkrasında, kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphesi altında olan her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda arama yapılabileceği belirtilmiştir²⁰¹.

17. maddenin 6. fıkrasında, gümrük salonlarında ve gümrük kapılarında kaçak eşya saklandığından şüphelenilen kişilerin üzerlerinin, gümrük görevlilerince aranabileceği belirtilmektedir. Maddenin 2. ve 6. maddeleri kaçakçılığın önlenmesi için arama karar veya iznine gerek olmaksızın, önleme amaçlı aramaları kapsamaktadır. Bu aramaların, gece veya gündüz yapılması arasında da bir fark yoktur.

17. maddenin üçüncü fıkrasında "ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile bunların eklentilerinde" kaçakçılık suçlarının önlenmesi amacıyla yapılan arama işlemleri için Anayasanın 20. maddesindeki normlara paralel bir düzenleme yapılmıştır. Bu gibi yerlerde; usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya bu sebebe bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise o yerin en büyük mülki

²⁰¹ ŞAFAK- BIÇAK, 179; ATASOY, s. 51.

amirinin veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile özel konut ve eklentilerinde ise ancak hâkim kararı ile arama yapılabileceği belirtilmiştir²⁰².

Bu fıkrada, Anayasanın 20 ve 21. maddelerindeki düzenlemelere uygun olarak arama için yazılılık kuralı getirilmiştir. Bunun yanında, PVSK'nın 9/1. maddesinden farklı bir uygulamayla, Cumhuriyet savcısına da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde önleme amaçlı arama izni verme yetkisi tanınmıştır. Oysa PVSK'nın 9/1. maddesinde tanımlanan önleme aramasında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, hâkimden arama kararı alınamıyor ise o yerin en büyük mülki idare amirinin arama yapılması için yazılı emir verebileceği belirtilmekte, bu konuda Cumhuriyet savcısı veya başka bir mercie yetki verilmemektedir. Bu kanunda Cumhuriyet savcısına tanınan bu yetki, ancak talep halinde kullanılabilir bir yetkidir. Kolluk, kaçakçılığın önlenmesi amacıyla arama yapma ihtiyacını duyduğunda, Cumhuriyet savcısına talepte bulunabilecektir. Ancak bu halde, Cumhuriyet savcısı gecikmesinde sakınca bulunan bir hal görürse önleme araması yapılması hususunda yazılı emir verebilecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında Cumhuriyet savcısı ve hakimlerin, adli aramaya ilişkin yetkileri saklıdır. 4926 sayılı Kanunun 17/7. maddesinde; “Hâkim veya Cumhuriyet savcıları ile bunların emirlerini yerine getirmekle görevli kolluk güçleri hakkında Ceza Muhakemeleri (Usulü) Kanunundaki yetkiler saklıdır” denilmekle, kaçakçılık suçunun işlendiğine dair makul şüphenin bulunması halinde, CMK kapsamında adli arama yapılabileceği hatırlatılmıştır. Burada hatırlatmadan söz ediyoruz, çünkü bu kanunda esas olarak düzenlenmesi hedeflenen aramalar, suçun önlenmesi amacıyla gerçekleştirilecek önleme aramalarıdır. Bu kanunda yer almasa bile CMK kapsamında adli aramalar ile ilgili hükümler uygulanacaktır²⁰³.

²⁰² ERYILMAZ, s. 167.

²⁰³ MALKOÇ- YÜKSEKTEPE, Açılımlar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 305.

g. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun²⁰⁴ un“arama” başlıklı 36. maddesinde ceza infaz kurumlarında hükümlülerin üst ve eşyalarında nasıl ve ne zaman arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre;

“Kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir”.

Bu kanun gereğince yapılan aramayı özel bir önleme araması olarak değerlendirebiliriz. Kanundaki arama işlemi yasal zorunluluktan kaynaklandığı için, hakim kararı veya yetkili merciin yazılı emri şartına bağlı değildir.

h. 6831 Sayılı Orman Kanunu

6831 sayılı Orman Kanununda “arama” 88. madde de düzenlenmiş ve bu kanundaki aramalar için Ceza Muhakemeleri (Usulü) Kanuna atıf yapmıştır. Bu göre:

“Orman suçlarından mütevellit aramayı icabettiren haller, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 97 nci maddesinde yazılı tehirinde mazarrat umulan hallerden sayılır ve bu aramaları orman memurları aynı madde hükmüne tevfikan yaparlar.”

1 Haziran 2005’ te yürürlükten kalkan 1412 sayılı CMUK’un 97. maddesinin karşılığı 5271 sayılı CMK’nın 119. maddesidir. 1412 sayılı CMUK’ta istisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ve onun yardımcısı sıfatıyla kolluk da arama yapabiliyordu²⁰⁵. Ancak 5271 sayılı CMK nın yürürlüğe girmesiyle kolluğun kendiliğinden arama yetkisi elinden alınmıştır²⁰⁶.

6831 sayılı orman Kanununun 88. maddesini 5271 sayılı CMK’ya uyarladığımızda; herhangi bir orman suçu ile karşılaşan orman memurları Cumhuriyet savcısına durumu bildirecekler, Cumhuriyet savcısı da Orman Kanunu

²⁰⁴ 01.06.2005 tarihinde 5275 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle, 647 sayılı İnfaz Kanunu yürürlükten kalkmıştır.

²⁰⁵ KUBİLAY, Taşdemir- ÖZKEPİR, Ramazan, **Açıklamalı- İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu**, Ankara, 2002, s. 225.; TOROSLU, s. 225.

²⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Tez, VII. 2-a, s. 30 vd.

gereği orman suçları gecikmesinde sakınca bulunan hallerden sayıldığından CMK 119. maddesine uygun olarak arama için yazılı emir verecektir. Bu yazılı emir üzerine orman memurları arama işlemini gerçekleştireceklerdir.

1. 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun “arama” yı düzenleyen 66. maddesi 1982 Anayasasının 20 ve 21. maddelerinde 2001 yılında yapılan değişikliğe paralel olarak 22.01.2004 tarih ve 5078 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır²⁰⁷.

5078 sayılı yasa ile 66. madde de yapılan değişiklikten sonra, aramaya ve zapta (elkoymaya) karar verme yetkisinin; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, askeri mahkemeye ait olduğu, bu sebeplere bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise askeri savcılar, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askeri kurum amirleri ve bunların verecekleri yazılı emir üzerine diğer askeri makamların arama ve elkoyma işlemi yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Ayrıca yeni düzenlemede, arama ve elkoyma işlemlerinin yirmi dört saat içinde yetkili askeri mahkemenin onayına sunulacağı, askeri mahkemenin kararını, arama ve elkoyma işleminden itibaren kırk sekiz saat içinde açıklayacağı; aksi halde, elkoymanın kendiliğinden kalkacağı belirtilmektedir.

²⁰⁷ **Madde 66** – “Aramaya ve zapta karar verme yetkisi; 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, askerî mahkemeye aittir.

Yukarıda belirtilen sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî savcılar, teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amirleri ve bunların verecekleri yazılı emir üzerine diğer askerî makamlar da arama ve zapt işlemi yapabilirler. Arama ve zapt işlemleri, yirmidört saat içinde yetkili askerî mahkemenin onayına sunulur. Askerî mahkeme, kararını arama ve zapt işleminden itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, zapt kendiliğinden kalkar.

Askerî mahallerde yapılacak arama ve zapttan o yerdeki askerî birlik komutanı veya kurum amiri haberdar edilir.

Askerî mahkemenin onayına sunulmayan arama ve zapt işlemleri hakkında, aleyhine arama ve zapt işlemi yapılan kimse, askerî mahkemeden her zaman bu hususta bir karar verilmesini isteyebilir.

Yukarıdaki fıkralara göre verilecek kararlara karşı yedi gün içinde en yakın askerî mahkemeye itiraz edilebilir.”

Bu değişiklik ile arama için yazılılık kuralı ve mahkeme kararı olmadan yapılan aramalarda el konulan şeyler için arama kararının mahkeme onayına sunulması şartı getirilerek, anayasaya uyum sağlanmıştır²⁰⁸.

i. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği

2001 yılında Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişikliklere paralel olarak birçok kanunda değişiklik yapılmasına rağmen, o tarihlerde yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'un arama ile ilgili hükümlerinde bir değişiklik yapılmamış, bu eksikliği gidermek için 24.05.2003 tarihli Adli ve Önleme Aramaları yönetmeliği çıkarılmıştır²⁰⁹.

Bu yönetmelikle kanunda “arama” ile ilgili olarak açıklanması gereken haller açıklanmakla birlikte birçok tanıma da yer verilmişti. Yönetmelikle hukuk sistemimize giren “rıza ile arama” müessesesinin, Danıştay 10. Dairesinin 21.11.2003 tarih ve 2003/3396 esas sayılı kararıyla yürütmesi durdurulmuştu. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış yetkili merciin yazılı emri olmaksızın, kişinin rızası ile arama yapılabilirdi.

Danıştay 10. dairesi kararına gerekçe olarak; “Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı” hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen “rıza ile arama müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz hale getireceği” gösterilmişti²¹⁰.

Ancak Danıştay 10. Dairesinin yürütmeyi durdurma kararı ile askıda olan “rıza ile arama müessesesi”, 1 Haziran 2005 te yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “mağdurun rızasını²¹¹” düzenlemesiyle ve bunun üzerine çıkartılan ve

²⁰⁸ ATASOY, s. 49.

²⁰⁹ RG., S. 25117, T. 24/05/2003.

²¹⁰ EROL, s. 234.

²¹¹ **Madde 26 -** (1) “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. (2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”.

önceki yönetmeliği mülga eden AÖAY'nde de rıza ile aramaya yer verilmesiyle tekrar uygulanmaya başlandı²¹².

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde, adli ve önleme aramalarının(m.5-18), makul şüphenin(m.6), gecikmesinde sakınca bulunan halin(m. 4) yanı sıra birçok tanıma yer verilmiş, adli arama 5 ile17. maddeler arasında; önleme aramaları ise 18 ile 26. maddeler arasında düzenlenmiş, 27 ve devamı maddelerde ise arama yöntemleri ve usulü düzenlenmiştir. Bu konular ilerde konu başlıkları altında incelenecektir.

Yönetmeliğin en dikkat çekici maddesi, “Karar alınmadan yapılacak arama” başlıklı 8. maddesidir. Çünkü Danıştay 10. Dairesi, 19.01.2006 tarihinde 8. maddenin (a) bendinin ve (f) bendindeki “ilgilinin rızası” ve 30. maddenin ilk fıkrasının yürütmesini durdurmuştur²¹³.

Yönetmeliğin 8. maddesinin (a) fıkrasında yer alan "hakkında tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçağın *yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada*" hakim kararı alınmasına gerek olmadığına dair hüküm ile bunun uzantısı olan "haklarında gıyabî tutuklama, tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için" konutta yapılacak aramalarda ayrıca arama kararı alınmasına gerek olmadığına dair yönetmeliğin 30. maddesinin ilk fıkrasının da yürütmesi durdurulmuştur.

Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin özlerini dokunulmaksızın yine Anayasa'da belirtilen özel nedenlerle kısıtlanacağına ilişkin hükme dikkat çekilen kararda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 119. maddesinde , adli aramalar yönünden Anayasa'da sözü edilen “yetkili merci” kavramının içinin doldurulduğu ve ayrıca arama kararı ve yazılı emirde bulunması gereken hususlara ve aramaların yapılma şekline açıklık getirildiği ifade edilmiştir..

²¹² YENİSEY-KUNTER- NUHOĞLU, s. 944.

²¹³T.C. Danıştay Onuncu Daire, E. 2005/6392, T. 19.01.2006, Yürütmeyi Durdurma Kararı. (YALVAÇ, Gürsel, **TCK, CMK CGTİK ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 2006, s. 692)

Hakim kararı ve yetkili merciin yazılı emri olmadan yapılacak aramanın tek istisnasının kolluk tarafından yakalanan kişinin, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak olan üst aramasının oluşturduğuna işaret edilen kararda, ayrıca:

“Hakkında yakalama emri düzenlenen, tutuklama kararı verilen veya zorla getirilmesi kararı bulunan kişilerin aranmaları ile ilgili özel ve istisnai bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasından, bu durumdaki şüpheli ve sanığın aranmasında da anılan Yasanın 119. maddesindeki hükümlerin uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı verilmesi Anayasa'nın 19. maddesi ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili, şüpheli ve sanığın aranması ise, Anayasa'nın 20. ve 21. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile ilgili bir konudur. Bir kişinin, Anayasa'da sayılan sebeplere bağlı olarak hürriyetinin kısıtlanması, bu kişinin, Anayasa'nın 20. ve 21. maddesi ile güvence altına alınan haklardan ve bu haklarla ilgili güvencelerden mahrum edilebileceği anlamına gelmemektedir”, denilmiştir.

Kararın, Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendi ile ilgili kısmında:

Gerek 1982 Anayasasında gerek CMK'da özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esasının benimsendiği ifade edilmiştir.

Ayrıca Anayasa'nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan 'özel hayatın gizliliği' ve 'konut dokunulmazlığı' hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen 'rıza' müessesesinin bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açıktır. Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki “ilgilinin rızası”... ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır²¹⁴,

²¹⁴ T.C. Danıştay Onuncu Daire, E. 2005/6392, T. 19.01.2006, Yürütmeyi Durdurma Kararı.(Karar, Danıştay 10. Daire Mahkeme kaleminden temin edilmiştir).

denilmiştir. Bu konuyla ilgili geniş açıklama ve eleştiri ilerde “arama kararı olmadan yapılan aramalar” başlığı altında yapılacaktır.

C. KİŞİ BAKIMINDAN ŞARTLAR

Adli arama, şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilen bir koruma tedbiri olduğu gibi, koşulları oluştuğunda, bu kategoriye girmeyen diğer kişiler hakkında da uygulanabilir(CMK m.116 ve m.117). Bu manada, adli aramaya maruz kalacak kişiler şüphelilerle, bunun dışında kalan herkeştir²¹⁵.

1. Şüpheli ve Sanık Hakkında Arama

5271 sayılı CMK'nın 2. maddesine göre şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi ifade eder²¹⁶. Adli aramaya, soruşturma safhasında şüpheli, kovuşturma safhasında ise sanık hakkında, "yakalama, suç delillerinin tespiti ve müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi" amacıyla başvurulabilecektir. (CMK m. 116)²¹⁷.

2. Diğer Kişiler Hakkında Arama

Şüpheli, sanık veya hükümlünün yakalanabilmesi yâda suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m. 117/1)²¹⁸.

Suçla ilgisi olmayan kişiler hakkında arama tedbirine başvurulabilmesi için, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların var olması gereklidir²¹⁹.

Suçla ilgisi olmayan kişi; "suçu işlemeyen, suça iştirak etmeyen, suçun işlenmesine yardım etmemiş olan, suçun işlenmesinden sonra faile yardım etmemiş olan, muhakemeye engel olmamış olan, hükmün infazını akamete uğratmamış olan,

²¹⁵ ÖZTÜRK- ERDEM- ÖZBEK, s. 643.

²¹⁶ **Soruşturma:** Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, **Kovuşturma:** İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder(bkz. CMK m. 2)

²¹⁷ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 411

²¹⁸ CENTEL- ZAFER, 2005, s. 293.

²¹⁹ EROL, s. 238; YAŞAR, s. 505.

suç eşyasını satın almamış olan veya saklamayan" kişidir²²⁰. Bu kritere uymayan kişiye yönelik arama, diğer kişilerle ilgili arama (CMK m.l 17/1) işlemi olmayacak, şüpheliyle ilgili arama (CMK m.l 16) işlemi olacaktır.

3. Hukuki Statü ve Görevleri Bakımından Haklarında Özel Arama Usulleri Uygulanan Kişiler

a. Cumhurbaşkanı

1982 Anayasanın 105. maddesi gereğince vatana ihanet suçu dışında, Cumhurbaşkanının görevinden kaynaklanan suçları sebebiyle cezai sorumluluğu yoktur. Bu nedenle, rüşvet, zimmet gibi iddialarla Cumhurbaşkanı hakkında ceza davası açılamaz. Cumhurbaşkanı görevinden kaynaklanan işlerden dolayı sorumsuz olduğuna göre, aranması da mümkün değildir²²¹.

Anayasada açık bir hüküm bulunmadığı için, Cumhurbaşkanının şahsi suçlarından dolayı cezai sorumluluğu olduğu ileri sürenler olduğu gibi²²², Cumhurbaşkanının sahip olduğu şahsiyetin ulusal önemi nedeniyle, şahsi suçlarından dolayı da ceza soruşturmasına maruz kalması mümkün olmadığını da ileri süren yazarlar vardır²²³.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin 5237 sayılı TCK'nun 24 ila 34. maddelerinde sayılması, Cumhurbaşkanlığı sıfatının bunlar içinde yer almaması ve Anayasada da bu konuda bir hüküm olmaması karşısında, kanaatimizce Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı cezai sorumluluğu olmalıdır. Ancak Cumhurbaşkanının şahsiyetinin ulusal önemi nedeniyle, görev süresince, aynı milletvekillerinde olduğu gibi (AY. m. 83), yargılanmamalıdır.

b. Diplomatik Dokunulmazlığı Olanlar

Diplomatlar hakkında arama işlemi yapılması 1961 tarihli "Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi"nin 29. Maddesi ile engellenmiş bulunmaktadır. Büyükelçi, maslahatgüzar, sefaret müsteşarı, kâtipleri, ataşeleri,

²²⁰ ERYILMAZ, a.g.e, s. 145

²²¹ ÖZBEK, Arama, s. 89.

²²² BAKICI, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması, s. 752.

²²³ ÖZBEK, Arama, s. 88.

bunların yardımcıları, elçilik din görevlisi, doktoru, hukuk müşaviri, mütercimler, evrak memurları ve bunların eşleri ve beraber yaşadıkları çocukları diplomatik dokunulmazlık kapsamında bulunmaktadır. Bu kişiler hakkında arama işlemi yapılamaz. Ancak, elçilikte çalışan mürebbiye (eğitmen), hizmetçi, garson, kavas, kapıcı, uşak, bahçıvan şoför, aşçı gibi kişilerin diplomatik dokunulmazlıkları bulunmamaktadır²²⁴.

c. Yasama Dokunulmazlığına Sahip Olanlar

Milletvekilleri ve TBMM'ye dışardan atanan bakanlar yasama dokunulmazlığına sahiptir.(AY. m.112/son). Yasama dokunulmazlığı ise mutlak dokunulmazlık (sorumsuzluk) ve muvakkat (nisbi) dokunulmazlık olmak üzere ikiye ayrılır. Burada, yasama dokunulmazlığının ne olduğu üstünde durulacak değildir²²⁵. Mutlak dokunulmazlığın konumuzla ilgisi bulunmamaktadır. Bu açıdan burada sadece muvakkat dokunulmazlık konusuna değinilecektir.

Muvakkat dokunulmazlığa ilişkin Anayasanın 83/2.m.sine göre seçimden önce veya sonra işlediği ileri sürülen bir suçtan dolayı meclis kararı olmadan milletvekili; tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Anayasanın saydığı bu işlemlerin sınırlayıcı olduğu kabul edilmelidir. Zira Anayasa diğer tedbirleri de kastetseydi bunu da belirtirdi. O halde, milletvekillerinin aranması mümkün olmak gerekir. Öte yandan yasama dokunulmazlığının bir yargılama şartı olduğu göz önünde tutulduğunda burada yapılamayan yargılama olup, bu kişiler hakkında dava açılması mümkündür. O halde hazırlık soruşturmasının gerektirdiği tedbirler ve bu arada anayasada sayılanlar hariç koruma tedbirlerine başvurulabilir²²⁶.

d. Avukatlar

Avukatlar hakkında arama işlemi yapılabilmesi, 2001 yılında 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58. Maddesinde yapılan değişiklik ile mümkün olmaktan çıkmıştır. “Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer

²²⁴ ŞAFAK- BIÇAK, s. 166.; ÖZBEK, Arama, s. 90.: CENTEL- ZAFER, 2005, s. 64-66.

²²⁵ Yasama Dokunulmazlığı için bkz. ÖZBUDUN, s. 251.

²²⁶ ÖZBEK, Arama, s. 88- 89.

Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranmaz.” Avukat bürolarında arama 5271 sayılı CMK 130. maddesinde ve AÖAY’nin 13. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir, bu konuya ilerde değinilecektir. Avukatların üzerleri ise ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri haricinde aranmaz.

1136 sayılı kanunun 58. maddesi gereğince, avukatın konutunda mesleğinden kaynaklanan bir soruşturma nedeniyle mahkeme kararı olmaksızın arama yapılamayacak ise de, mesleğinden kaynaklanmayan kişisel bir suçu nedeniyle veya başkasının işlediği bir suç nedeniyle (CMK m. 117 kapsamında) yürütülen soruşturmada, arama işlemine başvurulması genel hükümlere tabidir. Bu durumda CMK’nun 119/1. maddesi gereğince, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile avukatın konutunda, aracında veya diğer mahallerinde arama yapılabilir. Ancak, 1136. sayılı kanunun 58/1. maddesinde belirtildiği üzere, avukatların üzerleri ağır cezayı gerektiren suçüstü hali dışında aranamayacaktır²²⁷.

e. Yargı Mensupları

Hakimler ve Savcılar hakkında adli arama işlemi yapılamayacağı 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 88. maddesinde hükme bağlanmıştır. 2802 sayılı kanunun 88. maddesi gereğince, ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri (5235 sk. m.12)²²⁸ dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranmaz, sorguya çekilemezler. Bu hükümlere aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet savcılığı

²²⁷ ATASOY, s. 127-128.

²²⁸ **Madde 12 -** (Değişik madde: 31/03/2005 - 5328 S.K./10.mad) Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m.204/2) , nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili **dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.**

tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır²²⁹.

Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri hakkında da adli arama işlemi yapılması Yargıtay Kanunu, Danıştay Kanunu ve Anayasa Mahkemesi Kanunu hükümleri ile engellenmiştir. Ancak bu düzenlemeler yüksek yargı başkan ve üyeleri hakkında idari nitelikli önleyici arama işlemi yapılmasına engel oluşturmaz²³⁰.

f. Noterler

1512 sayılı Noterlik Kanununun 153. maddesi gereğince; noterlerin, görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.

Dikkat edilecek olursa, Avukatlık Kanununda (m. 58) avukatlar hakkında görevleri nedeniyle "soruşturma" yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlandığı halde, noterler hakkında sadece, "kovuşturma" yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlanmıştır. Bu nedenle, soruşturma işlemleri bakımından noterler hakkında bir kısıtlama söz konusu olmadığından, noterler hakkında mesleklerinden kaynaklanan bir soruşturma sırasında genel hükümlere göre arama tedbirine başvurulabilecektir²³¹.

4. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA ARAMA

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 47. maddesi gereğince; Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülümlenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. 52. maddeye göre de, tüzel kişilerin iradesi organları aracılığı ile açıklanır.

Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu anlaşılış, Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsîliği kuralının bir

²²⁹ MALKOÇ- YÜKSEKTEPE, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 305

²³⁰ ŞAFAK- BIÇAK, s. 166-167.

²³¹ ATASOY, s. 130.

gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir²³². Bu nedenle şüpheli veya sanık olamazlar. Tüzel kişiler organları vasıtasıyla faaliyette bulduklarından cezai sorumluluk bu organları oluşturan gerçek kişilere aittir(TMK m.50/3). Bu bağlamda tüzel kişiler aranabilir; ancak sanık sıfatıyla aranamazlar. Bu yerlerde yapılacak aramada, aramaya maruz kalan şüpheli veya sanık sıfatına sahip gerçek kişilerdir²³³.

Burada üzerinde durulacak olan husus, tüzel kişilere ait bina ve müstemilatında yapılacak olan aramadır. Tüzel kişiler de, mevzuatımızdaki özel düzenlemeler saklı kalmak ve aksine bir hüküm bulunmamak koşuluyla, ancak CMK 116 vd.(CMUK 94) maddeleri çerçevesinde aranabilir²³⁴.

a. Derneklerde Arama

5253 sayılı Dernekler Kanununun²³⁵ 20. maddesine göre; "kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülki idare amirinin yazılı emri bulunmadıkça kolluk kuvvetleri dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz. Mülki idare amirinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. Hâkim kararı, mülki idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur"

AÖAY'nin 22. maddesinde aynı hüküm tekrarlanmıştır. Bu hüküm nedeniyle, derneklere arama yapmak amacıyla girilebilmesi ve buradaki eşyaya konulabilmesi için mutlaka hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki idare amirinin yazılı emrinin bulunması gereklidir. Bu kanunda ayrıca, hâkimin vereceği kararın dernek yöneticilerine, mülki idare amiri tarafından yazılı olarak duyurulması zorunluluğu getirilmiştir²³⁶.

²³² Bkz. 5237 sayılı TCK'nın 20. maddesinin gerekçesi(Bakıcı, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s. 263).

²³³ ÖZBEK, Arama, s. 94.

²³⁴ ÖZBEK, Arama, s. 152.

²³⁵ RG. T. 23.11.2004, S. 25649.

²³⁶ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 405.

Dernekler umuma kapalı yerler olup, dernek lokallerinin üyeleri dışında umuma açıldığına veya dernek tüzüğünde açıklanan amaçlara aykırı faaliyetlerde bulunduğuna dair tespitler yapılması halinde, PVSK'nın 8. maddesi uyarınca o yerin en büyük mülki amiri tarafından otuz günü geçmemek üzere faaliyetten men edilebilirler. Bu yönden dernekler idari denetime tabidirler. 5253 sayılı Dernekler Kanununun 19. maddesinde; "gerekli görülen hallerde, derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaçlar doğrultusunda faaliyet gösterip göstermedikleri, defterlerini ve kayıtlarını mevzuata uygun olarak tutup tutmadıkları İçişleri Bakanı veya mülki idare amiri tarafından denetletilebilir. Bu denetimlerde kolluk kuvveti mensupları görevlendirilemez. İçişleri Bakanlığı ve mülki idare amirlerinin yapacağı denetimler mesai saatleri içerisinde yapılır. Bu denetimler en az yirmi dört saat önce derneklere bildirilir

Denetim sırasında görevli memurlar tarafından istenecek her türlü bilgi, belge ve kayıtların, dernek yetkilileri tarafından gösterilmesi veya verilmesi, yönetim yerleri, müesseseler ve eklentilerine girme isteğinin yerine getirilmesi zorunludur.

Denetim sırasında, suç teşkil eden fiillerin tespit edilmesi halinde, mülki idare amiri durumu derhal Cumhuriyet savcılığına ve derneğe bildirir" hükmü yer almaktadır.

Kanunun, "denetim"i düzenleyen bu maddesi gayet açık olarak düzenlenmiş olup, burada dikkat edilmesi gereken, yeni kanunla denetimin kolluk kuvvetleri yerine, kolluk dışındaki diğer sivil memurlar eliyle yapılmasının şart koşulmuş olmasıdır.

Yukarıdaki hükümler önleme aramaları ile ilgili düzenlemelerdir. Bu nedenle adli amaçlı aramalarda, CMK'nunda ki genel hükümler geçerli olup, "dernekler" konusunda herhangi bir ayrıcalık bulunmamaktadır²³⁷.

b. Üniversitelerde Arama

Kolluğun üniversite binalarına girmesinde iki temel esas vardır. PVSK'nun 20/2. maddesine göre, "zabıta(kolluk);

- a) Üniversite binaları veya ekleri içinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması ihtimali karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı

²³⁷ ATASOY, s. 119.

kuruluş yetkililerinin zabıttan yardım talep etmeleri halinde,

b) Herhangi bir davet veya izne bağlı olmaksızın suç ve suçluların kovuşturulması için her zaman,

Üniversite, bağımsız fakülte veya üniversiteye bağlı kurumların binalarına veya bunların eklerine girebilir."

Maddenin (a) bendinde, kolluğun önleme tedbirlerine başvurabilmek amacıyla üniversitelere girebilmesi için, rektör veya acele hallerde dekan yâda bağlı kuruluş yetkililerinin davetini şart koşmuştur, (b) bendinde ise, adli aramaların herhangi bir davete gerek olmaksızın, CMK'ndaki hükümlere göre yapılacağı belirtilmiştir²³⁸.

c. Diğer Tüzel Kişilere Yönelik Arama

Siyasi partilerin aranıp aranmayacağı konusunda 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yasanın 121. maddesi²³⁹, Dernekler Kanununa atıf yaptığına göre, Dernekler Kanununun aramaya ilişkin hükümleri kıyasen uygulanmak gerekir. Siyasi partiler bakımından arama konusunda herhangi bir istisna getirilmemiş olmakla birlikte, siyasi partilerin demokratik hukuk devletindeki işlevleri de göz önünde bulundurulduğunda partilerin aranmasında oranlılık ilkesi özenle uygulanmalıdır. Bu bağlamda, mesela, basit bir suç ve basit bir suç şüphesinin varlığı arama için yeterli olmamalıdır²⁴⁰.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 63. maddesinde²⁴¹ de, Siyasi Partiler Kanununda olduğu gibi, Dernekler Kanuna atıf yapılmış olup, *sendikalarda yapılacak aramalarda* derneklerde yapılacak arama hükümlerine tabidir.

²³⁸ YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 22 vd.

²³⁹ **Madde 121** – “Türk Kanunu Medenisi ile Dernekler Kanununun ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, siyasi partiler hakkında da uygulanır.”

²⁴⁰ Alman Hukukunda da siyasi partilerin aranabileceği kabul edilmektedir. bkz. LÖWE-ROSENBERG, StPO, Grosskommentar, 13, Lieferung, 24, Aufl. , Berlin, New York, 1986, § 102 41.(ÖZBEK, Arama, s. 96).

²⁴¹ **Madde 63** - İşçi ve işveren sendikaları ve konfederasyonları hakkında, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Medeni Kanun ve Dernekler Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.”

2762 sayılı Vakıflar Kanun'unda arama konusunda bir hüküm olmadığı gibi, bir atıf da bulunmamaktadır. O halde *vakıfların aranması* genel hükümlere göre mümkün olmak gerekir²⁴².

D. ZAMAN BAKIMINDAN ŞARTLAR

Her şahıs hakkında yapılan aramada aranan şart, zaman şartıdır. Aranılan yer, mesken, işyeri ve sair kapalı bir mahal ise, yani etrafı çevrilmiş bir yer ise, arama gündüz yapılmalıdır(CMK m. 118/1). Gündüzden maksat, güneş doğmasından bir saat önceden güneşin batmasından bir saat sonraya kadar olan zamandır (5237 sayılı TCK m. 6/l-e). Aramanın gündüz yapılması, gündüz başlaması demektir. Gündüz başlanan arama, bitmezse, gece de devam edebilir²⁴³. Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde adlî arama gece yapılamaz. Ayrıca bu yerlerde kolluk âmirinin yazılı emriyle de arama yapılamaz. Ancak;

a) Suçüstü hâlinde(CMK m. 2/1-j),

b) Gecikmesinde sakınca bulunan hâlde(AÖAY. m. 4),

c) Firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması hâlinde,

d) Geceleyin herkesin girip çıkabileceği 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 7 nci maddesinde sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde²⁴⁴, gece adlî arama yapılabilir(AÖAY. m. 31).

Önleme aramaları, denetimler ve kontroller ise her zaman yapılabilir(AÖAY m. 31).

²⁴² ÖZBEK, Arama, s. 96.

²⁴³ YENİSEY- KUNTER- NUHOĞLU, s. 933.; YAŞAR, s. 507; ÖZTÜRK- ERDEM ise gündüz başlayan aramaya akşam devam edilemeyeceğini, ancak CMK 118/2'deki hallerde akşamda aramaya devam edilebileceği görüşündedirler(ÖZTÜRK- ERDEM, s. 543).

²⁴⁴ **Madde 7 - (Değişik madde: 24/11/2004 - 5259 S.K./2.mad)** “ Kişilerin tek tek veya toplu olarak eğlenmesi, dinlenmesi veya konaklaması için açılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri; gazino, pavyon, meyhane, bar, birahane, içkili lokanta, taverna ve benzeri içkili yerler; sinema, kahvehane ve kiraathane; kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet kafeler ve benzeri yerler umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır”.

CMK 118/1. maddesinde gece arama yapılamayacak yerler arasında, konut, işyeri ile birlikte “diğer kapalı yerlerden” de söz edilmiş ise de, herkesin girip çıkabildiği umuma açık yerlerde her zaman arama yapılabilir²⁴⁵.

AÖAY'nin 8. maddesinin (d) bendi gereğince, hukuka uygun bir şekilde yakalanan kişinin kaçması veya suçüstü halinde, olayın failinin yakalanması amacıyla, takip edildiği sırada girdiği araç bina ve eklentilerinde yapılacak aramalarda herhangi bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bu hallerde, arama işleminin gündüz veya gece yapılması arasında bir fark yoktur. Aynı şekilde, maddenin (f) bendi gereğince, meşru savunma ve zorunluluk halinde veya hakkın kullanımı nedeniyle yapılacak arama işlemleri yönünden de, herhangi bir karar alınması şart olmadığı gibi, aramanın gece yapılması da mümkündür²⁴⁶.

Arama, kararda veya yazılı emirde belirtilen süre içinde gerçekleştirilir ve her arama kararı, aksine bir hüküm içermiyorsa sadece bir kez arama yapma yetkisi verir. (AÖAY m. 31). Özel hayata ve konut dokunulmazlığına müdahale sonucu doğurduğundan, arama makul sürede tamamlanarak, işlem geciktirilmeksizin sona erdirilir. Aramanın geciktirilmeksizin derhal uygulanmasının bir sebebi de, aramanın sonuçsuz kalma ihtimalinin ortaya çıkmasıdır²⁴⁷.

IV. ARAMA KARARI OLMADAN YAPILAN ARAMALAR

A. AÖAY’NİN 8. MADDESİNDE BELİRTİLEN DURUMLAR

Karar alınmadan yapılacak aramalar, AÖAY'nin 8. maddesinde sayılmıştır. Ancak daha öncede değinildiği üzere, bu maddenin (a) ve (f) bentlerinde ki bazı hallerde hâkim kararı alınmasına gerek olmaksızın arama yapılabileceğine dair düzenlemeler ile yönetmeliğin 30. maddesinin ilk cümlesinin Danıştay Onuncu Dairesi tarafından yürütmesi durdurulduğundan, bu durum nazara alınarak konuyu inceleyeceğiz. Buna göre;

²⁴⁵ MALKOÇ – YÜKSEKTEPE, s. 338.

²⁴⁶ Bu hallerde aramanın gece yapılabileceği için bkz. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 421.

²⁴⁷ ERYILMAZ, s. 175.

a) Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde yapılacak aramada, (Yürütmesi durdurulan bölüm: *yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında*²⁴⁸)

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

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

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

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

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

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

(f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hali ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması ve (Yürütmesi durdurulan bölüm: *ilgilinin rızası ile*) diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü halinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla

²⁴⁸ Yürütmesi durdurulan kısım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tez, s. 62 vd..

veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için, *ayrıca bir karar veya emir almaksızın arama yapılabilir.*

Yönetmeliğin (a) bendine göre, hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde yapılacak arama için ayrıca bir hâkim veya yetkili merciin kararı gerekmeyecek, ancak, bu durumda olan kişinin konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında arama yapmak için CMK'nun 119. maddesindeki şartlar gerekecektir.

Danıştay Onuncu Dairesinin verdiği yürütmeyi durdurma kararı nedeniyle artık, mahkemece çıkarılan zorla getirme, yakalama veya tutuklama kararının aynı zamanda bir "arama kararı" olduğu ileri sürülemeyecek; konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yakalama amaçlı aramalar içinde hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekecektir²⁴⁹.

8. maddenin (b) bendinde ise, aslında CMK'nun 90. maddesini ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğini(YGİY) ilgilendiren bir durum sözkonusudur. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 6. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılarak, silâh ve bunun gibi unsurlardan arındırılması sağlanır. Yakalama işlemini gerçekleştiren kolluk, hâkim veya yetkili merciin yazılı emri olmaksızın yakalanan kişinin üzerini(kabaca) arayabilecektir. Ancak, ayrıntılı arama için CMK 119. maddesinde belirtilen kurallara uymak gerekir.

8. maddenin (c) bendinde belirtilen gözaltına alınan kişinin üzerinin aranması, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 10. maddesinde²⁵⁰

²⁴⁹ Mahkemece çıkarılan zorla getirme, yakalama veya tutuklama kararının aynı zamanda bir "arama kararı" olduğu konusu için bkz. Tez, s.117vd.

²⁵⁰ **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".

açıklanan "güvenlik araması" olup, bunun için arama karar veya iznine gerek yoktur²⁵¹.

Maddenin (d) bendi gereğince; hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra, kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin yakalanmaları amacıyla, herhangi bir karar veya emir alınmasına gerek olmadan, bunların buldukları konut veya işyerlerinde yâda takip edildikleri sırada kaçarken girdikleri yerlerde arama yapılabilecektir²⁵².

CMK'nun 2. maddesinde "suçüstü" üç aşamalı bir tanımla açıklanmıştır. Buna göre suçüstünün; "(1). işlenmekte olan suç, (2). henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, (3). fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç," tanımladığı belirtilmiştir²⁵³.

Suçüstü halinde, herhangi bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek olmadan, kolluk görevlileri arama yapabilirler. Suçüstü halinde, yakalama amaçlı arama (CMK m. 90/4) yapılabileceği²⁵⁴ açıkça belirtilmesine rağmen, delil elde etmek için eşya araması yapıp yapılamayacağından bahsedilmemiştir. Bu nedenle suçüstü hali bile olsa eşya araması için CMK'nun 119. maddesi uyarınca karar veya yazılı emir almak gerekir.

Maddenin (e) bendinde, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17/2, 17/6 ve 18. maddeleri kapsamında yapılacak aramalar içinde hâkim kararı veya herhangi bir makamın yazılı iznine gerek olmadığı belirtilmiş ise de, burada yanlış bir tespit söz konusudur. 4926 sayılı kanunun gösterilen bu maddelerine göre yapılacak arama işlemleri, "önleme" amaçlı aramalardır. Oysa bu konu yönetmeliğin 8. maddesinde, hâkim kararı alınmasına gerek olmayan "adli" aramalar başlı altında sayılmıştır. Bu durumda, adeta 4926 sayılı kanun kapsamında yapılacak adli aramalarında herhangi bir karar veya yazılı emir şartına bağlı olmadığı sonucuna varılabilir. Böyle bir değerlendirme yanlış olacaktır. Hâkim ve Cumhuriyet

²⁵¹ YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 33.

²⁵² CENTEL- ZAFER, 2005, s. 293.

²⁵³ YAŞAR, s. 66.

²⁵⁴ Örnek için bkz. Tez, s. 33-34.

savcılarının CMK' dan kaynaklanan yetkilerinin saklı olduğuna dair, 4926 sayılı yasanın 17/7. maddesi dikkate alındığında da görülecektir ki, kaçakçılık suçlarında adli arama işlemi genel hükümlere (CMK m. 119) göre gerçekleştirilecektir. O halde, 8. maddenin (e) bendinde sayılan bu haller, aynı yönetmeliğin 25. maddesinde, hâkimden karar alınmasını gerektirmeyen önleme aramaları başlığı altında sayılmalıydı²⁵⁵.

TCK'nun 24. maddesine göre, "kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Ayrıca, yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan kamu görevlisi sorumlu olmaz. Ancak, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, bunun yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur."

Örneğin CMK'nun 90/4. maddesi ve bunun paraleli olan YGİY'nin 6/2. maddesi gereğince yakalama amaçlı aramalarda kolluk yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkasına zarar vermesini engelleyecek önlemleri alır.

5237 sayılı TCK'nun 25. maddesinde; " (1). Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. (2). Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez." hükmü yer almaktadır. Maddede sayılan haller gerçekleştiğinde, arama işlemi nedeniyle kolluk görevlileri hakkında kovuşturma yapılmayacağı gibi, yapılan işlem de hukuku aykırı olmayacaktır²⁵⁶.

Hukuka uygunluk sebepleri arasında gösterilen "hakkın kullanımı" konusu ise Danıştay'ın durdurma kararı kapsamında değildir. Bu nedenle, kişinin sahip olduğu bir hakkı kullanarak, arama yapılmasını sağlaması hali, halen yönetmelik gereğince hukuka uygun bir arama yöntemidir.

²⁵⁵ ATASOY, s. 91.

²⁵⁶ ÖZGENÇ, s. 380.

Rıza ile aramayı, Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararı nedeniyle önemine binaen ayrı bir başlık altında aşağıda inceleyeceğiz.

B. RIZA İLE ARAMA

Özgür iradeye dayalı ve hukuken aydınlatılmış bir iradenin mahsulü olan rıza hukuken ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebeptir. 5237 sayılı TCK'da “hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası” açıkça düzenlenmiştir²⁵⁷.

Hukukumuzdaki “rızaya dayanan arama”, mülga Arama Yönetmeliğinin, rıza ile aramayı düzenleyen 9. maddesi hakkında Danıştay 10. Dairesinin 2003/3396 esas numaralı dava üzerine 21.11.2003 tarihinde verdiği yürütmenin durdurulması kararı ile askıda beklemekte iken, 5237 sayılı TCK, “mağdurun rızasını açıkça düzenlemiştir”²⁵⁸.

Anılan daire 28.6.2005 gün ve 2003/3396 E, 2005/3802 K. sayılı kararı ile dava konusu Yönetmelik 1.6.2005 günlü Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 34.maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından dava konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar vermişti²⁵⁹.

5237 sayılı TCK'nundaki bu düzenlemeye rağmen Danıştay 10. Dairesi, aynı gerekçelerle 01.06.2005 tarihli AÖAY'nin 8. maddesinin (f) bendindeki “*ilgilinin rızası*”nın yürütmesini durdurmuştur²⁶⁰.

Kararın gerekçesinde, gerek Anayasa'nın ilgili maddelerinde, gerek CMK'da özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esasının benimsenmesi gerektiği, ifade edilmiştir.

Ayrıca Anayasa'nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı” hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen “rıza” müessesesinin bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz

²⁵⁷ Bkz. BAKICI, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, s. 513 vd.

²⁵⁸ YENİSEY- KUNTER- NUHOĞLU, s. 944.

²⁵⁹ EROL, s. 234.

²⁶⁰ Bkz. T.C. Danıştay Onuncu Daire, E. 2005/6392, T. 19.01.2006, Yürütmeyi Durdurma Kararı.

kılabileceği, bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki “...ilgilinin rızası...” ibaresinde hukuka uyarlık bulunmadığı da²⁶¹ belirtilmiştir.”

Bu yaklaşım, rızanın serbest irade dışında alınabileceği ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Ülkemizde, kolluğun vatandaş karşısında ki üstün konumu ve genel anlamda vatandaşların, devlet karşısında sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri tam olarak idrak edememiş oldukları düşünüldüğünde, bu yaklaşımın yanlış olduğunu ileri sürmek pekte mümkün değildir. Temel sorun, Türkiye'de kolluğun elde edeceği rızanın serbest iradeye dayanmayacağı ön görüşüdür²⁶².

Mukayeseli hukukta arama öncesinde, “aratmama hakkı” kendisine bildirilerek ve baskı yapılmadan alınan rızanın, hâkim kararını gereksiz kıldığı konusunda ittifak vardır²⁶³. Özellikle İngiliz Hukukunda ilgilinin rızası alınarak yapılan aramalar çoğunluğu teşkil etmektedir. Ancak, polisin, aramanın sıkı koşullarını bertaraf etmek için çoğunlukla ilgilinin rızasını alarak arama yapma eğilimine gittiği, ilgilinin bunu ret etmesini bir suç şüphesi olarak değerlendirildiği ve bu kişilerin yakalanarak gözaltı birimine götürüldüğü ve orada aranmaya ikna edildiği ileri sürülerek, bu uygulama eleştirilmiştir²⁶⁴.

Öte yandan, Danıştay'ın kararına rağmen TCK'nun 26/2. maddesinin varlığı karşısında, "ilgilinin rızasıyla arama" yapılmasının hukuka uygun olacağı da öne sürülebilir. Bunun nedeni de, TCK'nın bu maddesinde yer alan "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez" hükmüdür. Arama, üstte, eşyada, özel kâğıtlarda, araçta ve konutta yapılan bir işlem olup, kişinin mutlak tasarruf etme hakkına sahip olduğu mülkiyet ve özel hayatın dokunulmazlığı hakkına yönelik bir müdahaledir²⁶⁵. O halde, kişinin özel hayatına girilmesine rıza göstermesi de sahip olduğu haklardandır. Suç şüphesi altında kalmak istemeyen veya bu konuda

²⁶¹ T.C. Danıştay Onuncu Daire, E. 2005/6392, T. 19.01.2006, Yürütmeyi Durdurma Kararı.(Danıştay 10. Dairesi mahkeme kaleminden temin edilmiştir)

²⁶² ERYILMAZ, s. 190.

²⁶³ Hukuken geçerli bir arama rızası verildiği takdirde, polis arama kararı olmadan ve suç işleme konusunda makul bir şüphe bulunmadan, "arama" yetkisi kazanır. Burada önemli olan, verilen iznin serbest iradeye dayanmasıdır. Serbest iradeye dayanan bir rızanın bulunması için, kişinin arama öncesinde sahip olduğu hakları bilmesi ve aramadan aleyhine kullanılacak delil doğabileceği konusunda da bilgi sahibi olması gerekir. Kişi rızasını açıklamadan evvel, polisin arama isteğini reddedebileceğini de biliyor olmalıdır. SCHNECKLOTH v. BUSTAMONTE 1973 (YENİSEY- KUNTER- NUHOĞLU, s. 945)

²⁶⁴ ERYILMAZ, s. 232-233.

²⁶⁵ ÖZGENÇ, s. 388.

kolluğa yardım etmek isteyen kişinin, bu konuda serbest iradesiyle sunacağı rızasını kabul etmemek hukukun genel ilkelerine uygun olmayan bir tutum olacaktır²⁶⁶.

Bu durumda rızaya dayalı yapılacak aramada önemli olan husus, rıza iradesinin serbestçe ortaya konup konmadığı sorunudur.

Serbest iradeye dayanan bir rızanın bulunması için, kişinin arama yapılmadan önce aramanın amaç ve kapsamından haberdar olması, aramayı yapacak kolluk görevlileri tarafından doğru bir şekilde bilgilendirilmesi ve kişiye haklarının hatırlatılması gerekir²⁶⁷.

Verilen rızanın geçerli olup olmadığı bakımından şu noktalar önem kazanır: (1) Şüphelinin eğitim ve zeka durumu; (2) Akıl hastası veya sarhoş olup olmadığı; (3) Rızasını açıkladığı sırada yakalanmış olup olmadığı; (4) Yakalanma esnasında hakkında yasal olarak zor kullanılmış olup olmadığı veya ellerine kelepçe takılıp takılmadığı; (5) Rutin üst araması sırasında üzerinde bulunan anahtarların daha sonra evin aramasında kullanılıp kullanılmadığı; (6) Evinde arama yapılmasına rıza gösterirken tereddüt edip etmediği. Yukarıda sayılan bu hususlar göz önünde bulundurularak verilmiş olan rızanın hukuken muteber olup olmadığı hakim tarafından değerlendirilmelidir²⁶⁸.

Kanaatimizce, bu konuda CMK’da bir düzenleme yapılarak, böylesine, temel hak ve hürriyetleri doğrudan ilgilendiren bir konu yönetmeliğe bırakılmamalıdır. Her ne kadar mukayeseli hukukta rıza ile arama müessesesi yaygın olarak uygulansa da ülkemizde, özellikle kırsal kesimde, insanımızın eğitim seviyesi ve kolluğun vatandaş karşısında ki üstün konumu birlikte değerlendirildiğinde; “konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda ancak hakim kararı veya yetkili merciin yazılı emri ile arama yapılabileceği, diğer yerlerde ilgilinin rızasıyla da arama yapılabileceği” yönünde, kanuni bir düzenleme yapılabilir.

C. ARAMA SAYILMAYAN HALLER

“Arama”, gizli olanı bulmak için yapılan bir faaliyet olduğu için, kişinin gizli tutmadığı ve kendi hür iradesiyle alenileştirdiği şeyler bu korumadan

²⁶⁶ ATASOY, s. 95.

²⁶⁷ YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 49.

²⁶⁸ YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 49-50.

faydalanamayacaktır²⁶⁹. Duyu organlarıyla gözlemlenebilen şeyler arama kavramı içinde değerlendirilemez. Kolluk memurunun herhangi başka bir faaliyete gerek duymaksızın, gözüyle gördüğü, koklayarak veya duyarak tespit ettiği şeyler nedeniyle yaptığı ele geçirme faaliyeti, arama işlemi olarak değerlendirilemez²⁷⁰. Örneğin, kolluk memuru devriye görevini ifa ederken, bir otomobilin içinde herkesçe görülebilecek şekilde bir silah veya patlayıcı bir madde gördüğü takdirde, buna el koyacaktır. Ancak, bunun için yapacağı faaliyet bir "arama" faaliyeti değil, sadece "elkoyma" işlemi olacaktır. Bunun gibi, kolluk memuru elinde silahla dolaşan bir şahıs gördüğü takdirde, gerekirse zor kullanarak bu silaha el koyacaktır. Bu polisin yasadan kaynaklanan görevidir (PVSK m.1)²⁷¹. Bu işlem de yukarıda verilen örnekte olduğu gibi arama işlemi değil, bir yakalama ve el koyma işlemidir. Bu işlemler yapılırken, duyu organlarına yardımcı olacak, fener veya dürbün gibi aletlerin kullanılması da işlemin niteliğini değiştirmeyecektir.

Doktrinde, bavulda uyuşturucu madde olup olmadığının tespit edilmesi için, narkotik köpeklerine koklatılmasının da arama işlemi olmadığı ileri sürülmektedir²⁷². Aynı görüşe göre, terk edilmiş evlere, apartmanların müşterek kullanılan koridor ve merdivenlerine girmek, terk edilen çöp ve diğer eşyaları kontrol etmek de, teknik olarak arama işlemi olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle, bu tür araştırma, yakalama ve el koyma işlemleri için, hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrinin alınması gerekmemektedir.

X. ARAMANIN YAPILABİLECEĞİ YERLER

1982 Anayasanın aramayı düzenleyen 20. ve 21. maddelerinde anayasada belirtilen sebeplere bağlı olarak, kişinin üzerinde, özel kağıtlarında, eşyasında ve konutunda arama yapılabileceği; 5271 sayılı CMK'da ise üst, eşya, konut, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği belirtilmiştir.

²⁶⁹ ERYILMAZ, s. 32

²⁷⁰ ÖZBEK, Arama, s. 17.

²⁷¹ SOKULLU-AKINCI, s. 123.

²⁷² YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 6.; YENİSEY, KUNTER- NUHOĞLU, s. 928.

A. KONUTTA ARAMA

1982 Anayasanın 21. maddesine göre; “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça, kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz”²⁷³.

Anayasanın koruması altında bulunan "konut" kavramının, ne Anayasada, ne 5237 sayılı Ceza Kanununda, ne de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda tanımı yapılmamıştır. Mesken teriminden neyin anlaşılması gerektiği konusunda çeşitli görüşler vardır. ÖNDER'e göre, mesken "bir kişinin olabileceği gibi onunla birlikte yaşayan diğer kişilerin de ikametine ayrılmış olan yer"dir²⁷⁴. DÖNMEZER de mesken teriminin geniş anlaşılması gerektiğini söylemekte ve meskeni "bir kimsenin özel hayatında yaşadığı ve oturduğu her yer" olarak tanımlamaktadır²⁷⁵. Yazara göre, kişi özgürlüğünün geniş anlamı meskenin de geniş anlamda ele alınmasını sonuçlar. YENİSEY ve KUNTER-YENİSEY'e göre ise mesken, "barınma, yatıp-kalkma ve istirahate ayrılmış yer"dir²⁷⁶. ARTUK "bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı her nevi yer konuttur" demektedir²⁷⁷. ÖZTÜRK ise, "bir kişinin fiilen bulunduğu yere mesken(konut)" denir ;ikametgâh ise "bir kişinin sürekli olarak yerleşmek niyetiyle bulunduğu yer"dir, dolayısıyla mesken(konut) en geniş anlamı ifade eder görüşündedir²⁷⁸.

Bizde konutu(mesken) en geniş anlamı ile kabul ediyoruz. Çünkü, arama koruma tedbirinin konut dokunulmazlığına yapmış olduğu müdahale bunu gerektirmektedir. Zira terim ev olarak kabul edilirse yalnızca bu nitelikteki yerlerle

²⁷³ EROL, s. 240.

²⁷⁴ ÖNDER, s. 432.

²⁷⁵ DÖNMEZER, Sulhi, **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1984, s. 61.

²⁷⁶ YENİSEY, Hazırlık Soruşturması ve Polis, s. 165.; KUNTER- YENİSEY, 2003, s. 787.

²⁷⁷ ARTUK, M Emin- GÖKCEN, Ahmet- YENİDÜNYA, A Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2000, s. 229.

²⁷⁸ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 540.

sınırlı kalacak; bunun gibi ikametgâh olarak kabul edilirse, mesela bir otel odasının konut dokunulmazlığından yararlanamaması gibi bir sonuç çıkacaktır²⁷⁹.

Otel odaları, çadır, içinde geçicide olsa barınılan ulaşım araçları, genel binalarda görevlilere özgülenmiş odalar ve bölümler konut niteliğindedir²⁸⁰. Kahvehane, lokanta, lokal ve benzeri yerler genelin yararlanmasına ve kullanımına sunulmuş olduklarından konut niteliğine sahip olmadığı halde, bu yerlerin bir bölümü sadece kişinin yerleşmek ve barınmak gibi gereksinimlerine özgülenmiş ise, bu yerlerde konut niteliğindedir²⁸¹.

5237 sayılı Ceza Kanununda (m. 116), 765 sayılı eski Ceza Kanununda (m. 193,194) olduğu gibi konut dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar, "mala karşı işlenen suçlar" bölümünde değil "Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar" bölümünde yer almıştır. Konut dokunulmazlığının "kamu görevinin sağladığı nüfus kötüye kullanmak suretiyle" işlenmesi hali, bu suçun nitelikli hali olarak daha ağır müeyyideye tabi tutulmuştur. (523 7 sy. TCK m. 119/e-765 sy.TCK m. 194)²⁸².

Konutla birlikte, konutun eklentileri (müştemilat) de aynı korumaya sahiptirler. TCK'nun 116. maddesinde "bir kimsenin konutuna ve/veya konutunun eklentilerine rıza hilafına girilmesi yâda rıza ile girildikten sonra çıkılmaması" suç olarak kabul edilmiştir. Müştemilat, konutun avlusu, bahçesi, garajı, ahır, samanlığı, kömürlüğü gibi konutu tamamlayan ve birleşik olan kısımlarıdır²⁸³.

ARTUK' a göre bir yerin müştemilat(eklenti) sayılması mutlaka oranın konuta bitişik veya onun yakınında bulunmasına bağlı değildir. Girildiğinde oturanların sükûn ve huzurunun bozulduğu, konuta bitişik olmayan hatta konuttan uzak bir yer de(örneğin, bahçe içinde yazlık istirahat mahalli, çardak vs.) müştemilat sayılabilir²⁸⁴.

Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda, hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile adli amaçlı arama yapılması mümkün olduğu halde, kural olarak konutta, yerleşim

²⁷⁹ ÖZBEK, Arama, s. 108.

²⁸⁰ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 413.

²⁸¹ MALKOÇ- YÜKSEKTEPE, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 306.

²⁸² ATASOY, s. 132.

²⁸³ BOZER, R Turgay, **Önleme Araması**, , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, DÜSBE Diyarbakır, 2001, s. 89.

²⁸⁴ ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA, s. 237-238.

yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz (AÖAY m. 19/son).

Konut ve diğer kapalı yerlerde önleme araması yapılabilmesinin tek istisnası, PVSK'nın 20/1. maddesinde açıklanan, kapalı yerlerden imdat çağrısının gelmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük bir tehlikenin ya da ağır cezalı bir suçun işlenmesinin önlemesi halidir²⁸⁵.

B. İŞYERİ VE DİĞER YERLERDE ARAMA

Anayasamızın özel hayatın gizliliğini ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 20. ve 21. maddelerinde işyerinden bahsedilmemiştir. Ancak 5271 sayılı CMK'nun 119. maddesinde konutla birlikte, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda aramanın, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği belirtilmiş, ayrıca 5237 sayılı TCK'nun Konut Dokunulmazlığını düzenleyen 116/2. maddesinde, “ birinci fıkra kapsamına giren fiillerin açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi suç sayılmıştır²⁸⁶.

Gerek CMK'nunda gerekse TCK'nunda işyerinden bahsetmekle birlikte bu konuda bir tanım vermiş değillerdir. İşyeri, bir kimsenin mutad sanatını icra ettiği yer olarak tanımlanabilir. Buna eklentileri de dahil olmalıdır. Mesela bir otel ve buna bağlı bir yemek salonu veya gazino gibi²⁸⁷.

Burada belirtilen işyeri, TCK'nun 116/2 maddesinde belirtildiği gibi “ açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileridir”.

O halde kanunun koruma kapsamına aldığı işyeri kavramı, kamuya açık olmayan, büro, ofis, yazıhane gibi yerler ile kamuya açık olan, lokanta, gazino,

²⁸⁵ CİHAN- YENİSEY, s. 267

²⁸⁶ **Madde 116** - (1) Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Değişik fıkra: 31/03/2005 - 5328 S.K./8.mad) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde, mağdurun şikâyeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

²⁸⁷ ÖZBEK, Arama, s. 110; ÖZTÜRK-ERDEM'de işyerini, kişinin çalıştığı yer olarak tanımlamıştır. (ÖZTÜRK- ERDEM, s. 540)

kahvehane gibi işyerlerinin, kamuya açık olmayan büro ve kişisel odaları gibi yerlerdir²⁸⁸. Kamuya açık olan işyerleri ile belli denetim koşulları altında faaliyet gösteren üretim tesislerinde idari denetimler yapılabilir. Ancak, PVSK'nın 20/1. maddesindeki istisnai durum dışında, kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz (AÖAY m. 19/son). Zira, PVSK'nın 9. maddesinde de önleme aramasının konusu, kişilerin üstleri, araçları, özel kâğıtları ve eşyası olarak sınırlı şekilde gösterilmiştir²⁸⁹.

Konut ve işyeri dışında kalan, *diğer kapalı alanlardan maksat*, mesken(konut) veya işyeri kavramı kapsamına girmeyen, özel mülkiyete ait tüm yerlerdir. Bu yerler ancak bir taşınmaz olabilir. Örnek olarak, herkese açık olmayan dernek lokalleri, sadece üyelerinin girebildiği toplanma ve eğlence mekânları ile depo, ardiye, samanlık gibi konut veya işyerine bitişik olan veya olmayan yerleri verebiliriz.. Bu gibi yerler içinde, yukarda açıklanan kısıtlamalar geçerlidir²⁹⁰.

C. ÜST ARAMASI VE VÜCUDUN MUAYENESİ

Yakalanabileceği veya suç delillerini elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa, şüpheli ve sanığın üstü aranabileceği gibi, şüphelinin ve sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla diğer bir kişinin üstü de aranabilir(CMK m. 116-117)

Bir kimsenin üzerinin aranması, üstüne giydiği kıyafetlerinin içinde, altında veya vücudunun doğal boşluklarında, delil olabilecek şeylerin, tıbbi yöntemlere başvurmadan, beş duyu organıyla araştırılmasıdır²⁹¹.

Üst araması, kıyafetlerin üzerinde yoklama suretiyle yapılır. Ancak, kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılabilmesi halinde, üst araması giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir (AÖAY m. 28)²⁹².

²⁸⁸ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 413.

²⁸⁹ ATASOY, s. 134.

²⁹⁰ ÖZBEK, Arama, s. 111-112.

²⁹¹ TOROSLU, s. 225; ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 418.

²⁹² YURTCAN, s. 263.

Bir kimsenin üstünü aramak onun bedenine müdahale yetkisi vermez²⁹³. Bu nedenle üst araması ile beden muayenesi ve vücuttan tıbbi yöntemlerle örnek alınması farklı işlemlerdir. 5271 sayılı CMK'nun 75. maddesinde, "üst sınırı iki yıldan fazla olan suçlarda, delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine yâda vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceği" belirtilmiştir²⁹⁴.

Örneğin, şüpheli bir kişinin midesinin, bir şey yutup yutmadığının tespiti için boşaltılması gerekiyorsa bu CMK'nun aramaya ilişkin hükümlerinin dışında kalır²⁹⁵. CMK'nın 75. maddesine göre iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik madde alınması, tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilecektir(CMK 75/3).

Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan *muayene* de iç beden muayenesi sayılır(CMK 75/4). İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir²⁹⁶.

CMK'nun 76. maddesine gereğince, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için karar alınmasına gerek yoktur²⁹⁷.

O halde, cinsel saldırıya uğramış olan mağdurun vücudunda sperm artıkları elde edilebilmesi için, mağdurun rızasının alınması, mağdur rıza göstermiyor ise,

²⁹³ ROXİN, Claus, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl, München, 1995, s. 17(ÖZBEK, Arama, s. 117)

²⁹⁴ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 539.

²⁹⁵ ÖZBEK, Arama, s. 117.

²⁹⁶ ŞAHİN, s. 239.

²⁹⁷ CENTEL-ZAFER, 2005, s. 227

hâkimden karar alınması veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emir vermesi gerekecektir²⁹⁸.

Üst araması yapılırken aranan kişinin ar ve haya duygularına saygı duyulmalıdır ve aramayı aynı cinsten bir görevli yapmalıdır. Üst aramasının nasıl yapılacağı konusu AÖAY'nin 28. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir²⁹⁹.

Ayrıca bir üst araması, doğrudan buna yönelik bir kararın sonucu olabileceği gibi, böyle bir karar olmadan da konutta yapılan veya bir tutuklama ve yakalamayı izleyen bir arama sırasında da mümkündür. Gerçekten bir konutta veya işyerinde yapılacak bir arama sırasında polisin güvenlik ihtiyacı yanında delil bulunabileceği şüphesi ile orada bulunanların üstü aranabilir. Ancak böyle bir aramanın 116 ve 117. maddedeki şüpheye ilişkin koşulları taşıması gerekir. Yine, böyle bir arama esnasında kişi üstünde saklanması mümkün olmayan şeyin aranması da hukuka aykırı olmalıdır. Zira aksi davranışlar dürüst işlem ilkesinin de açık ihlalini oluşturur³⁰⁰.

²⁹⁸ MALKOÇ- YÜKSEKTEPE, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 217.

²⁹⁹ **Madde 28** – “Aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır.”

Kolluk görevlileri, kolluk görevlisi olduğunu ispatlayan kimliğini gösterir.

Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

Üst ve eşya araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır.

Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da, mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş duyu organı aracılığıyla aranır. Sahipsiz eşya hakkında da aynı hüküm uygulanır. Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir.

Üst ve eşya araması, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek arama yapılamaz. Gerektiğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.

Üst araması sırasında, kişinin üstünde veya eşyasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açıksa dahi yazılı bilgiler okunamaz.

Kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması hâlinde, üst araması aşağıda belirtilen şekilde giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir:

a) Arama yapılmadan önce, bu aramayı yapmanın neden gerekli görüldüğü ve nasıl yapılacağı, o birimde görevli en üst kolluk âmiri tarafından ilgiliye bildirilir.

b) Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır; arama işlemi kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir.

c) Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde yapılır; önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkartılır; bedenin alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkartılır. Bu giysiler mutlaka aranır.

d) Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.

e) Arama, mümkün olduğunca kısa bir süre içinde bitirilir.

Yapılan aramanın neticesinde bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır.

Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir”.

³⁰⁰ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 417.

D. ASKERİ MAHALLERDE ARAMA

Askeri mahkemelerin görev alanı dışında³⁰¹, Adli Yargı Mahkemelerinin görevi kapsamında kalan bir suçtan dolayı askeri mahallerde yapılacak aramalar CMK'nın 119/5. maddesi gereğince Cumhuriyet savcısının³⁰² istem ve katılımıyla, askeri makamlar tarafından gerçekleştirilecektir³⁰³.

Askeri mahalden maksat, askeri bölgeler, askeri hizmete tahsis edilen bina ve tesisler, savaş gemileri ve her türlü askeri araçlardır³⁰⁴.

Örnek vermek gerekirse, hırsızlık konusu bir eşyanın veya cinayette kullanılan bir silahın askeri hizmete tahsis edilmiş bir binanın bahçesinde, askeri lojmanda veya askeri eğitim birliğinin sınırları içinde saklandığı iddiası nedeniyle arama yapılmasına ihtiyaç duyulduğunda, Cumhuriyet savcısı, ya hâkimden arama kararı alarak, ya da gecikmesinde sakınca bulunan halde hazırladığı yazılı arama emrini yetkili askeri makama sunarak, bu makamın görevlendireceği askeri personelle arama işlemini gerçekleştirir. Arama faaliyeti, askeri personel tarafından, Cumhuriyet savcısının gözetiminde yapılır. Arama yapılacak yerde askeri mahkeme kuruluşu var ise, askeri savcıyla irtibata girilerek arama faaliyetinin yerine getirilmesi daha uygun olacaktır³⁰⁵.

E. AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA YAPILMASI

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 130.maddesi ile avukat bürolarında arama ve elkoyma özel hükümlere tabi tutulmak suretiyle güvence altına alınmıştır. Buna göre: “Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur”.

Arama sonucu elkonulmasına 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

³⁰¹ Askeri Mahkemelerin görev alanı için bkz. 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu madde 9.

³⁰² CMK 119/5. maddesindeki “hakim veya” ibaresi 5353 sayılı kanunun 15. maddesi ile madde metninden çıkarılmıştır.

³⁰³ YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma , s. 56.

³⁰⁴ ÖZBEK, Arama, s. 118

³⁰⁵ ATASOY, s. 155.

içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmi dört saat içinde verilir.

Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkrada belirtilen usuller uygulanır”.

Yeni bir düzenleme olan avukat bürolarının aranması konusunda kanun, karar mercii olarak sadece mahkemeyi belirtmiştir. Yani gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olsa bile avukat bürolarında arama yapmak için mahkeme kararı gerekecektir. Kanun ayrıca aramada bulunabilecek kişiler açısından da yenilikler getirmiştir. Buna göre, avukat büroları ancak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur(CMK 130/1). Kanunun bu emredici hükmü karşısında, avukat bürosunda arama, ancak Cumhuriyet savcısının ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın katılmasıyla yapılabilecektir³⁰⁶.

1136 sayılı Avukatlık Kanununda da buna benzer bir düzenleme vardır. Buna göre: Avukatların bürolarında ve konutlarında görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile arama yapılabilir(Av.K. m. 58, 2001/4667 ile değişik). Bu arama, CMK'nun 154.³⁰⁷maddesindeki(mülga CMUK 144) meslek sırrını koruyan kuralın bir uzantısıdır³⁰⁸. Avukatlık kanunu 58. maddede “görevlerinden doğan veya görevleri dolayısıyla” ibaresi kullanılarak düzenleme sınırlandırılmışken CMK da bu düzenlemeden bahsedilmemiştir. CMK'ya göre, avukatların görevle bağlantılı olmayan suçları ile ilgili de bu koşulların yerine getirilmesi zorunludur. Ancak uygulamada örneğin, bir avukatın bürosunda müvekkiline karşı veya başka bir kişiye karşı ağır cezayı gerektiren bir suç işlemesi durumunda CMK'nun 130. maddesinde belirtilen şartlara uyulması hukuk mantığımızı ters gelmektedir.

³⁰⁶ YAŞAR, s. 529; KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 956

³⁰⁷ Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz(CMK 154).

³⁰⁸ KUNTER- YENİSEY, 2003, s. 400.

Avukat bürolarında aramanın bir başka şartı da yalnızca “kararda belirtilen olayla ilgili olarak” arama yapılabilmesidir. O zaman mahkemenin verdiği arama kararını konusu dışında bir arama yapılması hem bu işlemi yapanları sorumlu hale getirecektir hem de elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğinde olacaktır, diyebiliriz.

CMK’da sadece avukatların bürolarının aranması konusu düzenlenmiştir. Konutlarının ve üzerlerinin aranması düzenlenmemiştir. Konutlarının ve üzerlerinin aranması kendi özel kanunlarında düzenlenmiştir. Av.K. madde 58’e göre “Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranamaz”. Ceza Muhakemesi Kanunun’ da bu konuda bir düzenleme olmadığı için özel kanun olan Avukatlık Kanunu uygulanacaktır.

Arama sonucu cumhuriyet savcısı tarafından el koyma kararı verilirse, avukat buna karşı koyabilir ve bu şey mühürlenerek hakim³⁰⁹ tarafından tetkik edilir. Yetkili hakim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, 24 saat içerisinde vereceği kararla şey avukata derhal iade edilir. Kanun burada elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olup olmadığını saptama görevini sadece hâkime vermiştir. Bu düzenleme CMK 154(müdafi ile görüşme), CMK’nun 126. maddelerinin(elkonulamayacak mektup ve belgeler) yollamasıyla CMK’nun 46(meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekilebilecek kimseler), ve Av. Kanununun 36.(sır saklama) maddelerinin devamı niteliğindedir.

Kanunda postada elkoyma ile ilgili olarak da CMK’nun 130/2. maddesindeki kuralın uygulanacağını belirtmiştir. Görüldüğü gibi kanun, avukatlarla ilgili aramada sadece müdafi- sanık arasındaki sırların ötesinde, avukatın mesleki ilişkilerinin tümünü koruma altına almıştır³¹⁰.

³⁰⁹ Yetkili hakim, soruşturma aşamasında sulh ceza hakimi, kovuşturma aşamasında ise yetkili mahkemedir(CMK 130/2)

³¹⁰ KUNTER -YENİSEY, 2003, s. 400.

F. BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA

Şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılması önceki 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda düzenlenmeyen ancak, 5271 sayılı CMK ile getirilen yeni bir kurumdur³¹¹.

Uluslar arası alanda internet suçları dolayısıyla bilgisayarların araç olarak kullanıldığı yeni suçlar ortaya çıkmıştır. Çocuk pornografisi bunların başında gelmektedir. Bu nedenle uluslar arası sözleşmeler yapılmış ve Birleşmiş Milletlerin “Cyber Crimes Convention” adı altında bir sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin taraf olmadığı bu sözleşmenin hükümleri arasında, bilgisayarlarda arama yapılabilmesi için “production order” adı verilen bir karar tipi öngörülmektedir. İşte yeni kanunumuz bu gelişmeleri yansıtır niteliktedir³¹².

Kanunumuzun 134. maddesi bilgisayarlarda arama yapılabilmesini belli şartlara bağlamıştır. Bilgisayarlarda arama yapılabilmesi için ilk şart, başka surette delil elde etme imkânının bulunmamasıdır. Buradan, bu tedbire en son çare olarak başvurulması gerektiği anlaşılmaktadır. İkinci olarak, Cumhuriyet savcısının bu konuda bir istemi olacaktır. Son olarak, bu arama kararı istemi şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine ilişkin olmalıdır. Çünkü kanunda sadece şüphelinin kullandığı bilgisayarlarda arama düzenlenmiştir(CMK 134/1). Şüphelinin kullandığı bilgisayarın başkasına ait olması durumunda ise, bu bilgisayar da gerekli şartlar yerine getirildikten sonra aranabilecektir. Çünkü kanunda “şüphelinin kullandığı bilgisayar” ibaresi kullanılmış ona ait olup olmamasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak henüz yeni düzenlemeye göre gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında buna ilişkin bir uygulama olmadığından kesin bir kaniya varmak güçtür.

Bilgisayar üzerinde arama yapma kararı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim tarafından verilir(CMK m. 134). Hakimin kararı şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasını, bilgisayar programlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çıkarılarak metin haline getirilmesine ilişkin olmalıdır(CMK 134). Burada gecikmesinde sakınca bulunan

³¹¹ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 543.

³¹² KUNTER - YENİSEY, 2003, s. 423.

hallerde Cumhuriyet savcısına ve kolluğa herhangi bir yetki verilmediğine dikkat etmek gerekir³¹³.

Kanun bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrelerin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş programlara ulaşılabilmesi halinde bu araç ve gereçlere el koyulabileceğini belirtmiştir. Bu elkoyma şifrelerin çözülebilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için yapılacaktır. Gerekli işlemler yapıldıktan sonra elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilecektir(CMK 134/2). Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır(CMK 134/3- 4).

Bilgisayar ve bilgisayar kütüklerine elkoymadan sadece sistemdeki verilerin tamamının yada bir kısmının kopyasının alınması da mümkündür(CMK 134/5). Bu gibi durumlarda kopyası alınan veriler ayrıca bir kâğıda yazdırılır, bu konuda bir tutanak tutulur ve ilgililer tarafında imzalanır.

Konunun iyice anlaşılması için bir örnek verelim. *Örneğin, görevi nedeniyle bir suç işlediği iddia edilen bir avukatın bürosundaki bilgisayarda arama yapmak isteyen kolluk ne yapacaktır?*

Avukat bürolarında arama yapabilmek için mahkeme kararı, bilgisayarlarda arama için ise hakim kararı gereklidir(CMK 130- 134). Kolluk Cumhuriyet savcısına başvuracak, Cumhuriyet savcısı mahkemeden, büroda arama yapmak için bir karar alacaktır. Kararın içeriğinde mutlaka bürodaki bilgisayarda arama yapılacağı belirtilmelidir³¹⁴. Avukatın bürosu Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanının veya onu temsil eden bir avukatın katılımıyla aranacaktır(CMK 130/1).

G. ARAÇLARDA ARAMA

Otomobiller hareketli objeler olduğu için, kaçma şüphesi, aynı delili bir daha ele geçirememeye tehlikesi büyüktür. Bu nedenle, mukayeseli hukukta otolarda

³¹³ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, S. 958.

³¹⁴ Bkz. CMK 119/2- b.

aramanın daha basit şartlara bağlandığı, fakat sürücünün elinin uzanabildiği alanla sınırlı tutulduğu, kapalı yerlere bakmanın yasaklandığı görülmektedir³¹⁵.

Hukukumuzda suç delillerinin veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi için araçlarda arama yapılabileceği gibi, hakkında yakalama, zorla getirme veya tutuklama kararı bulunan şüpheli, sanık veya hükümlünün yakalanması amacıyla da araçlarda adli arama yapılabilir³¹⁶.

Suç delillerinin tespiti ya da müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi için araçlarda yapılacak aramalarda, hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının yâda Cumhuriyet savcısına ulaşamıyor ise kolluk amirinin yazılı emrinin alınması gerekir³¹⁷.

Terkedilmiş araçta yapılacak araştırma faaliyeti, bir arama işlemi değildir. Bu nedenle, terk edilmiş araçlarda araştırma yapmak için herhangi bir karar veya izne gerek bulunmamaktadır³¹⁸.

H. OLAY YERİ İNCELEME

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin “Olay Yeri İnceleme” başlıklı 9. maddesinde suç işlenen yerlerde, sebep sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve elkoyulması için geliştirilecek bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin, herkesin girip çıkabileceği *kamuya açık alanlarda* yapılması için bir emir veya karar alınmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.

Birinci fıkrada belirtilen yerler dışındaki olay yeri inceleme işlemleri, Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise konut, işyeri

³¹⁵ Yüksek mahkemenin *Chadwick* davasında verdiği karara göre; motorlu araçların fonksiyonu taşımaya yöneliktir. Bu nedenle kişinin evi olmadığı için, özel hayatın gizli alanı kavramı burada daha geniş yorumlanır. Araç ve içindekiler topluma kamuya açık olan yollarda dolaşmakta ve böylece alenen herkes tarafından görülebilmektedir.

Araçların içinde bulunan şahısların özel hayatlarının gizliliği bakımından daha az bir beklentiye sahip olmaları gerekirken, otomobilin kapalı yerlerinde ve içindeki çantalarda yapılacak aramalarda genel kurallar geçerlidir. Sadece gecikmesinde delilin kaybolması veya yokalması tehlikesi varsa, hakim kararı olmadan çantanın içi aranabilir. Bkz. CHADWIK v. US, 1977(KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, S. 943).

³¹⁶ GÜLŞEN, a.g.m.

³¹⁷ YAŞAR, s. 507.

³¹⁸ KUNTER- YENİSEY,2003, s. 771.

ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışındaki yerlerde kolluk âmirinin yazılı emri üzerine gerçekleştirilir³¹⁹.

5271 sayılı CMK da olay yeri incelemeye benzer hükümler olan “keşif”(CMK 83) ve “yer gösterme”(CMK 85) düzenlenmiş olmasına rağmen “olay yeri inceleme” müessesesi düzenlenmemiştir. Ancak bu eksiklik AÖAY ile giderilmiştir.

Konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda işlenen suçların “olay yeri incelemesi yapılırken, ev sahibinin rızası ile evde delil araması yapılmasının yolu kapatılmıştır. Suç işlenip bitmişse özel hayatın korunması amacı ile aramadaki genel hükümlerin uygulanması istenmiştir(AÖAY 9/2)³²⁰.

V. ARAMANIN İCRASI VE SONA ERMESİ

Arama koruma tedbirinin temel haklara yapmış olduğu müdahale, icrasının bir takım koşullara bağlanmasına neden olmuştur. Gerçekten yasakoyucu, arama yapabilecek ve aramada bulunabilecek kişiler, arama öncesi ilgiliye bilgi verilmesi, arama sonrası verilecek belge, aramada ele geçen evrak ve eşya hakkında yapılacak işlem ve bunların akıbetleri bakımından birtakım koşullar getirmiştir³²¹.

A. ARAMA YAPABİLECEK KİŞİLER

1. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yapılan Arama

5271 sayılı CMK'nın 160. maddesinde, Cumhuriyet savcısının, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı, 161. maddesinde ise, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabileceği belirtilmiştir.

Ayrıca CMK'nın 119/4. maddesinde “Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur” hükmü karşısında aramanın kural olarak cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağı, Cumhuriyet savcısı olmadan yapılan aramaların daha sıkı koşullara bağlandığı sonucu çıkarılabilir.

³¹⁹ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 398; KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 959.

³²⁰ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 945.

³²¹ ÖZBEK, Arama, s. 123.

1412 sayılı mülga CMUK'nın 97/2. maddesinde ise "...hakim veya Cumhuriyet savcısı olmadan..." ifadesi geçtiği için hakimler tarafından da arama yapılabileceği kabul edilmekteydi³²². Ancak 5271 sayılı CMK 119/4. maddesindeki düzenleme karşısında hâkimlerin bizzat arama yapamayacağı görülmektedir³²³.

Ayrıca maddenin mefhumu muhalifinden Cumhuriyet savcısı tarafından konut işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapılması halinde arama tanıklarının(işlem tanığı)³²⁴ bulunmasına gerek olmadığı sonucu çıkmaktadır.

Askeri mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yapılacaktır(CMK 119/4)³²⁵.

Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat arama yapılabileceğini gösteren bir başka hüküm de 5271 sayılı CMK'nın "avukat bürolarında arama" yı düzenleyen 130. maddesidir. Maddeye göre, "Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak *Cumhuriyet savcısının denetiminde* aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur". Kanunun bu emredici hükmü karşısında, avukat bürosunda arama, ancak Cumhuriyet savcısının ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın katılımıyla yapılabilecektir³²⁶.

2. Kolluk Tarafından Yapılan Arama

Yukarıdaki anlatımlardan da anlaşılacağı gibi, soruşturmada karar almaya tek yetkili savcıdır, başka bir ifade ile savcılıktır (m. 160, 161 vd. CMK). Adli kolluk ise savcının yardımcısıdır. Savcılık soruşturmayı bizzat veya adli kolluk marifetiyle yapar ve bütün adli kolluk makam ve memurları savcının adliyeyle ilişkin emirlerini yerine getirmeye mecburdurlar (m. 164 vd. CMK)³²⁷. Eski CMK uygulamasında, soruşturmada kolluk ön plândaydı. Hatta eski CMUK'nın 97. maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının muavini sıfatıyla kolluk ta arama yapabiliyordu³²⁸. 5271 sayılı CMK ile kolluğun doğrudan arama yapması hali kaldırılmıştır. Bundan böyle soruşturma

³²² ÖZBEK, Arama, s. 123.

³²³ Doktrinde "CMK'da hakim bakımından düzenleme yapılmaması hakim tarafından arama yapılamayacağı anlamına gelmez" şeklinde görüş bildiren yazarlar da vardır. Bkz. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 431.

³²⁴ ÖZTÜRK, Koğuşturma, s. 120; YENİSEY, Hazırlık Soruşturması, s. 168.

³²⁵ "hakim veya" ibaresi 5353 sayılı kanunun 15. maddesiyle fıkra metninden çıkarılmıştır. bkz.

YALVAÇ, s. 269.

³²⁶ YAŞAR, s. 529; KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 956

³²⁷ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 625.

³²⁸ Bkz. BAKICI, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması, s. 363.

evresinde tüm kararları savcı alacak; kolluk bu kararları icra edecektir. Savcının bilgisi olmadan, kolluk hiçbir işlem ve eylemde bulunamayacaktır.

Kolluğun arama yapabileceği açıkça CMK'nın 119. maddesinde ve AÖAY'nin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kolluk, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.savcısının veya ona ulaşamadığı hallerde (konut, işyeri ve diğer kapalı alanlar hariç) kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapabilecektir³²⁹.

Kolluk, arama kararı alınmasını talep ettiği durumlarda, makul şüphe sebeplerini belirten ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet savcısına başvurur. Arama talep, karar veya emrinde;

- a) Aramanın nedenini oluşturan fiil,
- b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,
- c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,
- d) Aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağı, açıkça gösterilir(AÖAY. m.7).

Kolluğun arama talebini alan Cumhuriyet savcısı kural olarak yetkili ve görevli hâkimden arama kararı verilmesini ister. Eğer gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa kendisi de yazılı arama emri verebilir³³⁰.Yönetmeliğin 7. maddesinin son fıkrasında kolluktan gelen arama taleplerini karşılamak üzere, yirmidört saat suretiyle nöbetçi Cumhuriyet savcısı görevlendirileceği de belirtilmiştir.

Ayrıca kanun, kolluk tarafından yapılan aramada kural olarak arama tanıklarının bulunması zorunluluğunu getirmiştir. CMK'nın 119/4. maddesine göre, Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur³³¹. Kanun maddesinde “bulundurulur” denmekle kolluğa takdir hakkı verilmemiştir.

³²⁹ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 540; GÜLŞEN, a.g.m.; YAŞAR, s. 507-508.

³³⁰ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 946.

³³¹ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 432.

B. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİYE BİLGİ VERİLMESİ

Aramaya tabi olan yerin veya eşyanın sahibi veya zilyedine, o bulunmazsa yerine ikame edilecek (temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya birlikte oturduğu bir kişi veya komşusu) kişiye, arama başlamadan önce aramanın amacı konusunda bilgi verilmelidir³³².

Bilgi verme aramanın hangi suçtan kime karşı başvurulduğu vb. konularda ilgiliyi aydınlatma amacını taşır. Ancak, öncelikle kolluk kimliğine ilişkin bilgi vermelidir(PVSK m. 17/2)³³³.

Aramaya maruz kalan kişinin bilgilendirileceğine dair, CMK'da ki tek hüküm; "117. maddenin birinci fıkrasında gösterilen hallerde, zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verileceğine" dair, 120/2. maddedeki düzenlemedir. Bu durumda yasa koyucunun sadece suçla ilgisi olmayan üçüncü kişilere yönelik aramalarda bilgilendirme zorunluluğu getirdiği söylenebilir³³⁴.

Ancak bu konuda, AÖAY'nin 28, 29 ve 30. maddelerinde, aramayı gerçekleştiren kolluk görevlilerinin aramanın amacı ve sebepleri hakkında, aramaya maruz kalana açıklama yapıp, bilgilendireceklerine dair hükümler yer almaktadır. Bu nedenle, arama karar veya emrinin ilgiliye gösterilmesi ve aramanın amacını tehlikeye düşürmeyecekse eksiksiz ve doğru olarak bilgilendirme yapılması gerekir³³⁵.

Arama karar veya emrinin ilgili kişiye gösterileceğine ve aramaya maruz kalan kişi şüpheli/sanık ise bilgilendirileceğine dair kanunlarda bir hüküm yer almaması önemli bir eksiklik³³⁶.

Arama kararının ilgiliye gösterilmesi ve aramanın amacının bildirilmesi, AİHS'nin 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) gereğince "kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda haberdar edilme hakkı"nın da bir

³³² ERYILMAZ, s. 150.

³³³ ÖZBEK, Arama, s. 135.

³³⁴ ERYILMAZ, s. 150.

³³⁵ ERYILMAZ, s. 175.

³³⁶ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 438.

gereğidir. Bu yüzden arama hususunda bilgi verilmemesi, eksik veya yanlış bilgi verilmesi aramayı hukuka aykırı kılabılır³³⁷.

Kaldı ki ilgilinin bilgilendirilmesinin önemli faydaları da vardır. Bu faydaları, maruz kaldığı tedbirin amacının anlatılması karşısında ilgilinin işbirliği yapmaya teşvik edilmiş olması ve ilgilinin, aramanın amacını öğrendiğinde sunacağı belge veya vereceği bilgilerle aramanın yapılmasının gereksizliğini ortaya koyabilecek olması şeklinde sayabiliriz³³⁸.

C. ARAMANIN İNZİBATI VE ZOR KULLANMA YETKİSİ

Her koruma tedbirinde, temel bir hakkın ilgilinin istemiş olup olmadığına bakılmaksızın henüz hüküm verilmeden önce sınırlanması söz konusu olduğundan, daima potansiyel bir zorlama vardır ve ilgililer buna katlanmak zorundadır. Tedbirin amacına ulaşmasını ve etkinliğini sağlayabilmek için bu zorunlu da olabilir. Aynı hususlar arama koruma tedbiri içinde geçerlidir³³⁹.

CMK'nın 168. maddesinde, olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisinin, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men edeceği hükmü yer almaktadır. Bu, özel bir yakalama halidir ve arama mahallinde geçerlidir³⁴⁰.

Aramanın düzenini bozanlar 1412 sayılı mülga CMUK zamanında yirmi dört saati geçmemek üzere gözaltına alınabiliyordu(CMUK m.157). 5271 sayılı CMK ise gözaltına alma yetkisini kaldırmış, sadece zor kullanma ve men etme yetkisine yer vermiştir(CMK m.168)³⁴¹.

Hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bir arama işlemi sırasında, kişi üstünün veya eşyasının aranmasına müsaade etmiyor ise, gösterilen dirençle orantılı bir güç kullanılarak arama gerçekleştirilecektir³⁴².

³³⁷ ÖZBEK, Arama, s. 135.

³³⁸ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 438.

³³⁹ ÖZBEK, Arama, s. 137.

³⁴⁰ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 545.

³⁴¹ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 952.

³⁴² ÖZTÜRK- ERDEM, s. 545.

Konut, işyeri ve eklentilerinde yapılan arama işlemlerinde de, aramaya karşı çıkılması veya kapının açılmaması halinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanılarak direnç ortadan kaldırılabilir. 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 kullanılır (AÖAY m. 30/7).

Ancak bu zor kullanma görevin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanılması şeklinde olursa, 5237 sayılı TCK'nın 256. maddesindeki suç oluşacaktır³⁴³. Aynı şekilde kamu görevlisine görevini yaptırmamak için cebir veya tehdit kullanılması da 5237 sayılı TCK'nın 265. maddesindeki suçu oluşturacaktır³⁴⁴.

Ayrıca arama sonunda evsafı belirlenen eşyanın kollukça bulunamaması ve zilyedinin de teslimden kaçınması hâlinde, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler dışındaki zilyet hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 60. maddesinde³⁴⁵ yer alan disiplin hapsine³⁴⁶ ilişkin hükümlerin uygulanması amacıyla durum Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir(AÖAY m. 15/5).

D. ARAMADA HAZIR BULUNABİLECEK KİŞİLER

Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. (CMK m.119/4) Bu kişiler, doktrinde *arama(işlem) tanığı* olarak adlandırılmaktadır³⁴⁷. Yasa, böylece, bu koruma tedbirinin kamuya açıklığını sağlamak istemiştir. Yasanın böyle bir zorunluluk getirmesi aranacak yerlerin özelliğinden

³⁴³ **Madde 256** – “(1) Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

³⁴⁴ **Madde 265** – “(1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi hâlinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükümlenir”.

³⁴⁵ **Madde 60** – “(1) Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır.”

³⁴⁶ 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesine göre “**disiplin hapsi**; Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekrere esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi, ifade eder”.

³⁴⁷ ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK, s.630.

kaynaklanmaktadır. Şayet aranacak yerler konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerden ise mutlaka bir arama tanığı hazır bulundurulmalıdır. Bu tür yerlerin dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkesi bakımından taşıdığı önem, yasa koyucuyu bir önlem olarak böyle bir düzenleme getirmeye itmiştir³⁴⁸.

Bir de CMK'nın 120. maddesinde sayılan kişiler vardır. Maddeye göre; Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur. Avukat bürolarında arama ayrıca düzenlendiği için ilgili hükme bakılmalıdır.

Hemen belirtelim ki, aramada bulunabilecek kişiler ile arama tanıkları birbirini tamamlayan ancak birbirinden farklı konulardır. CMK'nın.119/4. maddesi kolluk tarafından yapılan aramaya ilişkin olup, hazır bulunacak kişiler tanık sıfatını taşımaktadır. Hâlbuki CMK.120/1, kolluk-savcı ayrımı yapmış olmayıp, arama kimin tarafından yapılmış olursa olsun maddede belirtilen kişilerin aramada hazır bulundurulmasını ister. O halde, m.120/1 hükmünün getiriliş amacının aramayı kim yaparsa yapsın aramaya maruz kalanın aramada hazır olmak suretiyle aramaya itiraz ve savunmada bulunabilme olanağının sağlanmak istenmesidir³⁴⁹.

5271 Ceza Muhakemesi Kanunu, aramada hazır bulunabilecekler konusunda eski CMUK(m.98) ile benzerlik taşımakla birlikte, bazı yeni hükümler de içermektedir. Gerçekten, bu kanuna göre, (m.120/1,2) aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur. 117 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen, yani şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişilere yönelik arama hâllerinde zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir. Aramanın amacının bildirilmemesi veya eksik yahut yanlış bildirilmesi halinde arama hukuka aykırı olur.³⁵⁰ Nitekim, Amerikan Yüksek Mahkemesi, yeterli bilgi vermeme veya hile

³⁴⁸ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 432.

³⁴⁹ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 434.

³⁵⁰ ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK, s.631.

yoluna başvurarak kapının arkasından alçak sesle polis olduğunu bildirdikten sonra eve zorla girme durumlarının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.³⁵¹

Diğer yandan, *yeni kanunda (m.120/3) kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi, arama hukuku açısından çok önemli bir gelişmedir. Zira daha önceleri, açıkça maddede öngörülmediği için avukatın hazır bulunması kabul edilmemekteydi.*³⁵² Bu yeni düzenleme, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil etmesinin(Avukatlık Kanunu, m.1/2) dolaylı bir sonucudur. Yargı organları ve emniyet makamları da, avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. (Avukatlık Kanunu, m.2/3) Bu düzenleme, savunma hakkına değer verildiğini gösterdiği gibi, ceza usul hukukunda geçerli olan silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir. Nitekim benzer bir düzenlemeye, yürürlükteki İtalyan Ceza Usul Kanununda(m.356) da rastlanmaktadır. Bu kanuna göre, hakkında soruşturma yapılan kişinin avukatı, arama konusunda kendisine önceden haberdar edilme hakkı olmaksızın, hazır bulunma yetkisine sahiptir³⁵³.

E. ARAMA SIRASINDA ELE GEÇEN KİŞİ(ŞÜPHELİ VEYA SANIK) VE DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER

Ceza muhakemesi amacı ile yapılan adlî arama, saklanan sanığın veya elde edilememiş olan delilin veya müsadere edilecek bir eşyanın ele geçirilmesi için, bir kimsenin meskeninde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırmadır. Başka bir ifade ile, adlî aramanın amacı şüphe altında bulunan kimsenin yakalanması, müsadereye tâbi eşyanın veya delillerin ortaya çıkarılmasıdır³⁵⁴.

İster önleme amaçlı bir arama, isterse adli arama olsun, aramanın amacı gerçekleştiğinde, yani; şüpheli, sanık veya hükümlüler yakalandıklarında, derhal Cumhuriyet savcısına bilgi verilir ve kural olarak geciktirilmeksizin Cumhuriyet savcılığında hazır edilirler. Yürütülen bir soruşturma nedeniyle yakalanan kişi Cumhuriyet savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına

³⁵¹ Bkz. SOKULLU-AKINCI, s.141-142.

³⁵² Bu konuda bkz. ERYILMAZ, s.171-172, dn.376. Aksi görüş:ÖZBEK, Arama, s.132-133.

³⁵³ Bu kanun metni için bkz.Giovanni Fiandaca/Angelo Giarda: Codice Penale Codice Di Procedura Penale Leggi Complementari, Milano, 1998, s.271 vd. Bu kanuna internet üzerinden şu adresten ulaşılabilir:http://www.camerapenale-bologna.org/codice_procedura_penale.(GÜLŞEN, a.g.m.)

³⁵⁴ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 539; YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 27; YAŞAR, s. 504; BARDAK, s. 423; ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 402.

alınmasına karar verilir (CMK m. 91/1). Yakalanan kişi, hakkında kovuşturma aşamasına geçilmiş sanık ise, yetkili mahkeme önüne çıkarılır. Sanık yetkili mahkeme önüne yirmi dört saat içinde çıkarılamıyorsa, aynı gün en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır (CMK m.94)³⁵⁵.

Yakalan veya gözaltına alınanın durumu geciktirilmeksizin yakınlarına bildirilir (CMK m. 95).

Arama sonunda, arama kararında belirtilen eşya bulunduğu muhafaza altına alınır. Yanında bulduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.(CMK m. 123) Zilyedin rızasıyla teslim edeceği eşyaya elkoymaya gerek yoktur. Ancak zilyedinin rızasıyla muhafaza altına alındığına dair tutanak tutulmalıdır.

Kanunun ilk düzenlenen biçiminde, arama sırasında elkoyma gerçekleşirse, CMK 127/1 uygulanır denmekteydi(CMK m.119/3)³⁵⁶. Yani iki defa hakim kararı verilmesi demektir. Önce arama kararı verilerek “arama” yapılacak, aramada istenilen şey bulunur ve rıza ile verilmezse, yani zorla alınırsa, ikinci bir hakim kararı daha alınacaktı. CMK’nın 119/3. maddesinde 25.5.2005 tarihinde 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bu ikilem ortadan kaldırılmıştır³⁵⁷. Bu değişiklikle, arama sonucunda gerçekleştirilecek elkoyma işlemine işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır. Böylece, arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda, bunun için ayrıca bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek kalmayacak, *arama karar veya emrinde, elkoyma yetkisi de verilebilecektir*³⁵⁸.

Elkoyma işlemi, şayet bir arama işleminin sonucu olarak gerçekleşiyorsa, bu durumda ayrıca bir elkoyma kararına veya emrine ihtiyaç bulunmayacak, arama karar veya emri, aynı zamanda elkoymayı da kapsayacaktır. Buna karşılık, herhangi bir arama işleminin sonucu olmaksızın, örneğin açıkta bulunan bir şeye elkoymada olduğu gibi,

³⁵⁵ ÖZTÜRK, ERDEM, s. 646.

³⁵⁶ Değişiklikten önceki CMK 119/3 “arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda 127.maddenin birinci fıkrası uygulanır”, denmekteydi. CMK 127/1’de “hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir” şeklinde düzenlenmişti.

³⁵⁷ KUNTER- YENİSEY, Özet kitap, s. 401.

³⁵⁸ Değişiklik gerekçesi için bkz. ŞAHİN, s. 338.

elkoyma koruma tedbirinin doğrudan uygulanacağı durumlarda bir karara veya yazılı emre ihtiyaç bulunmaktadır³⁵⁹.

Ancak yönetmeliğin 15. maddesinde “Arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emri ile elkoyma işlemi gerçekleştirilebilir” denmiştir. Bu düzenleme CMK 119/3. maddesinde yapılan değişiklikle ve yine aynıın yönetmeliğin 7/7. maddesiyle çelişki oluşturmaktadır. Bu yüzden yönetmeliğin bu maddesi yukarıda açıklanan nedenlerle yeniden düzenlenmelidir.

Arama sonunda muhafaza altına alınan veya elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmi mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur (CMK m. 121/3).

Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK m. 127/3).

Zilyesinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir (CMK m. 127/4).

Nihayet elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilecektir(CMK m. 127/5). Bu düzenleme, CMK' da mağdur haklarının güçlendirilmesi anlayışının bir sonucudur. Zira CMK'nın 234/4. maddesinde; mağdura "vekili aracılığıyla elkonulan veya muhafaza altına alınan eşyayı inceletme" yetkisi tanınmış olup, CMK'nın 127/5. maddesinde getirilen düzenleme, bu hakkın kullanımının sağlanmasını amaçlamaktadır³⁶⁰.

F. ARAMA SIRSINDA ELE GEÇEN BELGE VE KÂĞITLARI İNCELEME YETKİSİ

Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. Belge ve kâğıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mührünü de koyabilir veya imzasını atabilir. İleride mührün

³⁵⁹ ŞAHİN, s. 339.

³⁶⁰ ATASOY, s. 158.

kaldırılmasına ve kâğıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere, zilyedi veya temsilcisi ya da müdafii veya vekili çağrılır; çağrıya uyulmadığında gerekli işlem yapılır (CMK m. 122).

1412 sayılı CMUK'ta bu yetki sadece hâkime verilmişti, Cumhuriyet savcısı ve kolluk ancak zilyedin rızası ile bu kâğıtları inceleyebiliyordu(CMUK m. 102). 5271 sayılı CMK' da ise, bu yetki hâkim ve Cumhuriyet savcısına verilmiş, buna karşılık, *kolluk görevlilerine ise, zilyedin rızasıyla dahi olsa belge ve kâğıtları inceleme yetkisi tanınmamıştır*³⁶¹.

İnceleme, bu belge ve mektupların delil olma veya müsadere edilebilme özelliğine sahip olup olmadıklarını anlamak için içeriğinin belirlenmesidir. Bu belge ve mektupların mutlaka aramaya neden olan suçla ilgisi olması gerekmez. Örneğin imza incelemesi için suçla ilgisi olmayan belge, kâğıt ve mektuplara elkonulabilir³⁶².

Hüküm özel hayatın gizliliğini korumaya çalıştığına göre kâğıt terimi geniş olarak anlaşılmalıdır³⁶³. Bu durumda kişisel, toplumsal veya mesleki olup olmadığına, gizli, kapalı veya açık bulunup bulunmadığına bakılmaksızın düşünsel bir içeriğe sahip yazılı ya da basılı her kâğıt CMK m. 122 (CMUK m. 102)'nin kapsamına girer. Buna göre mektup, günlük, notlar, muhasebe ve bilânço kayıtlarını içeren ticari defterler, basıma verilmeden önceki prova basılar, bir hastanın hastalığının akışı hakkında tutulmuş notlar, şehir planı, harita, otobüs bileti, benzin veya otel faturası vb. şeyler kâğıt anlamını taşır. Hatta hükmün düzenleniş amacı ve günümüzdeki teknik gelişmeler de göz önünde tutulduğunda film, mikروفilm, fotoğraf veya fotoğraf albümü, kaset, CD ve hatta bilgisayar verileri taşıyan disket vb. gibi fikri içerik taşıyan maddeler de kâğıt olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık piyasadan temin edilebilen, diğer bir deyimle artık aleniyete geçmiş, kitaplar ve diğer basılı şeyler ve sanat eseri niteliği taşıyan tüm eserler(resim, grafik gibi), nihayet resmi makamlardan alınan nüfus cüzdanı, ehliyet gibi belgeler bu hükmün kapsamı dışında kalmaktadır³⁶⁴.

³⁶¹ GÜLŞEN, a.g.m.

³⁶² ATASOY, s. 159.

³⁶³ YENİSEY, Arama, s. 3; ÖZBEK, Arama, s. 143.

³⁶⁴ ÖZBEK, Arama, s. 143.

G. TESADÜFEN ELE GEÇEN DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER

Bu hususta, 1412 sayılı CMUK(m.100)'tan farklı şekilde ve daha geniş bir ölçüde bir düzenleme öngörülmüştür. Gerçekten, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre(m.138), arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir. Bu hüküm, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma bakımından da geçerlidir³⁶⁵.

Yine, bu maddenin 2.fıkrası uyarınca, bu durum telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında olursa, ancak 135.maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse aynı işlem yapılır. Bu nedenle, bu düzenleme, sadece 5271 sayılı CMK'nın 135/6.maddesindeki suçlarla sınırlı olup, diğer suçlara yönelik olarak genişletilemez; aksi takdirde delil yasakları kapsamına girecek ve ispat bakımından geçerli sayılmayacaktır. Zira Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa göre (m.217/2), ancak "yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir"³⁶⁶.

Kanun yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delilin muhafaza altına alınacağını ve durumun Cumhuriyet savcılığına derhal bildirileceğini belirtmiş, ayrıntılı bir açıklama yapmamıştır. Bu eksiklik AÖAY'nin 10. maddesiyle giderilmiştir. Buna göre, usulüne uygun yapılan aramada;

a) Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen,

b) Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek, bir delil elde edilirse; bu delil koruma

³⁶⁵ GÜLŞEN, a.g.m.

³⁶⁶ GÜLŞEN, a.g.m.

altına alınır ve durum Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için *Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir istenir*. Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.

Hâkim kararı olmaksızın elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.

Bu tür aramada, aramanın amacı ve konusu dışında ele geçirilen ve haklarında tutuklama veya yakalama kararı bulunan kişiler, evrakıyla birlikte Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilir(AÖAY m. 10).

Burada dikkat edilmesi gereken şudur: Bu şekilde elkonulabilecek(muhafaza altına alınabilecek) eşyanın *tesadüfen* bulunması gerekir. Deyim yerindeyse, *sürpriz* bir bulma söz konusudur. Bu tesadüf ise arama emrinin içerdiği sınırlar içinde yani aramanın konusu olan şeyin aranması esnasında bulunması ile gerçekleşir. Yani o şey "*çıplak gözle görülebilir*" olmalıdır. Burada öyle bir durum vardır ki, tesadüfen bulunan şeyin arama kararının verilmesine neden olan fiil ile bağlantısı bulunmamakta ve fakat diğer bir suçun işlendiğini göstermektedir. Bu konuda, bilinen bir suçla muhtemel bir bağlantı olması ya da belirsiz bir şüphe yeterlidir³⁶⁷.

Bu hallerde ele geçirilen eşyalar, münhasıran müsadereye tabi ise, bu eşyalar 5237 sayılı TCK'nın 54/4. maddesi gereğince müsadere edilebilir. Ayrıca, orantılılık ve dürüst işlem ilkelerinin de göz ardı edilmemesi gerekir.

H. ARAMA SONUNDA VERİLECEK BELGE

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye *istemi üzerine* aramanın 116 ve 117. maddelere göre yapıldığını ve 116. maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir(CMK m. 121).

³⁶⁷ LÖWE/ROSENBERG-GOSSNER, § 108 1.(ÖZBEK, Arama, s. 147).

Esasında her soruşturma işleminin tutanakla tespit edileceği ve tutanağa savcı veya sulh ceza hâkimi ve zabıt kâtibi tarafından imza konulacağı, 1412 sayılı CMUK'un 161. maddesinde olduğu gibi, 5271 sayılı CMK' un 169. maddesinde³⁶⁸ de hüküm altına alınmıştır. 5271 sayılı CMK' un 169. maddesinde, 1412 sayılı CMUK'un 161. maddesinden farklı olarak, adli kolluk görevlisinden de bahsedilerek, adli işlem yapan kolluk görevlilerine de yaptıkları her soruşturma işlemini tutanağa bağlama yükümlülüğü getirilmiştir³⁶⁹.

CMK'nın 169. maddesinde belirtilen kurallar arama işlemi için de geçerlidir. Bunun yanında, CMK'nın 119/2. maddesinde; "arama karar veya emrinde; a) aramanın nedenini oluşturan fiilin, b) aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşyanın ve c) karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresinin açıkça gösterileceği, aynı maddenin 3. fıkrasında ise, arama tutanağında, işlemi yapanların açık kimliklerinin bulunması gerektiği belirtilmiştir³⁷⁰.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeli'nin 12. maddesinde de bu konuda ayrıntılı hükümler konulmuştur. Buna göre, AÖAY'nin 7 nci maddesine (CMK 119) göre yapılacak arama sonunda, hakkında arama işlemi uygulanan kişiye *talebi hâlinde*; a) Aramanın,

1) Şüpheli veya sanık olması ve yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunması sebebiyle mi,

2) Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla mı, yapıldığını,

³⁶⁸ **Madde 169** – “(1) Şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgusu, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi veya bir keşif ve muayene sırasında Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkiminin yanında bir zabıt kâtibi bulunur. Acele hâllerde, yemin vermek koşuluyla, başka bir kimse, yazman olarak görevlendirilebilir.

(2) Her soruşturma işlemi tutanağa bağlanır. Tutanak, adli kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi ile hazır bulunan zabıt kâtibi tarafından imza edilir.

(3) Müdafî veya vekil sıfatıyla hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanakta avukatın isim ve imzasına da yer verilir.

(4) Tutanak, işlemin yapıldığı yeri, zamanı ve işleme katılan veya ilgisi bulunan kimselerin isimlerini içerir.

(5) İşlemden hazır bulunan ilgililerce onanmak üzere tutanağın kendilerini ilgilendiren kısımları okunur veya okumaları için kendilerine verilir. Bu husus tutanağa yazılarak ilgililere imza ettirilir.

(6) İmzadan kaçınma hâlinde nedenleri tutanağa geçirilir”.

³⁶⁹ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 443.

³⁷⁰ CENTEL-ZAFER, 2005, s. 324.

b) Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunan şüphelinin veya sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranması hâlinde, soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini,

c) Aramada el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini,

d) Aramada şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu,

e) Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, el konulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarını içeren belge veya belgeler verilir.

Koruma altına alınan veya el konulan eşyanın tam bir listesi yapılarak resmî mühürle mühürlenir. Bu eşyanın resmî mühürle mühürlendiğine dair tutanak tanzim edilerek, bir sureti ilgisine verilir(AÖAY m. 12).

I. ARAMANIN SONA ERMESİ

Arama, amaçlarının gerçekleşmesiyle sona erer. Aramanın amacı iki şekilde gerçekleşir: ya şüpheli veya sanık yakalanmıştır ya da delil elde edilmiştir. Aramanın amacı sadece yakalama ise sanık veya şüphelinin arana yerde yakalanmasıyla arama sona erer. Bunun için, ayrı bir yakalama kararına gerek yoktur³⁷¹. İlgilinin yakalanmasıyla, artık CMK'nın yakalamaya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır(CMK m. 90 vd.).

Arama sonunda aranan şeyler bulunursa yani, delil elde edilmişse arama elkoymayı da içine alır. Bunun için ayrı bir elkoyma kararına gerek yoktur³⁷². Ancak arama sonucu delil olarak elde edilen şeylerin muhafazası ile arama henüz sona ermez. Durum çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmelidir³⁷³:

—Arama sonucu hiçbir delil bulunmamıştır. Doğal olarak arama sona erecektir.

—Başka bir suça ilişkin tesadüfî deliller bulunabilir(CMK m. 138). Ancak, arama henüz sona ermiş değildir. Aramanın sona ermesi, bunların hakimce incelenerek

³⁷¹ ÖZBEK, Arama, s. 152.

³⁷² CMK 119/3. maddesinin değiştiren 01.06.2005 tarihli 5353 sayılı kanununun 15. madde gerekçesi. (bkz. ŞAHİN, s. 338-339)

³⁷³ ÖZBEK, Arama, s. 152.

delil kabul edilmesi ve savcının o suç için yeni bir hazırlık soruşturmasına başlaması veya delil niteliğinde görülmeyerek iade edilmesi ilesöz konusu olur.

—Arama sonucu gerçekten o suça ilişkin deliller bulunur. Şayet bu bir eşya ise, bu eşyanın soruşturma sonucu veya soruşturma sonuçlanmadan önce ilgiliye verilmesiyle veya iadeyle ilgili bir hukuk davası sonuçlanana dek; şayet bu kağıt ise, bunların içine konduğu muhafaza hâkim önünde açılıp inceleme bitince sona erer. Bu incelemenin sonucu ise iki türlü olabilir: Bir suça ilişkin ise, hâkim kâğıtları savcılığa gönderir. Bir suça ilişkin değilse, sahibine iade eder.

Arama, amacının gerçekleşmemiş olması halinde de sona erecektir. Bu da delilin elde edilememesi veya arananın yakalanamaması biçiminde olabilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA MUHALEMESİ ve CEZA HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI ARAMA, HUKUKİ DENETİM, TAZMİNAT

I. CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI ARAMA

A. HUKUKA AYKIRI ARAMANIN DELİL YASAĞI TEŞKİL ETTİĞİ HALLER

1. Genel Olarak

Ceza Muhakemesinin gayesi, insan haklarını ihlal etmeden suçluların tespiti ve cezalandırılmasıdır. Bu ise, işlendiği iddia edilen suçun ispat edilmesi suretiyle mümkün olabilir. Suç işleyen sanıklar da doğal olarak hem kendilerini hem de işlemiş oldukları suça ait izleri gizleme yoluna gideceklerdir.

Bu nedenle, suçun ispatı ve yargılama sonunda verilecek hükmün yerine getirilmesini sağlamak açısından, suç işleyen kişilerin yakalanması ve suç izleri ile delillerinin elde edilmesi önemlidir³⁷⁴.

Şüpheli ve sanığın yakalanması, suç ile ilgili delillerin elde edilmesi ve suç ile ilgili eşyaya elkonulmasını amaçlayan arama koruma tedbiri de ceza muhakemesinin araçlarından olup, maddi gerçeğe ulaşmaya hizmet eder. Ancak arama, özel hayatın gizliliği, kişi ve konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiğinden başta Anayasamız olmak üzere kanunlarda sıkı koşullara bağlanmıştır.

Bu yüzden, arama yapabilmek için öncelikle bir suçun işlenmiş olması, arama yapılacak yerde suçlunun ve suç izlerinin bulunacağına dair bir şüphe olması, arama işlemine başvurulmasının gerekli ve faydalı³⁷⁵ olması, uygulanacak tedbirin işlenen suç ile orantılı olması³⁷⁶ ve kural olarak, hâkim tarafından verilmiş bir arama kararının bulunması gereklidir.

³⁷⁴ KAYMAZ, s. 135.

³⁷⁵ ÖNDER, s. 430.

³⁷⁶ ÖZTÜRK, Bahri, “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama”, **MBD.**, Y. 11, S. 4, 1992, s. 7.

Arama için aranan şartlardan birinin eksik olması, kanunda belirlenen koşulların gerçekleşmemesi halinde, yapılan arama işlemi ve arama sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı olur. Hukuka aykırı arama ise; adalet ve özgürlük kavramlarının özü ve adil yargılama ile ilgili aranmama hakkının, ihlaline neden olacağından, bu yolla elde edilen deliller yasak delil kapsamına girer³⁷⁷.

Bu bölümde sırasıyla, arama için gerekli şüphe olmaması ve arama kararı, aranılacak kişiler, aramanın zamanı ile arama işlemi bakımından söz konusu olan yasak deliller incelenecektir.

2.Şüphe Bakımından

Şüpheli ve sanığın yakalanması ve suç delillerinin elde edilmesi amacıyla arama yapabilmek için, bir suç işlediğine, şüphe edilen kişi ve sanığın, keza, suç delillerinin elde edilebileceğine dair bir şüphenin mevcut olması lazımdır. Arama işleminin yapılmasının en önemli koşulu bir suç işlendiği veya suç delili elde etme hususundaki şüphenin varlığıdır³⁷⁸.

Nitekim 5271 sayılı CMK'nın "aramayı" düzenleyen 116. maddesinde arama yapabilmek için gerekli olan şüphenin derecesi belirtilmiştir. 116. maddeye göre; "Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda *makul şüphe* varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir". Makul şüphe ise, AÖAY'nin 6. maddesinde tanımlanmıştır.

Diğer yandan, suç işleme şüphesi altında olmayan kişilere yönelik arama işlemi yapılabilmesi, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunu gösteren olayların varlığına bağlıdır (CMK m. 117/2). Suçla ilgisi olmayan diğer kişiler hakkında arama tedbirine başvurulması için, şüpheden öteye somut olayların varlığı aranmıştır. Sadece şüphe nedeniyle, bu gibi kişilerin özgürlüğüne müdahale edilmesi kabul edilmemiştir³⁷⁹.

Arama kararını hâkim vermiş ise, arama yapabilmek için gerekli olan yeterli şüphenin varlığını hakim takdir edecektir. Hakim kararına rağmen, zabitanın, yeterli şüphenin var olup olmadığı şeklinde bir değerlendirme yapma

³⁷⁷ YENİSEY, Arama, s. 14.

³⁷⁸ ÖNDER, s. 428.

³⁷⁹ MALKOÇ- YÜKSEKTEPE, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 320

yetkisi yoktur³⁸⁰. Gecikmesinde sakınca olan hallerde yapılan aramalarda ise, makul şüphenin varlığını Cumhuriyet savcısı takdir edecektir.

Arama yapmak için gerekli şartlardan olan makul şüphenin bulunmaması halinde, koşullardan birinin eksik olması sebebiyle yapılan aramanın hukuka aykırı olacağı rahatlıkla ileri sürülebilir. Buna rağmen, acaba makul bir şüphe olmadan yapılan aramada suç ile ilgili deliller ele geçirilirse, sırf başlangıçta makul şüphenin bulunmaması nedeniyle elde edilen deliller değerlendirme dışı tutulabilecek midir? YENİSEY, makul şüphe bulunmaması halinde yapılan aramanın ve dolayısıyla elde edilen delillerin hukuka aykırı delil kategorisine gireceği görüşündedir³⁸¹.

Kanaatimizce de makul şüphe olmadan yapılan arama hukuka aykırıdır. Ancak bununla birlikte, zabitanın güçlkle elde ettiği ve suçun ispatı açısından önemli olan delillerin, makul şüphe olmadan arama yapılması sebebiyle değerlendirilemeyeceğini söylemek güçtür. Bu konu tartışmalı olup ilerde değinilecektir.

3.Arama karar veya Emrini Verecek Mercii Açısından

Kişinin temel Anayasal hakları olan kişi haysiyeti ve dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı ile özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğinden, kural olarak aramaya karar verme yetkisi hakime verilmiştir³⁸². (AY m. 21,CMK m.119)

Hâkimden başka kişilerin arama kararı verme yetkisi yoktur. Gecikmesinde sakınca olan hallerde ise, cumhuriyet savcısı ile ona ulaşılmayan hallerde kolluk amirinin, arama kararı değil, arama emri verme yetkileri bulunmaktadır. Buna göre arama kararı veya arama emri verme yetkisi bulunmayan görevlilerin, vermiş oldukları arama kararı ile arama emri üzerine yapılan arama sonucu elde edilen deliller yasak delil kapsamında olacaktır³⁸³.

³⁸⁰ Amerikan Yüksek Mahkemesi, vermiş olduğu bir kararda; hakim tarafından verilen arama kararında makul şüphenin varlığını takdir etme yetkisinin hakime ait olduğunu kabul etmekle birlikte, makul şüphe konusundaki yanlışın iyi eğitim görmüş bir polis tarafından anlaşılabilirdiği takdirde polisin iyiniyet istisnasından yaralanamayacağı sonucuna varmıştır. Bkz. KAYMAZ, s. 140.

³⁸¹ YENİSEY, Arama, s. 11.

³⁸² EROL, s. 237; YAŞAR, s. 508; ÖZTÜRK- ERDEM, s. 535.

³⁸³ KOPARAN, M REŞAT, “Koruma Tedbiri Olarak Arama”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/185.doc>, Erişim T. 12.12.2005.

Bu konuda karar verme yetkisi soruşturma aşamasında aramanın yapılacağı yerdeki "sulh ceza hâkimi"ne (CMK m. 162), kovuşturma aşamasında ise davanın görüldüğü mahkemeye aittir (CMK m.192)³⁸⁴. Böylece, soruşturma aşamasında Asliye Ceza veya Ağır Ceza Mahkemesinin arama karar vermesi ya da Sulh Ceza Mahkemesi haricinde görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak Sulh Ceza Mahkemesinin vereceği arama kararı, usulüne uygun olmayan, hukuka aykırı bir arama kararı, bu kararlar üzerine yapılan aramalar da, hukuka aykırı arama olacaktır³⁸⁵.

Arama yapmak için kural olarak hakim kararı gerekmele beraber, yukarıda da belirtildiği üzere, gecikmede sakınca olan hallerde istisnaen Cumhuriyet savcısı ve ona ulaşılmayan hallerde kolluk amirinin (konutta, işyerinde ve diğer kapalı alanlar hariç olmak üzere) “yazılı emri” ile de kolluk arama yapabilir(CMK m. 119) Gecikmesinde sakınca bulunan halden neyin kastedildiği AÖAY’nin 4. maddesinde belirtilmiştir³⁸⁶. Buna göre bir suç işlendikten sonra kolluk, şüphelilerin yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi amacıyla, Cumhuriyet savcısına başvuracak, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa Cumhuriyet savcısı yazılı arama emri verecek, gecikmesine sakınca bulunan hal yoksa hakimden arama kararı alacaktır. Burada gecikmesinde sakınca bulunan halin takdiri cumhuriyet savcısına ait olup bu prosedüre uygun olmadan yapılan arama da hukuka aykırı olacaktır.

5271 sayılı CMK’nın 119.maddesinde, 5353 sayılı yasa ile değişiklik yapılarak kolluk amirlerine de sınırlı şekilde yazılı arama emri verme yetkisi tanınırken ,amir kavramı tanımlanmamıştır. Üstelik yönetmelikte de bu yönde düzenleme mevcut değildir. Kanaatimizce kolluk amirinden maksat kendi teşkilat kanunundaki hiyerarşik yapıya göre mahallinde en üst düzeydeki yetkili olarak düşünülmelidir. Çok istisnai durumda kullanılacak olan bu yetkinin yardımcı veya daha alt birim amirlerince kullanılması hukuka aykırı olacaktır³⁸⁷.

³⁸⁴ YAŞAR, s. 325.

³⁸⁵ KAYMAZ, s. 144.

³⁸⁶ **Gecikmesinde sakınca bulunan hal** tabiri , CMK’da tanımlanmamıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 4.maddesinde bu deyim, adli ve önleme aramaları için ayrı ayrı açıklanmıştır. Buna göre, **adli aramalarda gecikmesinde sakınca bulunan hal**, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması ihtimalini ifade etmektedir.

³⁸⁷ KOPARAN, a.g.m.

Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceğinden, bu sınırlamaya uyulmaksızın kolluk amirince verilen arama emri, yazılı olsa da hukuka aykırı olacaktır(CMK m. 119).

1982 Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile buna paralel olarak 2559 sayılı PVSK'nunda ve 5271 sayılı CMK'da yapılan değişiklikler gereğince hakim kararı gibi, yetkili merciin yani Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin emrinin de mutlaka yazılı olması şartı³⁸⁸, karşısında yazılı olmayan arama kararı veya emri hukuka aykırı olacaktır.

Ayrıca arama kararı veya emrinde aranacak yerler ile kişilerin ve ayrıca elkonulacak eşyaların da belirtilmesi ve tanımlanması gereklidir(CMK m. 119/2, AÖAY m. 7/7). Belirli bir zaman şartı içermeyen ve aranacak kişilerle, yerlerin belirtilmediği arama kararları, usulüne uygun arama kararları olmadığından, bu şekildeki kararlara dayalı olarak yapılan aramalar da hukuka aykırı olur. Amerikan Yüksek Mahkemesi de, hakimin vermiş olduğu bir genel arama kararı sonucu elde edilen delilleri yok saymıştır³⁸⁹.

4. Aranılacak Kişiler Bakımından

Diplomatik dokunulmazlığa sahip olanlar, yargı mensupları, yasama dokunulmazlığı olanlar ve cumhurbaşkanının hangi şartlarda aranacağı ve tabii oldukları kanunlar yukarıda ayrıntılı bir biçimde açıklandığından burada bunlara değinilmeyecektir. Kuşkusuz, bu kişiler hakkında getirilen kanuni düzenlemelere aykırı aramalar hukuka aykırı olacak, bu arama sonunda elde edilen deliller de delil yasakları kapsamında olacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir husus da, suçüstü hallerindeki yakalama sırasında, kolluğun kişinin üzeri ve meskenini arama yetkisinin olup olmadığı, yakalamanın kolluğa bu yetkiyi verip vermediğidir. Kural olarak yakalamanın amacı, delil elde etmek olmayıp, şüpheli veya sanığın elde edilmesidir. Ancak suç işlemede kullanılan araçların ve diğer delillerin yakalanan kişinin üzerinde olması ihtimali bulunduğundan, yakalama sırasında hâkim kararı olmadan kolluğun kişi üzerinde

³⁸⁸ ATASOY, s. 144.

³⁸⁹ Lo. .1. Sales Inc. V. Mevv York-1979. (KAYMAZ, s. 145)

arama yapması hukuka aykırı sayılmamalıdır³⁹⁰. Zaten AÖAY'nin 8/b ve YGİAY'nin 6/2. maddelerinde bu hallerde arama için hakim kararına gerek olmadığı belirtilmiştir.

Ancak burada şöyle bir soru akla gelmektedir: *Tutuklama kararı ve yakalama müzekkeresi üstü kapalı bir arama kararı niteliğinde midir?* Bu konuda CİHAN-YENİSEY, tutuklama kararı veya yakalama müzekkeresinin üstü kapalı bir arama kararı niteliğinde olduğunu belirtmişler³⁹¹, KUNTER-YENİSEY- NUHOĞLU'da bu görüşü savunmuştur³⁹². ÖZBEK ise elkoyma ve gözaltına alma kararının da arama kararını içerdiğini savunmuştur. Yazara göre, gözaltına alma, tutuklama ve elkoyma kararı verilirken en az arama kararı verilirken gösterilen titizlik gösterilecektir. Hatta yakalama ve tutuklama kararı daha yoğun bir şüpheyi gerektirdiği için daha da hassas olacaktır. Burada dikkat edilecek husus kararın verilmesi bakımından değil, kararın yerine getirilmesi bakımındandır³⁹³.

AÖAY'nin hakim kararı olmadan arama yapılabilecek haller başlıklı 8. maddenin (a) bendi ve yine yönetmeliğin 30. maddesinin 2. fıkrası da tutuklama kararı veya yakalama müzekkeresinin üstü kapalı bir arama kararı niteliğinde olduğu görüşünü destekliyor idi. Ancak, Danıştay 10. Dairesi, 19.01.2006 tarihinde Yönetmeliğin 8. maddesinin (a) fıkrasında yer alan "hakkında tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçağın *yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada*" hakim kararı alınmasına gerek olmadığına dair hüküm ile bunun uzantısı olan "haklarında gıyabî tutuklama, tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için" konutta yapılacak aramalarda ayrıca arama kararı alınmasına gerek olmadığına dair yönetmeliğin 30. maddesinin ilk fıkrasının yürütmesini durdurmuştur³⁹⁴. Bunun üzerine artık tutuklama kararı veya yakalama müzekkeresinin aynı zamanda bir arama emri olduğunu söylemek güçtür. Ancak yakalama müzekkeresi veya tutuklama kararı üzerine kişi yakalanmışsa kişinin üzeri aranabilecektir. Çünkü

³⁹⁰ SOKULLU-AKINCI, s. 147.

³⁹¹ CİHAN-YENİSEY, s. 217.

³⁹² KUNTER-YENİSEY- NUHOĞLU, s. 941.

³⁹³ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 426.

³⁹⁴ T.C. Danıştay Onuncu Daire, E. 2005/6392, T. 19.01.2006, Yürütmeyi Durdurma Kararı(Danıştay 10. Dairesi Mahkeme kaleminden temin edilmiştir)

Danıştay, yönetmeliğin 8. maddesinin (a) bendinin bu kısmının yürütmesini durdurmamıştır³⁹⁵.

Yakalama sırasında kolluğun kişi üzerinde yapacağı arama, işlenmiş olan suçla yakından ilgilidir ve yakalanan kişinin işlediği iddia edilen suçun niteliği ile sınırlıdır. İşlenen her suç, kişi üzerinde arama yapmayı haklı kılmaz. Kişinin üzerinde ve meskeninde arama yapmak için, aranılan suç delillerinin şüpheli ve sanığın üzerinde taşınmasının mümkün olması ve aramanın işlenen suç açısından gerekli ve yararlı olması lazımdır. Örneğin, çok büyük hacimdeki bir suç aletinin şüpheli veya sanığın üzerinde bulunması mümkün olmadığından, suç delili elde etmek amacıyla kişinin üzerinde arama yapılması hukuka aykırıdır³⁹⁶. Aynı şekilde bir trafik kazası sonucu yaralamaya veya ölüme sebebiyet vermek suçunu işleyen sanığın evinde ve üzerinde bu suça ait delillerin bulunması mümkün olmadığından ve bu gibi hallerde arama, gerekli ve faydalı olmadığından yapılan arama hukuka aykırı olur³⁹⁷.

Meskenin(konutun) aranması sırasında, eğer arama kararında meskende bulunan kişinin aranması hususu yer almıyorsa, kişinin üzeri kural olarak aranmaz, kişinin yalnızca aranacak meskende olması, aranması için yeterli bir neden değildir(CMK m. 119/2)³⁹⁸.

5. Aramanın Zamanı Bakımından

Aramanın hangi zaman dilimi içinde yapılacağı ilgili karar veya emirde mutlaka belirtileceğine göre aramanın belirtilen süre içinde başlanıp bitirilmesi asıldır.

Kural, aramanın gündüz yapılmasıdır. Gece arama yapılması sıkı koşullara tabi tutulmuştur.(CMK.118(2) md.) Dolayısıyla gündüz için alınan arama kararı gece icra edilemez³⁹⁹.

Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde adli arama gece yapılamaz. Ayrıca bu yerlerde kolluk âmirinin yazılı emriyle de arama yapılamaz. Ancak;

a) Suçüstü hâlinde,

³⁹⁵ Yürütmeyi durdurma gerekçesi için bkz. Tez s. 58-60.

³⁹⁶ KAYMAZ, s. 148.

³⁹⁷ KAYMAZ, s. 149.

³⁹⁸ YENİSEY, Arama, s. 31.

³⁹⁹ KOPARAN, a.g.m.

- b) Gecikmesinde sakınca bulunan hâlde,
- c) Firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması hâlinde,
- d) Geceleyin herkesin girip çıkabileceği 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 7 nci maddesinde sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde, gece adli arama yapılabilir(AÖAY m. 31).

Gece arama yapılmasından maksat, aramaya gece başlanmasıdır. Bu yüzden gündüz başlayan bir aramanın geceye sarkması halinde de aramaya devam edilerek bitirilmelidir.⁴⁰⁰ Ayrıca JTGY' nin 113.maddesinde bu doğrultudadır⁴⁰¹.

Bununla birlikte gündüz başlanıp bitirilebilecek iken aramanın bilerek geceye sarkıtılarak sürdürülmesi hem yapılan aramayı hem de elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirecektir.⁴⁰²

Adli aramalar zaman açısından sıkı koşullara bağlanmasına rağmen, önleme aramaları, denetimler ve kontroller her zaman yapılabilir(bkz. AÖAY m. 31/son).

6. Arama İşlemi Bakımından

5271 sayılı CMK'da aramanın nasıl yapılacağına ilişkin açık düzenlemeler yapılmasa da, AÖAY'nin 28, 29 ve 30. maddelerinde, aramayı gerçekleştiren kolluk görevlilerinin aramanın amacı ve sebepleri hakkında, aramaya maruz kalana açıklama yapıp, bilgilendireceklerine dair hükümler yer almaktadır. Bu nedenle, arama karar veya emrinin ilgiliye gösterilmesi ve aramanın amacını tehlikeye düşürmeyecekse eksiksiz ve doğru olarak bilgilendirme yapılması gerekir⁴⁰³.

Arama kararının ilgiliye gösterilmesi ve aramanın amacının bildirilmesi, AİHS'nin 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) gereğince "kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda haberdar edilme hakkı" nın da bir

⁴⁰⁰ KAYMAZ, s.159..

⁴⁰¹ JTGY' m. 113/5: "Aramanın gündüz yapılması, aramaya gündüz başlanmış olması demektir. Gündüz başlanan aramalar gece de sürdürülebilir".

⁴⁰² KAYMAZ, s. 159.

⁴⁰³ ERYILMAZ, s. 175.

gereğidir. Bu yüzden arama hususunda bilgi verilmemesi, eksik veya yanlış bilgi verilmesi aramayı hukuka aykırı kılabilir⁴⁰⁴.

Fakat, bazı hallerde zabitanın kendisini tanıtmaması ve arama yapılacak yerde bulunan kişilere haber vermesi halinde sanığın kaçması ve delillerin kaybolması tehlikesi doğabilir, keza, kişilerin hayatı için de tehlike söz konusu olabilir. Bu durumlarda zabıta haber vermeden arama yapılacak yere girerek arama yapabilir ve bu şekilde yapılan arama sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı olmaz⁴⁰⁵.

Arama işlemi sırasında ölçülülük ilkesine uyulmalı gereğinden fazla güç kullanılmasından kaçınılmalıdır. Aksi halde arama hukuka aykırı hale gelebileceği gibi, 5237 sayılı TCK'nun 256. maddesi kapsamında cezai sorumluluk doğabilir⁴⁰⁶.

Aramada hazır bulunabilecekleri düzenleyen CMK'nun 120. maddesinde "Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedinin aramada hazır bulunabilir", denilmiştir. Ancak, maddede yalnızca arama işlemine tabi yerlerin veya eşyanın sahibinin aramada hazır bulunma hakkına sahip olduğu belirtilmekte, şüpheli ve sanığın aramada hazır bulunma hakkına sahip olup olmadığı hususunda maddede bir açıklık bulunmamaktadır. Kanunda bu yönde bir açıklık bulunmaması nedeniyle şüpheli ve sanığın aramada hazır bulundurulmasının zorunlu olup olmadığı ve bulunmaması halinde yapılacak aramanın hukuka aykırı olup olmayacağı hususu tartışmalara neden olmuştur. ÖNDER, arama yapılan yerin veya eşyanın sahip veya zilyedi olan sanık ile müdafisinin hazır bulunma hususunda bir hakka sahip olmadığı, ancak şüphelinin bu hakka sahip olduğu görüşündedir⁴⁰⁷. Bu görüşün 5271 sayılı CMK'nun 120/3. maddesi karşısında geçerliliği kalmamıştır.

Ancak bu konuda genel olarak kabul edilen görüş; Sanık, eğer aranan yerin sahip veya zilyedi ise, kendisinin veya müdafisinin aramada hazır bulunabileceği şeklindedir⁴⁰⁸. Hemen belirtelim ki CMK. 120/3. "maddesinde Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz" denmekle bu görüşü doğrulamaktadır.

⁴⁰⁴ ÖZBEK, Arama, s. 135.; Nitekim, Amerikan Yüksek Mahkemesi, yeterli bilgi vermeme veya hile yoluna başvurarak kapının arkasından alçak sesle polis olduğunu bildirdikten sonra eve zorla girme durumlarının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. (SOKULLU- AKINCI, s. 141-142).

⁴⁰⁵ YENİSEY, Arama, s. 36-37.

⁴⁰⁶ KOPARAN, a.g.m.

⁴⁰⁷ ÖNDER, s. 444.

⁴⁰⁸ CİHAN-YENİSEY, s. 214.; KAYMAZ, s. 158.

Zira, kanunda aramaya tabi eşyanın sahibi veya zilyedinin aramada hazır bulunabileceği belirtildiğine ve sanık da bundan istisna tutulmadığına göre, eğer sanık aranan yerin veya eşyanın sahibi veyahut zilyedi ise, aramada kendisi hazır bulunabileceği gibi müdafisi de hazır bulunabilecektir. Dolayısıyla yapılan aramada sanık veya müdafisinin hazır bulunma taleplerinin reddi halinde yapılan arama hukuka uygun bir arama olmayacaktır⁴⁰⁹.

B. HUKUKA AYKIRI OLARAK ELDE EDİLEN DELİLLERİN MUHAKEMEDE KULLANILAMAMASI

Ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğin araştırılması olduğu daha önce söylenmişti. Ancak, sınırsız bir şekilde araştırma yapmak yetkisi toplumsal ve bireysel hak ve özgürlükleri yok edebilir. İşte hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi konusunda getirilen sınırlamalara *delil yasakları* denir⁴¹⁰. Bu bağlamda arama koruma tedbirine başvurulması da maddi gerçeğe ulaşma araçlarından biri olarak hiçbir koşul ve sınır tanımadan uygulanamaz. Arama koruma tedbiri bakımından anayasa ve yasalarda getirilmiş koşullar yanında, ona hakim olan ilkelere de uyulmalıdır. Bunlara uyulmaması aramanın ve bunun sonucunda elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılmasına yol açacaktır. Bir delilin hukuka aykırı sayılması halinde ise sorun bu delilin muhakemede kullanılabilip kullanılamayacağı noktasında düşümlenir⁴¹¹.

⁴⁰⁹ KAYMAZ, s. 158.

⁴¹⁰ ÖZTÜRK, Bahri, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, 1995, s. 1 vd.

⁴¹¹ **İngiliz hukukunda**, hukuka aykırı olarak elde edilen delil muhakemede kullanılamaz. Bu şekilde elde edilen bir delil daha muhakemenin başında sahibine iade edilmelidir. Öte yandan gerçeğe aykırı olarak, hile yoluyla elde edilen arama kararının varlığı halinde karar yanlış bir bilgi üzerine verilmiş veya kötü niyetli bir yemine dayanılarak talep edilmiş ve arama sonuçsuz kalmışsa ilgililere karşı bir hukuk davası açılarak zarar tazmin ettirilebilir. Böyle bir durumda ilgili polisin tutuklanması da mümkündür (HAMPTON, 40 vd.; MICHALLEK, 127; GÜNTHER, 154(Nakleden, ÖZBEK, Arama, s. 155). Sanığın dava açabileceği diğer haller ise şunlardır: a) Aramanın yasal olmayan bir biçimde yapılması, b) Eşyaya yasaya aykırı olarak elkonulması veya muhafaza altına alınması (HAMPTON, 40). Tüm bu hallerde sorumluluk yetkisiz veya yetkisine tecavüz ederek ev ya da kişi aramasını icra eden memurdadır. Bu konuda yalnızca polisin sorumlu olmasının nedeni İngiltere'de devletin sorumluluğu bakımından "Kral yanlış yapmaz" prensibinin geçerli olmasıdır(Nakleden, ÖZBEK, Arama, s. 155).

ABD hukukunda da arama amacına ulaşsa dahi, aramada temel hak ve özgürlüklere kabulü mümkün olmayan bir müdahalede bulunulmuşsa elde edilen delil kullanılamaz (MICHALLEK, 134). Yine mahkeme, kararında anayasa ihlal edilerek elde edilen bir delile dayanmışsa bu karar iptal edilmelidir. Zira bu şekilde elde edilen kararlar yasadışı delil kapsamında olup, muhakemede kullanılamaz (Nakleden, ÖZBEK, Arama, s. 155).

Eyalet uygulamalarında usulüne göre verilmemiş bir kararlar veya herhangi bir karar olmaksızın yapılan aramadan dolayı bu aramayı yapan polis memurlarına karşı müdahalenin men'i ve tazminat davası açılmaktadır. Aynı zamanda polise karşı disiplin soruşturması da yapılabilir (MICHALLEK, 135; ÖZBUDUN, s. 273). Görüldüğü üzere, polisin sorumluluğu kişiseldir. Amerika'da polis memurunun yanlış davranışından ileri gelen bu sorumluluğu şuradan kaynaklanır: Polis görevini

Kanuna aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delillerin duruşmada ortaya konulamaması (CMK 206/2-a) ve yüklenen suçun, sadece hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilmesi (CMK 217/2), Anayasamızın garantisi altında bulunan temel insan hakları ve hürriyetlerinin korunması amacı ile kabul edilen yasaklardır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise, serpiştirilmiş bir şekilde birçok maddesinde "hukuka aykırı" olduğunu belirlediği "delil elde etme yöntemlerini" göstermiş ve 217/2. maddesinde ise, "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" demiştir⁴¹².

Bununla birlikte doktrinde konuyla ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür: ÖZTÜRK-ERDEM'e göre, Anayasanın 38/6. maddesinde, "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez" denilirken eski CMUK m. 254/2'de "hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller.."; yeni CMK m. 217/2'de de "hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş her türlü delil" denilmesi karşısında, Anayasaya göre artık elde edilen delilin hukuka uygun olarak mı değil; kanuna uygun olarak mı elde edildiğine bakılacak; *hak ihlaline yol açmayan en küçük bir aykırılık bile*, elde edilen delili kullanılamaz hale sokacaktır⁴¹³.

KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU'na göre; hukuka aykırı deliller, kovuşturma organları tarafından yapılan işleme ve bu işlemin kanunla düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki menfaate göre tasnif edilmelidir. Yeni CMK 217'de olumlu yönden ele alınıp, "hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil" olarak belirlenen konu tartışılırken, hem delil yasakları görüşü, hem de korunan hukuki menfaat birlikte ele alınmalı ve önce elde edilen delilin "hukuka aykırı" olup olmadığı belirlenmelidir. Bundan sonra, hukuka aykırı olduğu belirlenen bu delili hüküm verirken kullanıp kullanmamak, mahkemenin takdirine bırakılmalıdır. Sonuçta verilen karar, sanığın "adil yargılanma hakkını" ihlal etmeyecekse, hukuka aykırı olan delilin dahi, hükümde kullanılması ilkesi benimsenmelidir. Ancak, Kanun bir "delil yasağı" koymuşsa, bu delilin de hiç bir şekilde kullanılmaması gerektiği kabul edilmelidir⁴¹⁴.

yerine getirirken bir takım zararlar verebilir. Kişiler de organize bir toplumda yaşamlarının ödülü olarak buna katlanmalıdırlar(Nakleden, ÖZBEK, Arama, s. 155).

⁴¹² KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 1030.

⁴¹³ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 444.

⁴¹⁴ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 1035.

Görüldüğü gibi, ÖZTÜRK-ERDEM, mutlak bir delil değerlendirme yasağını kabul etmiş, KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU ise daha esnek bir anlayışla hukuka aykırı bir şekilde elde edilen deliller konusunda ikili bir ayrıma gitmiş, bazı delillerin hukuka aykırı elde edilmiş olmasına rağmen kullanılıp kullanılmayacağı somut olaydaki anayasal hakların ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda mahkemeye takdir yetkisi vereceğini; bunun yanında, kanun koyucunun mahkemeye bir takdir yetkisi tanımaksızın delil elde edilirken yapılan ağır hukuka aykırılık nedeniyle o delili yasakladığı hallerde bu delilin muhakemede kullanılmayacağını belirtmiştir.

Kanaatimizce de kişinin anayasal haklarını ihlal etmeyecek şekilde hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin muhakemede kullanılıp kullanılmaması mahkemenin takdirinde olmalıdır. Örneğin, arama kararında hâkimin imzasının olmaması bir usül eksikliğidir. Sonradan giderilebilir bu eksiklik yüzünden bu karara dayanılarak yapılan arama sonucunda elde edilen delilleri “delil yasakları” kapsamında değerlendirmenin hukukun genel ilkelerine uygun düşmeyeceği söylenebilir.

Nitekim, AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde "hukuka aykırı olarak toplanan delillerin yargılamada kullanılmayacağına" dair özel bir düzenleme yoktur. AİHM delilin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olmasını kesin bir ret sebebi olarak kabul etmemektedir⁴¹⁵.

AİHM, "işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına aykırı davranılmak suretiyle elde edilen deliller ile özel yaşamın gizliliğini ihlal ederek elde edilen delilleri kesin olarak ret etmekte ise de, bunlar dışında kalan hukuka aykırılık hallerinde hukuka aykırılığın ihlal ettiği anayasal hakkı ve elde edilen delilin yargılama sonucuna olan etkisini değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeler, üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilebilirliği açısından da aynen uygulanmaktadır. Burada da, şayet hüküm sadece bu delile dayanarak verilmişse "adil yargılanma hakkı"nın ihlal edildiği kabul edilmekte ve delil ret edilmektedir. Aksi halde ise, elde edilen delilin önemi ile hukuka aykırılık sonucu ihlal edilen hakkın karşılaştırılması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi benimsenmiştir⁴¹⁶.

⁴¹⁵ İNCEOĞLU, s. 287.

⁴¹⁶ İNCEOĞLU, s. 287.

II. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI ARAMANIN SUÇ TEŞKİL ETTİĞİ HALLER

Hukuka aykırı armanın suç teşkil ettiği haller 5237 sayılı TCK'nun çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak konumuzu genişleteceği endişesiyle bu hükümler hakkında sadece bilgi vermekle yetinip, ayrıntıya girmeyeceğiz.

5237. sayılı TCK'nın 116. maddesinde *konut dokunulmazlığını ihlal suçu* açıklanmış olup, bu suçun "kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle" işlenmesi (TCK m. 119/1-e) eylemin nitelikli hali olarak sayılmıştır. Buna göre, kolluk görevlisinin hukuka aykırı olarak konutta yapacağı arama faaliyeti konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacağından, hakkında soruşturma yapılacaktır⁴¹⁷.

5237 sayılı TCK'nun "*Hakız Arama*" başlıklı 120. maddesi hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstününün veya eşyasının "kamu görevlisi" tarafından aranması fiilini üç aydan bir yıla kadar hapis cezası yaptırımına bağlamıştır. 5237 sayılı TCK'nın 24/3. maddesinin " konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur", hükmü karşısında, emri veren kamu görevlisi de bu suçtan müşterek fail olarak sorumlu olur⁴¹⁸. Aramanın yapılıp bitmiş olması şart değildir. Çünkü suç, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Örneğin görevli olmayan ve yasal koşulları oluşmadığı halde arama yapan polis memuru ve gece bekçisi de bu suçu işlemiş olur⁴¹⁹. Madde metninde geçen "hukuka aykırı olarak" ibaresinden maksat, yürürlükteki mevzuatın izin vermediği haldir. Adli aramaya ilişkin ayrıntılı kurallar 5271 sayılı CMK ve AÖAY'de düzenlenmiştir. Buna göre, CMK'nun 119/1. maddesinde belirtilen yetkili makam tarafından verilmiş geçerli bir arama kararı olmaksızın veya aynı

⁴¹⁷ ÖZGENÇ, s. 821.

⁴¹⁸ PARLAR, Ali- HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. I, Ankara, 2007, s. 954.

⁴¹⁹ ".....polis memuru olan sanık M.G.,polis memuru olan sanık B.A. ve S.K, gece bekçisi olan sanık H.Ç. olay aksamı bir lokantada içki içtikten sonra bir taksiye binerek sanık BA. ve H. Ç. nin görevli oldukları karakol yetkililerinden izin aldıkları, daha sonra aynı taksi ile saat 02.00 sıralarında, Gençlik Parkına gelerek, olay yerinde görevli olmadıkları halde, müşteki Ö.D. nin çalıştığı kiraathaneye giderek, orada bulunan bazı şahısların üzerlerini aradıkları ve Tarsuslu olduğu bildirilen ve kimliği saptanamayan bir kişiyi de dışarıya çıkardıkları anlaşılmaktadır. Olayın açıklanan oluş biçimine göre; polis memuru ve gece bekçisi gibi güvenlik görevlisi olan sanıkların eylemi, olay yerinde görevli olmadıkları halde, memuriyet görevlerini ve sıfatlarını kötüye kullanarak kişilerin üstlerini aramaktan ibarettir. Bu eylem de TCK'nın 183(5237 sayılı TCK m. 120)maddesinde yazılı suç oluşturur..."YCGK 26.6.1979, 5-235/306(SAVAŞ, Vural- MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu**, C. 2, Ankara, 1995, s. 2189)

maddenin 2. fıkrasında belirlenen sınırlamalara uyulmaksızın yapılan bir arama hukuka aykırı olması nedeniyle TCK 120. maddedeki suçu oluşturacaktır⁴²⁰.

Yapılan aramanın şartları hukuka uygun olduğu halde, aramanın icrasında hukuka aykırı eylemlerde bulunulması halinde; örneğin zor kullanma yetkisi aşılması halinde TCK 256. maddenin yollamasıyla, TCK'nin 86/3-d maddesi gereğince, "*kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle kasten müessir fiil*" suçu, aramada ölçü kaçırılmış ise TCK'nin 257. maddesi gereğince "*görevi kötüye kullanma*" suçu oluşacak ve buna sebep olan kamu görevlisi hakkında yukarıda açıklandığı şekilde soruşturma yapılması söz konusu olacaktır⁴²¹.

Ayrıca 5271 sayılı CMK'nın "Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır", şeklindeki 161/5. maddesi gereğince, hukuka aykırı arama yapan kolluk görevlileri hakkında soruşturmalar Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya yapılır⁴²².

III. HUKUKİ DENETİM

Arama hukuku ile ilgili mevzuatımızda sıkı bir denetleme mekanizması bulunmakta olup, bunlar sırasıyla;

a) Arama için, kural olarak hâkimden arama kararı alınması gerekir. Hâkim kendisine sunulan raporu ve varsa diğer belgeleri inceleyerek ilk hukuki denetimi yapacaktır. Bu denetim neticesinde, hâkim arama talebinin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmek suretiyle, daha baştan itibaren hukuki denetim yaparak, gereksiz ve hukuka aykırı aramalara engel olacaktır⁴²³

Hâkim arama talebini değerlendirirken, sadece yasaya uygunluk denetimi yapmayacak, aynı zamanda amaca uygunluk yönünden de denetim yapacaktır⁴²⁴.

⁴²⁰ PARLAR- HATİPOĞLU, s. 955.

⁴²¹ ÖZGENÇ, s. 776.

⁴²² MALKOÇ, İsmail, *Açıklamalı- İctihatlı Memur Yargılaması*, Ankara, 2006, s. 31.

⁴²³ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 595.

⁴²⁴ Bkz. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 424.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bu talebi alan yetkili merciin de aynı denetimi yapması gerekir. Yetkili merciin hukuki denetim yapmadan vereceği yazılı arama emri, keyfi ve haksız uygulamalara yol açabilecektir. Bu durumda, haksız ve keyfi uygulamaya neden olan görevliler gibi, emri veren mercide bundan sorumlu olacaktır⁴²⁵.

b) 1982 Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin verdiği yazılı arama izninin yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulacağı belirtilmiş, bu başvuruyu alan hâkimin, elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde kararını açıklayacağı, aksi halde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı açıklanmıştır.

Bu düzenleme gereğince, yetkili merciin vereceği arama izninin mutlaka hâkim onayına sunulacağı belirtilmekte ise de, uygulamada sadece elkoyma işlemi yapılan arama işlemleri yönünden bu kuralın geçerli olduğu, arama neticesinde herhangi bir el koyma işlemi yapılmamış ise hâkim onayına gerek olmadığı ileri sürülmüştür. Hatta ele geçirilen eşya veya diğer şeyler ilgilinin rızasıyla teslim edilmiş ve bunlar muhafaza altına alınmış ise, bu durumda da hâkim onayının şart olmadığı belirtilmektedir⁴²⁶.

Nitekim CMK'nun 119. maddesinde “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile” arama yapılabileceği belirtilmekte ve “kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirileceği” belirtilmekte ise de, Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı arama emrinin hâkim onayına sunulacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır⁴²⁷.

CMK'nun 123.maddesinin 1. fıkrası gereğince “ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri”nin rızayla teslimi halinde bu işlemin “muhafaza altına alma” olduğu belirtilip, 2. fıkrasında da, “kişinin rızasıyla teslim etmediği eşyaya elkonulabileceği” açıklanmış, aynı kanunun 127/3. maddesinde ise; “hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı,

⁴²⁵ ATASOY, 168.

⁴²⁶ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 558.

⁴²⁷ YAŞAR, s. 508.

hâkimin kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklayacağı, aksi halde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı” belirtilmiştir⁴²⁸. Buna göre, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili mercii yazılı emriyle yapılan arama işlemi neticesinde, her hangi bir şey bulunamamış, ya da bulunan şey ilgilinin rızasıyla kolluk görevlilerine teslim edilmiş ise, hâkim onayına sunulması gerekmez⁴²⁹.

c) Aramanın kimin tarafından yapıldığının arama tutanağında yazılacağına dair CMK'nun 119/3 ve ilgilinin talebi halinde yapılan işlemi belgelendirileceğine dair 121. maddeleri de hukuki denetime ilişkin düzenlemeler arasında yer almaktadır. Zira bu yolla aramaya maruz kalanın, mağduriyet iddiasıyla ilgililer ve devlet aleyhine adli ve idari yargı nezdinde hukuki yollara başvurma ve hatta uluslar arası hukuki denetim mekanizmalarına (AİHM'ne) başvurma imkânının önü açılmış olmaktadır⁴³⁰.

d) CMK'nın 127/4. maddesinde düzenlenen “Zilyetliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir” hükmü de arama ve elkoyma tedbirlerine maruz kalan kişiler için getirilmiş bir denetim mekanizmasıdır.

Nihayet, arama kararını veren mercii açısından da bir denetim mekanizması getirilmiştir. Aramaya hâkim tarafından karar verilmişse, hakim kararlarına karşı itiraz mümkün olduğundan CMK'nın 267. maddesine göre hakim arama kararına itiraz edilebilecektir. Aramaya mahkeme tarafından karar verilmişse bu durumda mahkeme kararlarına itiraz mümkün olmadığından son kararlar birlikte temyiz yoluna gidilebilir(CMUK m. 306)⁴³¹.

IV. ARAMANIN ÖLÇÜSÜZ İCRASI DOLAYISIYLA TAZMİNAT HAKKI

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, haksız yakalama ve tutuklama halleri⁴³² dışında, belirli ölçülerde olsa dahi, aramaya ilişkin olarak tazminatın kabulü, ülkemizde hukuk devletinin gelişmesi adına çok önemli bir kazanım olarak

⁴²⁸ CENTEL- ZAFER, 2005, s. 303

⁴²⁹ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 469.

⁴³⁰ TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, s. 84- 87.

⁴³¹ Bkz. ÖZBEK, Arama, s. 163.

⁴³² Bu konuda bkz. HAKERİ, M. Hakan, **Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi**, Ankara, 1999, s.19 vd.

düşünülmelidir. Zira uygulamada, yıllardır ne yazık ki, adli aramanın gereksiz ve ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle ilgililer İdareye karşı veya haksız yakalama ve tutuklamada olduğu gibi Devlete karşı bir dava açamıyorlardı⁴³³. Gerçi doktrinde, İdare'nin personelini yeterli düzeyde eğitmemesi ve denetim sağlamaması nedeniyle bu tür olayların meydana gelmesini önleyici tedbirleri almaması dolayısıyla ihmalden kaynaklanan hizmet kusurunun⁴³⁴ varlığından bahisle İdareye karşı tam yargı davasının açılacağı ileri sürülmekte ise de gerçekte bu hususta yasal bir boşluğun olduğu da haklı olarak ifade edilmektedir⁴³⁵.

Nitekim adli aramanın adli bir işlem olması dolayısıyla uygulamada İdare aleyhine davanın açıldığına ilişkin bir içtihadı rastlamak mümkün olmamıştır⁴³⁶.

İşte bu boşluğu doldurmak amacıyla 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanununa bir hüküm konulmuştur. Bu kanunun Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlıklı Yedinci Bölümünün 141/1.maddesinin i bendine göre, *suç soruşturması veya kovuşturması sırasında hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişiler*, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler. Bu madde bakımından arama kararı, CMK'nun 119.maddesindeki başlıktan da anlaşılacağı üzere, hem hakim kararı hem de Cumhuriyet Savcısının yazılı emrini ifade etmektedir⁴³⁷. Ayrıca burada “aranan şeyin niteliği” ölçüyü belirleyecektir⁴³⁸.

5271 Ceza Muhakemesi Kanununun 142/1.maddesi uyarınca, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. Bu hususta nereye başvurulacağı ve hangi prosedürün takip edileceği yine bu maddenin müteakip fıkralarında ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir⁴³⁹.

⁴³³ GÜLŞEN, a.g.m.

⁴³⁴ **Hizmet kusuru**, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde yada işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir. Bkz. GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2003, s. 332.

⁴³⁵ Bkz. ÖZBEK, Arama, s. 162.

⁴³⁶ Gerçekten, ülkemiz idari yargı uygulamasında, yargı faaliyetlerinden dolayı, aksine kanun hükmü bulunmadıkça, devletin sorumlu tutulmayacağı kabul edilmektedir. Buna göre, idari eylem ve işlem olarak düşünülmesi mümkün olmayan ceza yargılaması nedeniyle idarenin tazminat sorumluluğu söz konusu değildir. Oysa, kesin hüküm teşkil etmeyen adli kolluk işlemleri bakımından devletin sorumsuzluğunu gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt:II, Bursa, 2003, s.960 vd.

⁴³⁷ GÜLŞEN, a.g.m.

⁴³⁸ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 999.

⁴³⁹ Bkz. YAŞAR, 551-552.

Diğer yandan, devletin, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu edeceği de kanunda açıklanmıştır(m.143/2). Buna göre, ödenen tazminat, haksız aramaya neden olan kamu görevlisine mutlaka rücu edilecektir. Bu konuda idareye inisiyatif tanınmamıştır⁴⁴⁰.Ancak madde gerekçesinde bu konuda kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı mahkumiyetinin şart olup olmadığına ilişkin bir açıklamaya rastlanmamaktadır⁴⁴¹.

Bu düzenlemelerin hukuk düzenimize kazandırılması, mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından çok olumlu bir gelişmedir. Ayrıca, aramayı yerine getirirken kolluk görevlilerinin verdikleri ölçsüz davranış sonucu verilen zarar dolayısıyla devletçe ödenen tazminatın, kendilerine ödettirmesini içeren bu hüküm, aramanın daha ölçülü ve dikkatli gerçekleştirilmesini sağlayacaktır⁴⁴².

İdarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna dair Anayasanın 125. maddesi gereğince, önleme aramaları yönünden de, işleme maruz kalanların tazminat talep etme hakları vardır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/b maddesi gereğince, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan zarar görenlerin tam yargı davası açma hakları olduğu belirtilmiş olup, aynı kanunun 13. maddesi gereğince de, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri, bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, dava açılacakları açıklanmıştır⁴⁴³.

⁴⁴⁰ MALKOÇ- YÜKSEKTEPE, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 391.

⁴⁴¹ Madde gerekçesi için bkz. NOYAN, Erdal, **Ceza Muhakemesi**, Ankara, Adil Yayınevi, 2005, s.335.: KOPARAN'a göre, bu konuda kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı mahkumiyeti durumunda rücu mümkün olabilmelidir(KOPARAN, a.g.m.)

⁴⁴² GÜLŞEN, a.g.m.

⁴⁴³ ERYILMAZ, s. 287-288.

V. KONU İLE İLGİLİ YARGITAY KARARI VE YORUMU

Sanığın ikametgâhında kenevir bitkisi bulunduğu yönünde alman istihbarat üzerine, hâkimden karar alınmaksızın yapılan aramada, 50 kök kenevir bitkisi ele geçirilmiş, bu şekilde arama sonucu elde edilen delille sanığın ikrarı da dikkate alınarak yerel mahkemece sanığın mahkûmiyetine karar verilmiştir.

Hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi, hükmü; “alınan ihbar üzerine hakimden arama kararı alınarak, gecikmesinde sakınca varsa yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri ile sanığın ikametgahında arama yapılması gerekirken, il merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu belirtilmeden, hakim kararı olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak, başkaca delille desteklenmeyen mücerret ikrarın da mahkûmiyete esas teşkil edemeyeceği gözetilmeden sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi" isabetsizliğinden bozmuştur⁴⁴⁴.

Yargıtay özel dairesinin bozma kararına, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının; “somut olayda sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde hakim önündeki ikrarının özgür iradesine dayanması ve bu ikrarın başkasının suçunu üstlenmeye yönelik olduğunun ileri sürülmemesi karşısında kabule değer bir delil niteliğinde bulunduğunu, dolayısıyla sanığın suçunun sabit olduğunu belirterek”, itiraz yasa yoluna başvurusuyla dosya Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gelmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu: “Arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemeye göre, arama ancak hakim kararıyla mümkündür. C.Savcılar ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön şart olarak, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğu söz edebilmek için de, ilgilinin hakime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.

Somut olayda zanlının, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince 24 Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. *Ancak, sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hakim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk*

⁴⁴⁴ Yarg. 7. CD. 22.6.2005 Tarih, 17151 E., 8610 K.(EROL, 217)

tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma gün ve saatleri içerisinde gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Somut olaydaki hukuka aykırılığı bu suretle saptadıktan sonra, hukuka aykırı biçimde elde edilen delilin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı sorununun inceleyecek olursak;

...sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının Yerel Mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmamaktadır. Esasen somut olayda; *aramanın hukuka aykırı olduğu ve sonucunda elde edilen delilin hükme esas alınamayacağı hususunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında bir görüş farklılığı söz konusu değildir. Çözümü gereken uyumsuzluk, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi delil dışındaki diğer delillerin, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkûmiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır:*

Soruşturmaya, sanığın evinde hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bir ihbar üzerine başlanmıştır. Sanık ise, gerek sulh ceza hakimince gerekse mahkemece tüm yasal hakları hatırlatılarak sorguya çekildiğinde: 25 yıldır uyuşturucu kullandığını, esrar elde etmek için olaydan iki ay önce evinin damına hint keneviri bitkisi ekip yetiştirdiğini, bunların yapraklarını kurutarak esrar elde edip içtiğini, bilahare hakkında ihbar vaki olduğunu ikrar etmiş; temyiz dilekçesinde dahi hint keneviri bitkisi yetiştirdiğini, ancak bunların cüz'i miktarda olduğunu belirtmiştir. Sanığın eskiden beri uyuşturucu kullandığı ve hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bu anlatımları, celbedilen adli sicil kaydıyla da doğrulanmıştır. Öte yandan, başkası adına suç üstlendiği iddia edilmediği gibi, dosya içeriğine göre böyle davranmasını gerektirecek bir neden de bulunmamaktadır. Çok uzun yıllar uyuşturucu kullanması ve uyuşturucuyu yetiştirdiği hint kenevirlerinden elde etmesi karşısında, ektiği bitkinin cinsi ile ilgili muhtemel yanılığından da söz edilemez. Sanık başlangıçtaki ikrarını aşamalarda istikrarlı biçimde sürdürmüştür. Kaldı ki, ikrardan dönülmüş olsa dahi, bu durum ancak ikrarın gücünü zayıflatacak bir husus olarak görülebilir; ikrarın delil olma özelliğini ortadan kaldırmaz.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, hakkındaki ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbarla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla

izinsiz hint keneviri ekme suçu sübuta ermiştir”

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 tarihli (Esas no: 2005/7-144, Karar no. 2005/150) yukarıdaki kararında⁴⁴⁵; "sanığın ikametgahında kenevir bitkisi bulunduğu" yönünde alman istihbarat üzerine, hakimden karar alınmaksızın yapılan aramada ele geçen suç unsurlarının yargılamada delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışılmıştır. Genel Kurula, somut olaydaki aramanın hukuka uygun olup olmadığı hususu, işlemin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usul kurallarına göre saptanmalıdır, diyerek, aramanın, suç tarihinde yürürlükte bulunan özel hayat ve konut dokunulmazlığının korunmasını amaçlayan Anayasanın 20 ve 21. maddelerine, 1412 sayılı CMK'nın 97. maddesine ve 2559 sayılı PVSK'nın 2. maddesine uygun olarak yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu kurala uyulmadan re'sen arama yapılmasının anayasayla tanınan temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğunu da eklemiştir. Diğer yandan, O tarihte yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'un 97. maddesinde yer alan "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, savcının yardımcısı sıfatıyla kolluğun re'sen arama yapabilme" yetkisinin devam ettiği kabul edilse bile, arama il merkezinde gerçekleştirildiğinden gecikmesinde ne gibi sakınca bulunan bir hal olduğunun da belirtilmediği, ayrıca, suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan sanığın eşinin aramaya rıza göstermesi, hakim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir işlem olmadığı, nedenlerinden dolayı aramanın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Genel Kurul, aramanın hukuka aykırı olduğunu tespit ettikten sonra, sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının(yani maddi delillerin) Yerel Mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmadığına ancak, hakkındaki ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbarla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçunun sübuta erdiğine hükmetmiştir.

⁴⁴⁵Kararın tamamı için bkz. EROL, S. 216 VD.

Kanaatimizce 5271 sayılı CMK açısından bu karardan çıkarılması gereken üç nokta vardır:

- arama için kural olarak hakim kararı alınması, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal var ise(açıkça belirtmek suretiyle), yetkili merciin yazılı emrinin alınması,
- arama için verilen rızanın hakimden karar alınmayacağı anlamına gelmemesi
- hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağı.

SONUÇ

Anayasamızın özel hayatın gizliliği(m. 20) ve konut dokunulmazlığını(m. 21) düzenleyen maddelerinde, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri olmadan kimsenin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyalarının aranamayacağı ve bunlara elkonulamayacağı, kimsenin konutuna girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyaya elkonulamayacağı belirtilmiştir.

5271 sayılı CMK 119'da da arama için kural olarak hakim kararı gerektiği belirtilmiş ve anayasada belirtilen "yetkili merciin", Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amiri(konut, işyeri ve kamuya açık olmayan işyerleri hariç) olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca 1.6.2005 tarihli "Adli ve önleme Aramaları Yönetmeliği"nde de kanuna paralel düzenlemeler yapılmıştır.

Bir arama faaliyetinin hukuka uygun yapıp yapılmadığını saptayabilmek için ilk önce onun ne araması olduğunu tespit etmek gerekir. Tezimizin başında da belirttiğimiz gibi arama, önleme araması ve adli arama olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tezimizin konusu Ceza muhakemesinde arama ve elkoyma olduğu için önleme aramasına kısaca değinilmiştir.

Adli arama, suç işlenmesinden sonra ortaya çıkan ve suç şüphesi altında olan şüphelinin veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi amacıyla yapılan işlemdir. Adli arama içinde kural olarak hakim kararı gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının, savcıya da ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri gerekmektedir. Ancak konut, işyerleri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar için kolluk amiri arama emri veremez(CMK 119). Görüldüğü gibi kamuya açık olmayan kapalı alanlar için sadece hakim ve Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmıştır.

Ayrıca 5271 sayılı CMK'nunda yeni düzenlemelere gidilmiştir. Avukat bürolarında arama ve elkoyma ayrı bir hüküm olarak düzenlenmiştir(CMK 130). Kanunun müdafii değil de avukat terimini kullanması savunma makamı olan avukatlar için getirilen önemli bir düzenlemedir. CMK'nun 130. maddesinde düzenlenen bu hükme göre, avukat büroları ancak mahkeme kararıyla ve Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilecektir. Ayrıca arama işleminin baro başkanı veya onu temsilen bir avukatın huzurunda yapılması gerekmektedir(CMK 130). Arama yapılan avukat

bürosunda elkoyma söz konusu olduğunda avukat veya baro başkanı bu belgenin, avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu itirazında bulunabilirler. Bu itiraz üzerine bu belgeleri inceleme yetkisi hakime verilmiştir. Hakim böyle bir ilişkinin olduğunu saptarsa belgeleri derhal avukata iade edecektir(CMK 130/2).

Son yıllarda ortaya çıkan internet suçları nedeniyle bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılabileceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. CMK 134'e göre, 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 çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilebilecektir. Maddede şüphelinin kullandığı bilgisayarın aranabileceği düzenlendiğinden bilgisayarın şüpheliye ait olmasına gerek yoktur. Burada Cumhuriyet savcısına ve kolluk amirine arama emri verme yetkisi verilmediğine de dikkat edilmelidir.

Ayrıca CMK'nun 122. maddesinde belirtildiği üzere, arama sırasında ele geçirilen belgeler her ne suretle olursa olsun kolluk tarafından incelenemeyecek, hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından incelenebilecektir. Ancak hâkimin veya savcının elkoymulan 100 sayfalık teknik konulara ilişkin bir dökümanı nasıl inceleyeceği ise düşündürücüdür. Burada akla CMK 62 ve devamında düzenlenen bilirkişilik müessesesi gelmektedir.

5271 sayılı CMK'nın getirdiği yeniliklerden biriside arama esnasında müdafinin hazır bulundurulması durumudur. Artık CMK 120/3. maddesi gereğince, kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamayacaktır.

CMK'nın getirdiği bu olumlu yeniliklerin yanı sıra, "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde" Cumhuriyet savcısının "yazılı emrinin" aranması çelişki oluşturduğundan ilgili kısımda açıklandığı üzere doktrinde eleştiriye uğramıştır.

Mukayeseli hukukta, özellikle Almanya, İngiltere, Fransa ve İtalya'da, arama için kural olarak hakim kararı arandığı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kolluğa doğrudan arama yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Hukukumuzda ise kural, hakim kararı olmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emrinin aranması ve kolluğa hiçbir şekilde arama kararı verme yetkisi

(PVSK m. 20 ve AÖAY m. 8 hariç) verilmemesi karşısında; ülkemizdeki sistemin Avrupa ülkelerindeki sistemlerden daha fazla temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik olduğu söylenebilir.

Ancak en çok eleştiriye uğrayan düzenleme ise 1 Haziran 2005'te 5271 sayılı CMK ile birlikte yürürlüğe giren AÖAY'dir. Çünkü başta anayasa olmak üzere, CMK ve diğer kanunlarda, arama için, hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emrinin alınması kuralına istisna getirilmemiş iken, AÖAY'nin 8. ve bu maddenin devamı bir düzenleme içeren 30. maddesinde bu kurala istisnalar getirilmiştir. Bu da temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasanın 13. maddesine, kanunların anayasaya aykırı olamayacağına ilişkin Anayasanın 11. maddesine ve yönetmeliklerin kanunlara aykırı olamayacağına ilişkin Anayasanın 124/1. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedendir ki, Danıştay 10. Dairesi, AÖAY'nin 8. maddesinin (a) fıkrasında yer alan "hakkında tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçağın yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada" hakim kararı alınmasına gerek olmadığına dair hüküm ile bunun uzantısı olan "haklarında gıyabî tutuklama, tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için" konutta yapılacak aramalarda ayrıca arama kararı alınmasına gerek olmadığına dair yönetmeliğin 30. maddesinin ilk fıkrasının da yürütmesini durdurmuştur.

Danıştay 10. dairesi, 5237 sayılı TCK'nunda ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmişken, yönetmeliğin "rıza ile arama" ya ilişkin 8. maddesinin (f) bendinin de yürütmesini durdurmuştur.

Esasen yönetmelikte kanuna getirilen istisnalar zorunluluktan kaynaklanmakta olup tamamen kanunun pratik bir şekilde uygulanması amaçlanmıştır. Ancak böylesine temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren bir tedbir için yönetmelik ile kanun arasındaki çelişki kanuni bir düzenleme ile giderilmelidir. Bu kapsamda konutta ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar hariç olmak üzere, diğer yerlerde rıza ile aramaya imkân tanınmalıdır. Zira suç şüphesi altında olan bir kişinin, suç şüphesinden

kurtulmak için üzerinin aranmasını istemesi bu kişi için bir haktır. Arama kararı veya emri gelene kadar kişiyi bekletmek ise kişinin hürriyetini kısıtlama ve bazı haklardan yoksun kalmasına neden olabilir. Ancak konutta ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kolluk arama kararı veya emri gelene kadar konutun dışında delillerin kaybını engellemek için gereken tedbirleri alabilir. Konut dokunulmazlığı ile vücut dokunulmazlığı arasında herhangi bir öncelik sıralaması olmamasına rağmen bu öneri tamamen günlük hayatta kanunun pratik bir şekilde uygulanmasına yöneliktir.

YARARLANILAN YAYINLAR

- AKILLIOĞLU Tekin, **Genel Olarak İnsan Hakları**, EGM (Emniyet Genel Müdürlüğü) Yay., no. 139, Ankara, 2000.
- AKSOY, Şemsettin, **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- ARTUK, M Emin- GÖKCEN, Ahmet- YENİDÜNYA, A Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000
- BAKICI Sedat, **Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması Ve Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 1997
- BAKICI, Sedat, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- BARDAK, Cengiz, **Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996
- BOZER, R Turgay, **Önleme Araması**, , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, DÜSBE, Diyarbakır, 2001
- CENTEL, Nur -ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 1.Bası, İstanbul, 2003
- CENTEL, Nur -ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Bas. Yay. Dağ. AŞ., İstanbul, 2003
- CİHAN, Erol -YENİSEY, Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Bas.Yay. Dağ., İstanbul, 1998.
- ÇAMLİBEL, Cemil, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku**”, (http://www.egm.gov.tr/egitim/eskisayi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/cemil_camlibel.htm), Erişim Tarihi 21.12.2005.
- ÇOLAK, Haluk – TAŞKIN, Mustafa, **Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayınevi,2005.

- DÖNMEZER, Sulhi- YENİSEY, Feridun, **Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, AII. 14 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu**, En Son Değişiklikler, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi, **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1984.
- EROL, Haydar, **Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması Ve Uygulaması**, Ankara, 2006
- ERYILMAZ, M. Bedri, **Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama**, Ankara, 2003.
- GÖKÇEN Ahmet, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, DEÜHF. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, no. 49., Ankara, 1994.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz – GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması**, Ankara, 1994.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt:II, Bursa, 2003.
- GÜLŞEN Recep, **Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc Erişim Tarihi, 12.12.2005.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.
- HAKERİ, M. Hakan, **Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi**, Ankara, 1999.
- İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı**, Beta Bas. Yay. Dağ., İstanbul, 2005
- KAYMAZ, Seydi, **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- KIRBAŞ, Sadık, **Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Ankara 1992.
- KOPARAN, M REŞAT, “Koruma Tedbiri Olarak Arama”, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/185.doc>, Erişim T. 12.12.2005.
- KUBİLAY, Taşdemir- ÖZKEPİR, Ramazan, **Açıklamalı- İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

- KUNTER, Nurullah -YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, 12.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.
- KUNTER, Nurullah -YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Özet Kitap**, İstanbul, 2005
- KUNTER, Nurullah- YENİSEY,Feridun- NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006.
- MALKOÇ, İsmail – GÜLER, Mahmut, **Uygulamada Ceza Muhakemeleri Kanunu**, C. 1, Adil Yayınevi, Ankara, 1994.
- MALKOÇ, İsmail- YÜKSEKTEPE, Mert, **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005.
- MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı- İctihatlı Memur Yargılaması**, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2006.
- MÜFTÜOĞLU, Güneş, **Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti**, Ankara, 1996.
- NOYAN, Erdal, **Ceza Muhakemesi**, Ankara, Adil Yayınevi, 2005.
- ÖNDER, Ayhan, “**Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama**”, İHFM, C. XXIX, S. 3.
- ÖZBEK, Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Şeçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- ÖZBEK, Veli Özer, **CMK İzmir Şerhi**, Şeçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri "Özgürlük İçinde Güvenlik: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu": **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 3. sayı, İstanbul, 2005.
- ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, M. Ruhan – ÖZBEK, V. Özer, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Şeçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

- ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, M. Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Bası Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri "**Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**", (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/13.doc>): Adalet Bakanlığı, 12.10.2005.
- ÖZTÜRK, Bahri, “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama”, **MBD.**, Y. 11, S. 4, 1992.
- ÖZTÜRK, Bahri, “**Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanı ve Özel Hayata Karşı Suçlar**”, **MBD.**, Temmuz 1987.
- ÖZTÜRK, Bahri, **Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Ankara, 1992.
- ÖZTÜRK, Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)**, DEÜHF. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara. 1991.
- ÖZTÜRK, Bahri, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, 1995.
- PARLAR, Ali- HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C. I, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007.
- PRADEL, Jean, **Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü**, Çeviren: Sulhi Dönmezer, İstanbul, 2000.
- SAVAŞ, Vural- MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu**, C. 2, Ankara, 1995.
- SELÇUK, Sami, “**Kanunların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti**”, **YKD.**, C. 3., S. 2. Ocak, 1987.
- SOKULLU-AKINCI, Füsun, **Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları**, İstanbul, 1990.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku**, Ankara, 2000.
- ŞAFAK, Ali- BIÇAK, Vahit, **Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis**, Roma Yayınevi, Ankara, 2005.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- ŞEN, Ersan, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, 1996.

- T.C. Danıştay Onuncu Daire, E. 2005/6392, T. 19.01.2006, **Yürütmeyi Durdurma Kararı**. (Karar, Danıştay 10. Daire Mahkeme kaleminden temin edilmiştir).
- TEZCAN, Durmuş- ERDEM, M Ruhan- SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 2004.
- TEZCAN, Durmuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk, Ceza Adalet Sistemi Ve Polis Sempozyumu**, Dizi:5, EGM Yay. Ankara, 1998.
- TOROSLU Nevzat, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003.
- YALVAÇ, Gürsel, **TCK CMK CGTİK ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.
- YAŞAR, Osman, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005.
- YENER Orhan, **Ceza Yargılaması Polis Ve Jandarma Mevzuatı**, Adil Yayınevi, Ankara, 1998
- YENERER, Özlem, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı**, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1996.
- YENİSEY Feridun, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma**, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları no. 12, Ankara, 1995
- YENİSEY, Feridun, “Aksaray Polis MYO. Kon.”, **Avrupa Birliği Uyum Yasaları Çerçevesinde Değişen Yasalar ve Arama**, C. III. 4, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- YENİSEY, Feridun, “İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi”, **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi**, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul, 1999.
- YENİSEY, Feridun, **Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları**, A II, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim-2001,
- YENİSEY, Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Kontrol Noktaları Bilgisayar Verileri ve Vücutun Muayenesi, Kamu Hukuku Bulteni**, İstanbul, 1990.

YENİSEY, Feridun, **Ceza Yargısında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu**, İstanbul, 1983.

YENİSEY, Feridun, **Uygulanan Ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması Ve Polis**, İstanbul, 1987.

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Ankara, 1992.

YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005.

YURTCAN, Erdener, **CMK Şerhi**, Beta Bas. Yay., İstanbul, 2005.

ÖZGEÇMİŞ

Yazar, 1983 yılında Çankırı’da doğmuş olup aslen Çankırlıdır. İlk ve orta öğrenimini Çankırı’da tamamlayan yazar, 2000 yılında Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitimine başlayıp, 2004 yılında mezun olmuştur. Lisans eğitimini tamamladıktan sonra, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde 2004 yılı güz dönemi başladığı kamu hukuku yüksek lisans programını 2007 yılı bahar döneminde tamamlamış olup “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma” adlı tezi yazmıştır. 2004 yılı Ekim ayında Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan adli yargı hâkimlik ve savcılık sınavını kazanıp, mülakât aşamasını da geçtikten sonra Adalet Bakanlığı’na bağlı olarak, 2005’te Ankara adli yargı hâkim adayı olarak göreve başlayan yazar, hâlen Tokat ili Almus İlçesinde Cumhuriyet savcısı olarak görev yapmaktadır.