

**T. C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ÖNLEME ARAMASI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**HÜSEYİN YALÇIN**

**DANIŞMAN**  
**DOÇ. DR. İBRAHİM DÜLGER**

**Konya -2010**



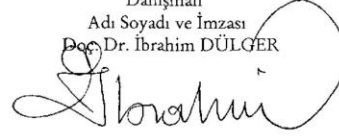
T.C.  
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Uygundur.  
Ana Bilim dalı Başkanı  
Adı Soyadı İmzası

  
**Doç. Dr. İbrahim ERCAN**  
Dekan Yardımcısı

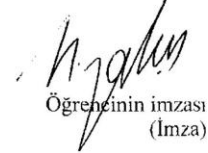
Danışman  
Adı Soyadı ve İmzası  
Doç. Dr. İbrahim DÜLGER



**BİLİMSEL ETİK SAYFASI**

Öğrencinin	Adı Soyadı	Hüseyin YALÇIN	
	Numarası	064234001010	
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU	
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/>	Doktora <input type="checkbox"/>
	Tezin Adı	ÖNLEME ARAMASI	

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.28/06/2010

  
Öğrencinin imzası  
(İmza)



T.C.  
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



### YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	Hüseyin YALÇIN	
	Numarası	064234001010	
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU	
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/>	Doktora <input type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	Doç. Dr. İbrahim DÜLGER	
	Tezin Adı	ÖNLEME ARAMASI	

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan ÖNLEME ARAMASI başlıklı bu çalışma 28/06/2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı	Danışman ve Üyeler
Doç. Dr. İbrahim DÜLGER	Danışman
Doç. Dr. Faruk BİLİR	Üye
Yrd. Doç. Dr. Murat AKSAN	Üye

İmza

*İbrahim Dülger*  
*Faruk Bilir*  
*Murat Aksan*

## TEŞEKKÜR

Tezin hazırlanmasında bilgisi, tecrübesi ve ilgisi ile yardımcı olan danışmanım sayın Doç. Dr. İbrahim DÜLGER'e ve Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki diğer hocalarıma, yine her aşamada tecrübesini ve yardımlarını esirgemeyen Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN'a, bazı kaynak ve materyaller konusunda yardımcı olan meslektaşlarım Cuma ÖZELCE, Halil POLAT ve Yusuf Ziya POLATER'e teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Son olarak çalışmanın her aşamasında yanımda olup maddi ve manevi desteğini esirgemeyen ve fedakârlığı ile beni motive eden sevgili eşim Şükriye' ye sonsuz şükranlarımı sunarım.

Hüseyin YALÇIN



T.C.  
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Hüseyin YALÇIN	Numarası: 064234001010
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku/Kamu Hukuku	
	Danışmanı	Doç. Dr. İbrahim DÜLGER	
Tezin Adı		ÖNLEME ARAMASI	

### ÖZET

#### ÖNLEME ARAMASI

İster adli ister önleme arama tedbirine başvurulsun, her iki tedbirde hak ve hürriyetleri kısıtlar. Arama tedbiri özel hayata, aile hayatına, konut dokunulmazlığına ve bazen vücut dokunulmazlığına müdahale sonucu doğurur. Bu nedenle tezimizin konusunu ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gibi birçok uluslararası belge ile düzenlenen ve ülkemizde temel olarak 1982 Anayasası ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda anlatılan önleme araması ile ilgili düzenlemelerdir.

Önleme araması çalışmasının yapılaş amacı başta 1982 Anayasası olmak üzere, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve bazı özel kanunlarda 2001 yılından sonra birçok değişiklik yapılmasıdır. Yine, uygulamayı göstermek ve uygulama birliğini ve yasal bütünlüğü sağlamak amacıyla ilk kez 2003 yılında çıkartılan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, 01.06.2006 tarihinde yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte yenilenmiştir. Çalışmamızda bu değişikliklerin eski yeni karşılaştırılmasının yapılması, aralarındaki farklılıklara değinilmesi, söz konusu düzenlemelerin eleştirilen yönlerinin örnekler verilerek çözüm önerileri ile açıklığa kavuşturulması, kolluğun önemli yetki ve görevlerinden olan önleme aramasının hukuki yönlerini tam anlamıyla bilerek, kişilerin haklarını korumak, suç işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra takip edilecek işlemlerin ve uygulamaların mevzuata uygun olup olmadığını araştırmak ve bunu anlatmak

amaçlanmıştır.

Bu amaçla hazırlanan çalışma üç bölümden oluşmakta olup, tezin birinci bölümünde arama kavramı, aramanın hukuki niteliği, aramaya hâkim olan ilkeler, aramanın tarihi gelişimi, karşılaştırmalı hukukta arama ve arama çeşitleri incelenmiş; ikinci bölümde, tez konumuz olan önleme araması; üçüncü bölümde ise hukuka aykırı arama ve sonuçları, aramaya karşı başvurulabilecek kanun yolları irdelenmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** Arama, Önleme, Tedbir, Kolluk, Ceza.



T.C.  
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Hüseyin YALÇIN	Numarası: 064234001010
	Ana Bilim Bilim Dalı	Kamu Hukuku/Kamu Hukuku	
	Danışmanı	Doç. Dr. İbrahim DÜLGER	
Tezin İngilizce Adı		PREVENTIVE SEARCH	

## SUMMARY

### PREVENTIVE SEARCH

Whether judicial or preventive search measure is applied, both restrict rights and freedoms. Search measure results in intervention to private life, family life, immunity of domicile and even in some cases immunity of body.

The objective to carry out the study on the preventive search is many amendments particularly on the 1982 Constitution, Law on the Duties and Powers of the Police, Code of Criminal Procedure and some special laws as of 2001. Regulation on the Judicial and Preventive Search firstly issued in 2003 was renewed together with new Code of Criminal Procedure on 01.06.2006 so as to demonstrate the application and ensure the application coherence and legal integrity. In our study, it is aimed to compare such new and prior amendments, address to differences therebetween, clarify the criticized aspects of the amendments at issue through providing samples besides solution proposals, research whether proceedings and applications after the crime is committed comply with the legislation by having full knowledge of preventive search which is the significant duty and power of the law-enforcement officers to vindicate the human rights and prevent criminal acts.

The study prepared for this objective composes of three parts; concept of search, legal nature of the search, dominant principles of the search, legal nature of the search, in the second part hereof and in the last part illegal search and results

thereof, legal remedies to be applied against the search have been examined.

**Key Words:** Search, Preventive Search, Measure, Law Enforcement Officers, Penalty



## İÇİNDEKİLER

Bilimsel Etik Sayfası.....	i
Tez Kabul Formu.....	ii
Teşekkür.....	iii
Özet.....	iv
Summary.....	v
İçindekiler.....	vi
Kısaltmalar.....	ix
Giriş.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ARAMA KAVRAMI, ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, ARAMAYA HÂKİM OLAN İLKELER, TARİHSEL GELİŞİM, KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ARAMA, ARAMA ÇEŞİTLERİ

1- Arama Kavramı.....	6
2-Aramanın Hukuki Niteliği.....	9
3-Aramaya Hâkim Olan İlkeler.....	13
3.1.Hukuk Devleti İlkesi.....	13
3.2.Özel Hayatın Gizliliği İlkesi.....	17
3.3.Oran(tı)lılık(ölçülülük) İlkesi.....	20
3.4.İnsan Onurunun(haysiyetinin) Dokunulmazlığı İlkesi.....	23
3.5.Dürüst İşlem (Adil Yargılama-Fair Trial) İlkesi.....	27
3.6.Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi.....	30
4- Tarihsel Gelişim.....	32
5- Karşılaştırmalı Hukukta Arama.....	38
6- Arama Çeşitleri.....	40
6.1.Adli Arama.....	41
6.2.Önleme Araması.....	43

## İKİNCİ BÖLÜM

### ÖNLEME ARAMASI

1-Genel Olarak.....	44
---------------------	----

2-Önleme Aramasının Amacı ve Sebebi .....	49
3- Önleme Araması Kararı ve Emri .....	52
4- Önleme Aramasına İlişkin Düzenlemeler.....	58
4.1. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (PVSK).....	58
4.2.2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu (JTGYK).....	62
4.3. 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu (İİK).....	64
4.4. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KMK) .....	66
4.5. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) .....	68
5-Önleme Araması Sayılmayan Haller (Denetlemeler-İdari Kontroller).....	70
6- Hâkim Kararı Olmaksızın Arama Yapılabilen Haller .....	77
6.1. Tehlikeyi Önleme Tedbiri Niteliğindeki Aramalar .....	77
6.2. Kolluğun Her Zaman Girilebileceği Yerlerde Yapılan Aramalar.....	79
6.3. Arama Yönetmeliğinde Öngörülen İstisnalar .....	79
6.4. Rızaya Dayanan Arama .....	81
7-Önleme Aramasının Yapılabileceği Yerler.....	88
8-Önleme Aramasının İcrası .....	91
9-Önleme Aramasının Sona Ermesi .....	95

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### HUKUKA AYKIRI ARAMA ve SONUÇLARI, ARAMAYA KARŞI

#### BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI

1-Hukuka Aykırı Olarak Yapılan Arama ve Sonuçları... ..	98
1.1. Genel Olarak .....	98
1.2.Ceza Hukuku Bakımından: Hukuka Aykırı Olarak Yapılmış Aramanın Suç Olma Hali.....	99
1.3.Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından: Hukuka Aykırı Olarak Yapılan Aramanın Delil Yasağı Teşkil Etmesi Hali .....	105
1.4.Tazminat sorumluluğu .....	118
2. Arama Kararı veya Emrine Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları .....	124
2.1.Hâkim veya Mahkeme Tarafından Verilen Arama Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları .....	124
2.1.1. İtiraz ve Temyiz .....	124
2.1.2. Kanun Yararına Bozma(Yazılı Emir).....	125

2.2. Hâkim veya Mahkeme Kararı Olmaksızın Yapılan Aramaya Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları.....	125
2.3.Önleme Aramasına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları.....	126
Sonuç.....	129
Kaynaklar.....	133
Özgeçmiş	

### KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AİHHŞ	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
An.	: Anayasa
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi
AVÖAY	: Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AyMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
B.K.	: Borçlar Kanunu
BMİHEB	: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
BMMSHS	: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi
bkz	: bakınız
bs	: bası/baskı
c.	: cilt
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
C. savcısı	: Cumhuriyet Savcısı
Çev.	: Çeviren
DD	: Danıştay Dergisi
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
dn	: Dipnot
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas Numarası
EGM	: Emniyet Genel Müdürlüğü

EÜSBE	: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İBY	: İstanbul Barosu Yayınları
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
JD	: Jandarma Dergisi
JTGYSK	: Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu
JTGYY	: Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği
K.	: Karar Numarası
KMK	: Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu
m.	: madde
M.S.	: milattan sonra
No	: Numara
PACE	: İngiliz Adli Polis ve Delil Kanunu
PD	: Polis Dergisi
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBBB	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.b.	: ve benzeri
v.d.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Y.C.D.	: Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

## GİRİŞ

İnsanlığın en temel ihtiyaçlarından biri de güvenlidir. Sosyal düzenin yerleşmiş olduğu, suç ve suçluluğun etkin mücadele araçlarıyla en aza indiği bir toplumda yaşamak, her insanın başta gelen dilek ve gereksinimlerindedir. İnsanlar ister suçlu olsun ister suçlu olmasın güvenlik ihtiyacı içerisindedir. Suçla ilgisi olmayan bir insan, sağlıklı bir kamu düzeninin olduğu bir toplumda, devlet ve onun görevlilerinin keyfi müdahaleleri olmaksızın, özgürce ve güven içerisinde yaşamak ister. Suç işleyen bir insan da, işlemiş olduğu suç nedeniyle nasıl bir muameleye tabi tutulup ne gibi bir ceza alacağını önceden bildiği bir toplumda yaşamak ister.

Özgürlük ve güvenlik birbiri ile çelişen iki değer gibi karşımıza çıkarılıyor ve güvenlik içinde yaşamak için özgürlüğümüzden vazgeçmemiz gerektiği ileri sürülüp “eğer güvenlik istiyorsanız bir takım hak ve özgürlüklerinizden vazgeçin” deniliyor. Hâlbuki hem güvenli hem de özgür bir dünyada yaşamak mümkün. Suç ve suçlu ile mücadele etmek, toplumun huzur ve güvenliğini sağlamak kişi hak ve özgürlüklerinden taviz vermeyi gerektirmez.” “ Biz de özgürlük istiyoruz ancak bu ülkede şu nedenlerle bu mümkün değil ancak bu kadar özgürlük olur” tarzındaki yaklaşımlar en basit deyimini ile birer aldatmacadan ibarettir<sup>1</sup>. “ Hukuk devleti güvenlik içinde özgür ve onurlu bir yaşam sunmayı amaçlamalıdır<sup>2</sup>”. Öyleyse “özgürlük içinde onurlu güvenlik. Bundan kaçış yok<sup>3</sup>”

Toplumsal düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç işlendikten sonra kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi için gerekli olan en önemli tedbirlerden biri de “arama” tedbiridir. Özel hayata, aile hayatına, konut dokunulmazlığına ve hatta vücut dokunulmazlığına müdahaleyi gerektiren “arama” müessesesi, önemi nedeniyle uluslararası 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

<sup>1</sup> **AYDIN Murat**, Arama ve Elkoyma, Seçkin Yayıncılık, Birinci bs, Ankara 2009, s.7.

<sup>2</sup> Y.7.C.D. 20.06.2005 T, 2003/3539 E., 2005/8098 K., Adalet Bakanlığı, Uypa mevzuat Programı 9.0, İçtihat menüsü

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

tür karışma ve saldırılara karşı kanun tarafından korunma hakkının bulunduğu" belirtilmiştir. Yine, 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, sağlığı veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği" belirtilmiştir.

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" hüküm altına alınmıştır. 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. Bu düzenlemeleri ile anayasa arama tedbirine cevaz verirken, bu tedbirin sınırladığı temel hak ve hürriyetlere verdiği önemi de vurgulamaktadır. Özel hayatın korunması için iç hukuk yolu olarak anayasanın yanında özel hukuk ve kamu hukuku alanında ve hususiyile ceza ve ceza usul hukuku alanında koruyucu hüküm ve tedbirler ile müeyyidelerin düzenlenmesi gereklidir. İnsan haklarına müdahale olan arama kurumunun anayasa ile düzenlenmesi ceza yargılaması açısından taşıdığı önemi göstermektedir.

Suç işleyenleri cezalandırmaktan çok, suçun işlenmesini önlemek daha yararlıdır<sup>4</sup>. İyi bir kanun koyucu suçları cezalandırmaktan çok önlemeyi tercih eder. Hatta bir suçun işlenmesini önlemek, işlendikten sonra adaleti sağlamak kadar önemlidir. Esasen cezalandırma hakkı devlete suçun işlenmesinden önce önlenmesi

---

<sup>4</sup> **BECCARÍA M.Cesare**, Suçlar ve Cezalar( Çev. M.GÖKLÜ ), İstanbul 1964, s.313

görevini de yükler. Bu yüzden hukuk düzenlemeleri önleyici nitelikte bazı tedbirleri kabul etmiştir. Ülkemizde önleyici tedbirleri uygulama görevi kolluğa verilmiştir<sup>5</sup>. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun(PVSK) 2/1-A. Maddesi “ kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümlerine göre önünü almak” şeklindeki ifade ile önleme kolluğundan bahsetmiştir. Yine aynı yasanın Ek 4/1. maddesinde “ polis görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın suçu önlemek ile görevlidir” hükmü ile önleme görevinin önemi vurgulanmış, aynı kanunun Ek 7. maddesinde “ önleyici ve koruyucu tedbirleri... almak üzere istihbarat toplar” ifadesi ile önleme amaçlı istihbarat toplama faaliyetinden bahsetmektedir. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanununun(JTGYK) 7/a. Maddesinde jandarmanın idari görevleri anlatılmış, bunlar arasında “suçların işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak” ta sayılmıştır.

Kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için henüz bir suç işlenmeden bile, kolluk kuvvetleri, idari – önleme görevleri çerçevesinde kişi hürriyetlerini kısıtlayan tedbirler alabilir. Bu kapsamda kişilerin üzerini ve eşyasını arayabilir. İşte suçu ya da tehlikeyi önlemeye hizmet eden tedbirlere önleme tedbirleri denir. Suç işlendikten sonra failin bulunması ve delillerin toplanması için uygulanan tedbirlere koruma tedbirleri denir. Gerçekleşeceğinden endişelenen bir tehlike varsa bu tehlikeden korunmak için tedbir almak insanlığın doğasında vardır. Sosyal düzende bu tedbiri devlet alacaktır ve buna devletin iç güvenliği sağlama görevi deriz.

Devlet bu görevini ifa ederken öncelikle kendi kurumlarının ve ajanlarının insan hak ve özgürlüklerine saygılı olmasını sağlamak zorundadır. Günümüzde polis ve jandarma, kısacası kolluk insan haklarının teminatı olmak zorundadır. Toplumsal değerlerimizin himayesinin ceza hukukunda bulunduğunu kabul edersek kolluğun faaliyetinin kamu düzeninin korunmasında çok önemli olduğu anlaşılacaktır. Kamu düzeni kolluğun o yerde bulunma sebebidir. Ancak kolluğun önleme faaliyeti birçok zaman bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin kısıtlanmasına yol açar. Kolluğun dikkatle üzerinde durulması gereken görevi önleme görevidir. İdari kolluğun amacı

<sup>5</sup> **ÖZBEK Veli Özer**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara, 1999, s.11



suçları önlemektir. Suç işlenmeden önce yapılan aramaya önleme araması denir.

Kolluk suça ilişkin bütün görevlerini yasaların kendisine verdiği yetkiye dayanarak yerine getirir. Kolluk faaliyetlerinin bir yetkiye dayanmaması halinde, kolluğun eylem ve işlemleri sonuçta bir haksız fiile veya suça konu olacaktır<sup>6</sup>.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik tedbirlerden biri olan "önleme araması" kurumu ulusal düzeyde başta Anayasanın yukarıda gösterilen ilgili maddeleri olmak üzere, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu 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 Yönetmeliği'nde (AVÖAY), Anayasanın istisna tanımayan hükümlerine aykırı düzenlemeler yer almıştır.

Önleme araması çalışmasının yapılış amacı başta 1982 Anayasası olmak üzere, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve bazı özel kanunlarda 2001 yılından sonra birçok değişiklik yapılmasıdır. Yine, uygulamayı göstermek ve uygulama birliğini ve yasal bütünlüğü sağlamak amacıyla ilk kez 2003 yılında çıkartılan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, 01.06.2006 tarihinde yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte yenilenmiştir. Çalışmamızda bu değişikliklerin eski yeni karşılaştırılmasının yapılması, aralarındaki farklılıklara değinilmesi, söz konusu düzenlemelerin eleştirilen yönlerinin örnekler verilerek çözüm önerileri ile açıklığa kavuşturulması, kolluğun önemli yetki ve görevlerinden olan önleme aramasının ne olduğunun, şartlarının, uygulanmasının ve sonuçlarının hukuki yönlerini tam anlamıyla bilerek, kişilerin haklarını korumak, suç işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra takip edilecek işlemlerin ve uygulamaların mevzuata uygun olup olmadığını araştırmak ve bunu anlatmak amaçlanmıştır.

Bu amaçla hazırlanan çalışma üç bölümden oluşmakta olup, tezin birinci bölümünde arama kavramı, aramanın hukuki niteliği, aramaya hâkim olan ilkeler, aramanın tarihi gelişimi, karşılaştırmalı hukukta arama ve arama çeşitleri incelenmiştir.

<sup>6</sup> **ERYILMAZ M.Bedri**, Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama, Ankara,2003, s. 22

Çalışmanın ikinci bölümünde, önleme araması anlatılmış, bu bağlamda önleme aramasının amacı ve sebebi, önleme araması kararı ve emri, önleme aramasına ilişkin düzenlemeler, önleme araması kabul edilmeyen haller, hâkim kararı olmaksızın arama yapılabilen haller, önleme aramasının yapılabileceği yerler, önleme aramasının icrası ve sona ermesi konuları açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde, hukuka aykırı arama ve sonuçları, aramaya karşı başvurulabilecek kanun yolları irdelenmiş ve bir sonuç çıkarılmaya çalışılmıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ARAMA KAVRAMI, ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ, ARAMAYA HÂKİM OLAN İLKELER, TARİHSEL GELİŞİM, MUKAYESELİ HUKUKTA ARAMA, ARAMA ÇEŞİTLERİ

#### 1-Arama Kavramı

Arama Türkçe sözlükte, birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak; aramak ise, bu iş için yapılan faaliyeti ifade eder<sup>7</sup>. Arama hukuk sözlüğünde birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak olarak tanımlanmıştır<sup>8</sup>. Koruma tedbiri anlamında arama, saklanan kişinin veya gizli tutulan bir eşyanın önleme veya adli amaçlarla ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen kamusal bir faaliyettir<sup>9</sup>. Arama; kişilerin durdurularak üzerinin aranması veya ev, iş yeri, araç, eşya ve diğer kapalı yerlerinin aranması şeklinde gerçekleşebilir<sup>10</sup>.

Gizli, saklı olsun bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılan bir faaliyet olan arama, doktrinde, yakalama veya delil elde etmek için kural olarak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunması halinde ise kanunun yetkili kıldığı kişilerin yazılı emriyle, şüpheli, sanık veya üçüncü şahısların konut, iş yeri ve sair yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma işlemi olarak tanımlanmaktadır<sup>11</sup>. Doktrindeki birkaç tanım derlenerek bu tanıma ulaşılmıştır.

Arama işlemi yukarıdaki tanımda da belirtildiği gibi 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. Arama tedbirinden söz edilebilmesi için, devlet tarafından bireyin özel hayatına bir

<sup>7</sup><http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA&Kelime=arama>, (02.01.2010).

<sup>8</sup> **YILMAZ Ejder**, Hukuk Sözlüğü, 4. bs, Ankara, 1992, s. 74.

<sup>9</sup> **KUNTER Nurullah - YENİSEY Feridun**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Özet Kitap, İstanbul, 2005, s.383.

<sup>10</sup> **SOYASLAN Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 292.

<sup>11</sup> **ŞAFAK Ali - BIÇAK Vahit**; Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Ankara 2005, s. 159

müdahalede bulunulmalıdır<sup>12</sup>. Bahçesinde uyuşturucu madde yetiştiren bir kişinin bahçesinin gökyüzünden hava aracı ile veya uzaktan teknik yöntemlerle fotoğrafının çekilmesi arama işlemi sayılmaz<sup>13</sup>. Bu husus Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararında polisin yaptığı uçuşun, uçuş kurallarına uygun olduğu, bu manada özel hayatın gizliliğine bir müdahalede bulunulmadığı şeklinde belirtmiştir<sup>14</sup>. Kullanılmayan bir evde veya terk edilmiş, kime ait olduğu belirsiz bir eşya ya da araçta yapılan araştırma işlemi de teknik olarak arama değildir. Yine, durdurma ve kimlik kontrolü, bavul, valiz, çanta veya araçların detektör köpeğe koklatılması da arama işlemi olarak kabul edilmemektedir<sup>15</sup>. Bu işlemlerin arama olarak kabul edilmemesinin sebebi ise kişinin özel hayatına müdahalenin bulunmamasıdır. Her somut olayı kendi kapsamında değerlendirip özel hayatın gizliliğine müdahale olup olmadığına bakmak gerekir. Kişinin özel alanının nerede başladığının belirlenmesi, aramanın başlangıcını ve sınırlarını belirlemede yardımcı olacaktır<sup>16</sup>. Özel hayata müdahale olup olmadığı toplumlara göre de değişmektedir. Örneğin terk edilmiş çöplerin üzerinde yapılan inceleme muamelesi arama olarak kabul edilmemektedir<sup>17</sup>. Yeni Zelanda ülkesinde yapılan araştırmada; insanların çöplerini, özel hayatın gizliliği beklentisinin devamı niteliğinde gördükleri tespit edilmiştir. Bu nedenle, Yeni Zelanda’da kapıya bırakılan çöpün polis tarafından incelenmesinin arama olup olmadığı tartışması henüz bitmemiştir. Hâlbuki Amerikan Yüksek Mahkemesi kapıya konan çöpün polis tarafından incelenmesini teknik olarak arama kabul etmemektedir<sup>18</sup>. Bizce de terk edilmiş ya da kapıya bırakılmış çöplerin incelenmesi teknik olarak arama değildir. Bir nesnenin çöpe atılması o nesne üzerinde kişinin mülkiyet iradesinin terki anlamını taşıdığından arama sayılmamalıdır. Kişi nesneyi çöpe atarak gözden çıkarmıştır.

Mevzuatımızda arama ile ilgili en temel düzenlemeler 5271 sayılı Ceza

<sup>12</sup> **GÜLŞEN Recep** “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama,” Hukuki Perspektifler Dergisi, No:3., İstanbul Nisan 2005, s.90.

<sup>13</sup> **ŞAFAK- BIÇAK**, s. 159.

<sup>14</sup> **OPTİCAN Scoot** “Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar,” Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 43.

<sup>15</sup> **YENİSEY Feridun - NUHOĞLU Ayşe - GÜZEL İdris** Kolluk Yetkileri Güvenlik ve Hukuk, İstanbul, Nergis Yayınları, 2004, s. 29.

<sup>16</sup> **KOPARAN Mehmet Reşat**, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, (Çevrimiçi) <http://www.taa.gov.tr/serbestkursu/SerbestKursu/html 2 Ocak 2010>.

<sup>17</sup> **KUNTER – YENİSEY - NUHOĞLU**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. bs., İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006 s. 928.

<sup>18</sup> **OPTİCAN**, s. 43.

Muhakemesi Kanunu'nun(CMK) 116–134 maddeleri arasında, 25832 sayılı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde ve önleme aramasının düzenlendiği Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9. maddesinde yer almaktadır. Aramanın tanımı 1982 anayasası dâhil, ne 5271 sayılı CMK' de ne de mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda (CMUK) anlatılmamıştır. Mevzuatımızda arama ilk olarak 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 5. maddesinde, “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, iş yerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım arama kavramının tanımının yanında amacını ve kapsamını da ifade etmektedir. Yakın bir tanım Jandarma Teşkilatı Görev Yetkileri Yönetmeliği'nin (JTGY) 113/1. maddesinde “Jandarmanın, adli göreve ilişkin olarak, kanun ve nizamlar çerçevesinde yapacağı aramalar; şüphelinin, sanığın ve delil olabilecek ya da zoralmı konusu eşyaların elde edilmesi için yürütülen araştırma faaliyetleridir” şeklinde yapılmıştır. Ne yazık ki AVÖAY'de önleme araması tanımlanmamıştır.

Önleme araması; makul ve kabul edilebilir bir sebebe bağlı olarak milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması ve bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde ve eşyanın tespiti için, kişinin üstünde, üzerinde bulunan özel kâğıtlar ve diğer eşya ile aracında kural olarak hâkim kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise mülki amirin vereceği yazılı emir üzerine yapılan araştırma işlemidir. Arama, suçu önlemek amacıyla suç işlenmeden önce yapılabileceği gibi suç işlendikten sonra delillerin elde edilmesi ve/veya sanığın veya şüphelinin yakalanabilmesi amacıyla da yapılabilir. Suç işlenmeden önce yapılan aramaya önleme araması, suç işlendikten sonra yapılan aramaya adli arama denir. Önleme araması özünde idari nitelikte bir işlem olmasına rağmen sınırlandırılmalarına sebep olduğu temel haklar nedeniyle karar sürecinde adli bir boyut kazanır. Bu nedenle sırf idari nitelik taşıyan denetimden farklıdır.

Arama, açık bir alanda, sokakta, bir kişinin üzerinde, çantasında veya aracında yapılabileceği gibi, kapalı bir alanda(konut, iş yeri veya diğer kapalı yerlerden birinde) da yapılabilir Ayrıca, aramanın konusu menkul eşya olup, gayrimenkul eşya aramanın konusu değildir<sup>19</sup>.

Nihayet arama koruma tedbirinin amacına ulaşp ulaşamamasına göre iki sonucu vardır. Birincisi, başarılı olması halinde onu diğer bir koruma tedbirinin izlemesidir. Gerçekten şayet şüpheli veya sanık yakalanmışsa yakalama koruma tedbirine<sup>20</sup>, delil elde edilmişse elkoyma<sup>21</sup> koruma tedbirine dönüşür. İkincisi ise, başarısız olması halinde kişinin beraat edebilmesini veya hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı(takipsizlik) kararı verilmesini sonuçlayabilmesidir<sup>22</sup>.

## 2-Aramanın Hukuki Niteliği

Hukuk toplumunda yaşayan her fert, can ve mal güvenliği içinde yaşama hakkına sahiptir. Bu hak en önemli temel haklardandır. İnsanın sahip olduğu yaşama hakkı soyut bir hak olmayıp güvenlik içinde bir yaşama anlamındadır. Bir başka ifadeyle insan, içinde yaşadığı toplumda, hayatına, vücut bütünlüğüne, meskenine, mal varlığına ve sahip olduğu diğer değerlere her türlü saldırıdan emin olarak yaşamak, toplum da suçluluğun olmadığı bir ortam ister. Devlet denilen olgunun temel varlık nedeni, insanların kendilerini güvende hissetme gereksinimi ve insan haklarının korunmasıdır<sup>23</sup>. Bu nedenle devlet, ülkesinde huzur ortamını oluşturmak ve bu ortamın devamını sağlamak zorundadır. Bunun içindir ki devlet, suça giden yolları kapatmaya eğer bu yolları kapatamıyorsa işlenmiş olan suçları tespit edip suçluları cezalandırmaya çalışır. İşte devlet bu amaçlara ulaşmak için bireylerin özgürlüklerine müdahale teşkil eden bir takım yetkilere sahiptir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 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 8. maddesinde de, “herkesin özel ve aile

<sup>19</sup> ERYILMAZ, s. 33.

<sup>20</sup> Bkz. CMK 98 vd. maddeleri

<sup>21</sup> Bkz. CMK 123 vd. maddeleri

<sup>22</sup> ÖZBEK, Arama, s. 19.

<sup>23</sup> ÇEÇEN Anıl, Devlet ve İnsan Hakları, TBBD, S.6, s.826

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 islenmesinin 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<sup>24</sup>.

2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 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. Anayasanın 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 islenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” sebepleriyle müdahale edilebileceği anlatılmıştır. Bunun yanında arama kurumu CMK, PYSK ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK), Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Olağanüstü Hal Kanunu gibi birçok özel kanunda da kaleme alınmıştır.

Adli arama ve önleme aramasının, saklı olanı bulmayı amaçlayan bir tedbir olması nedeniyle içerikleri benzese de, aramanın hukuki niteliğinin tespitinde, adli veya önleme araması olması önemlidir.

Önleme araması bir önleme tedbiri olup kamu güvenliğinin tehlikeye düşme ihtimaline karşı başvurulmuş 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 işlemdir<sup>25</sup>.

Adli arama ise, saklanan failin (şüpheli, sanık veya hükümlü) veya suçun

<sup>24</sup> **AKSOY Şemsettin**, Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

<sup>25</sup> **MALKOÇ İsmail - GÜLER Mahmut**, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Kanunu, c.1, Ankara 1994, s. 438.

delilinin ele geçirilmesi ve ceza muhakemesinin amacına ulaşmasını amaçlayan bir koruma tedbiridir<sup>26</sup>. 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 sınırlar<sup>27</sup>.

— Arama ister önleme amacıyla, ister adli amaçlı yapılsın, *geçici olarak başvurulmuş bir tedbir olması*. Aramanın amacı sona erdiğinde yapılan işlemde sona erecektir<sup>28</sup>. Bir koruma tedbiri olan arama da, aramaya konu olan delilin elde edilmesi veya aranan kişinin yakalanması halinde veya bu amaçların elde edilmesi ihtimali ortadan kalkması örneğinin aranan kişinin aranan yerde olmadığına anlaşılması halinde sona erer<sup>29</sup>.

— 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)<sup>30</sup>. Özetle arama hüküm kurulabilmesi için bir araçtır.

—Arama yapılmadığında *geç kalınmış olunmalıdır.(gecikemezlik)*, Arama koruma tedbiri açısından gecikemezlik hali aramanın neticesiz kalması ihtimalidir. AÖAY' nin 4/a maddesine göre gecikmesinde tehlike bulunan hal “Adlî aramalar bakımından; 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. Takdir edilir ki gecikme halinde, neticeten ceza yargılaması zarar görecektir.

—Arama yapılmasında *görünüşte haklılık*(haklı bir sebep) bulunmalıdır.

<sup>26</sup> YURTCAN Erdener, CMK Şerhi, İstanbul, 2005, s.262.

<sup>27</sup> ÖZBEK, Arama, s. 21.

<sup>28</sup> ERYILMAZ, s. 185.

<sup>29</sup> AVCI Mustafa, “Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama”, HPD, S.3, Nisan 2005, s.76

<sup>30</sup> ŞAFAK – BIÇAK, s. 161.



Bundan maksat, koruma tedbirinin uygulanmaması halinde başkalarının tehlikede olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olmasıdır<sup>31</sup>. Arama tedbirinin görünüşte haklı olup olmadığına arama izni verecek makam karar verecektir. Şüphesiz aramanın gerçekten haklı olup olmadığı ancak yargılamanın sonucunda anlaşılacaktır. Zaten bu nedenle görünüşte haklılık aranmaktadır. Yine görünüşte haklılık her somut olay için ayrı değerlendirilmelidir. Ruhsatsız tabanca bulundurma olayında kişinin üzerinin, evinin ve arabasının aranmasında haklı görünüş varken, vahim silah olan lav silahı bulundurulmasında kişinin üzerinin aranmasında haklı görünüş bulunmamaktadır. Zira lav silahı insanın üzerinde taşıyamayacağı kadar büyüktür.

—Arama tedbirinin uygulanması ile ulaşılabilecek amaç arasında *orantılılık* bulunmalıdır. Tedbirin gerektirdiği müdahale ile işin önemi ve var olan şüphenin kuvveti arasında uygun bir orantı bulunmalıdır<sup>32</sup>. Arama koruma tedbirine başvurulması halinde ihlal edilecek temel hakkın ağırlığının elde edilecek fayda karşısında çok önemli olmaması, daha doğru bir ifade ile ihlal edilecek temel hak ile elde edilecek fayda arasında bir dengenin bulunması gerekir. Bu ilkenin doğal bir neticesi de, daha hafif bir önlem neticenin elde edilmesini sağlıyorsa daha ağır önlemin uygulanmamasıdır. Arama koruma tedbiri açısından, verilen arama kararında aranan kişinin veya eşyanın net olarak gösterilmesi ve böylece müdahalenin sınırlandırılması oranlılık ilkesi kapsamındaki güvencelerdendir<sup>33</sup>.

—*Yasa ile düzenlenmiş olmalıdır*. Koruma tedbirinin uygulanabilmesi için tedbirin uygulanabileceğinin önceden yasa ile düzenlenmiş olması gerekir. Koruma tedbiri ile yargılama faaliyeti devam etmekteyken ve henüz işin esasını çözen bir karar verilmemiş iken temel haklar sınırlandırılmaktadır. Anayasamızın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde açıkça sınırlamaların ancak kanunla yapılabileceği belirtilmiştir.

—*Suç şüphesinin belirli bir yoğunluğa ulaşması gerekir*. Şüphe için şu olduğunda artık şüphe vardır diye objektif, genel geçer bir kural getirilemez. Ancak şüphenin belirli bir düzeye varması lazımdır. Bu her olaya göre ayrı değerlendirilmeli ve takdir edilmelidir. Arama kararı verilebilmesi için somut belirlemeler ve yakın bir tehlike bulunmalıdır.

<sup>31</sup> **CİHAN Erol - YENİSEY Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukuku İstanbul 1996, s.208.

<sup>32</sup> **CENTEL Nur - ZAFER Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s.206.

<sup>33</sup> **YENERER Özlem**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.22

Arama bir zorlama tedbiri olup, muhatap olacak kişinin rızası aranmaz<sup>34</sup>. Ancak, müdahale ettiği temel hak ve özgürlüklerin önemi nedeniyle, hâkim güvencesine tabi kılınmıştır<sup>35</sup>. 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 deyişi, önleme aramasında o yerin en büyük mülki amiri, adli arama da ise Cumhuriyet savcısı veya ona ulaşılmayan hallerde adli kolluk amirini ifade eder<sup>36</sup>. Bazı hallerde ise karar alınmadan arama yapılabilir, bu hallere ileride değinilecektir.

### 3-Aramaya Hâkim Olan İlkeler

#### 3.1.Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti düşüncesi 17. ve 18. yüzyılda Kıta Avrupa'sında ortaya çıkan<sup>37</sup> ve kamu menfaati düşüncesi ile kişi hak ve özgürlüklerine sınırsız müdahale edebilen, hiçbir sınır ve denetim tanımayan, “kamu gücü” olarak tanımlanabilen Polis Devleti anlayışına karşı ortaya çıkmış bir devlet anlayışıdır<sup>38</sup>.

1982 Anayasanın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı bir “hukuk devleti” olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi ise hukuk devletini “İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan ve faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uygun devlettir” şeklinde tanımlamıştır<sup>39</sup>. Anayasa Mahkemesi daha yeni bir kararında bu tanımlı koruyarak hukuk devletini; “her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, adil

<sup>34</sup> **ERYILMAZ**, s. 192.

<sup>35</sup> **ÖZBEK**, Arama, s. 17.

<sup>36</sup> **CENTEL - ZAFER**, s. 293- 298.

<sup>37</sup> Hukuk devleti fikri kara Avrupa'sı kamu haklarının yaşadığı evrimde ortaya çıkmıştır. Temelinde müeyyideyi koyanında koyduğu müeyyidenin muhatabı olması, yani hukuku koyanında hukukla bağlı olması fikrine dayanır. Bu fikir; hukuken denetlenebilen iktidarın keyfi iktidarların, hukuken sorumlu organların sorumluluğu olmayan organların yerini alması ve nihayet hukuk düzeninde sadece özel kişilerden gelen ihlallere cevabın değil, resmi görevli kişilerden gelen ihlallere cevabın da düzenlenmiş olması fikirleriyle olgunlaşmıştır. **HAFIZOĞULLARI Zeki**, Türk Hukuk Düzeninde “Hukukun Üstünlüğü Prensibi” Sorunu, ABD 2002, S.1,s. 23 dn.33.

<sup>38</sup> **GÜNDAY Metin**, İdare Hukuku, Ankara 1999, İmaj Yayınevi, s. 24

<sup>39</sup> AYM. 11.10.1963 tarih ve 124/243 sayılı karar.( **MÜFTÜOLU Güneş**, Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti, Ankara, 1996, s. 277)

bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” olarak tanımlamıştır<sup>40</sup>.

Hukuk devleti, en genel manası ile bütün devlet organlarının kanunlara bağlı olması demektir. Kavram, bazen “hukuka bağlı devlet” veya “hukukla bağlı devlet” veya “hukukun hükümran olduğu devlet” ya da “hukukla sınırlanmış devlet” gibi terimlerle anlatılır<sup>41</sup>.

Özbudun’a göre hukuk devleti en kısa tanımıyla faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir<sup>42</sup>.

Gözler’e göre hukuk devleti; faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlettir<sup>43</sup>. Bu aynı zamanda hukuk devleti ile polis devletinin farklılığını ortaya koyan başlıca özelliktir<sup>44</sup>.

Yine Gözler’e göre hukuk devletinin gerekleri “hukuk devletinin genel gerekleri(devletin hukuka bağlılığı)” ve “özel gerekleri(idarenin hukuka bağlılığı)” olarak iki şekilde sınıflandırılmıştır. Genel gerekler olarak ise; yasama, yürütme ve yargı organının hukuka bağlı olması sayılmıştır. Özel gerekler olarak ise;

- a- idare yargısal denetime tabi olmalıdır,
- b- hâkimler bağımsız ve teminatlı olmalıdır,
- c- idari faaliyetler önceden bilinebilir olmalıdır,
- d- hukuki güvenlik ilkesi mevcut olmalıdır,
- e- idarenin mali sorumluluğu mevcut olmalıdır, şeklinde belirtilmiştir<sup>45</sup>.

Hukuk devletinin vazgeçilmez şartlarından birisi yürütmenin eylem ve işlemlerinin yargı organlarıncaya denetlenmesidir<sup>46</sup>. Anayasa Mahkemesi 01.10.1991 tarih ve 1990/40 E ve 1991/43 K sayılı resmi gazetesinin 07.02.1992 günü 21135 sayısında yayınlanan kararında “Hukuk devletinde yönetimin tüm eylem ve

<sup>40</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 29.01.1980 tarih ve 1979/38 E., 1980/11 K. sayılı kararı, AyMKD., 18(1980), s. 99.

<sup>41</sup> **KÜÇÜK Adnan**, “Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, 2. bs, Mayıs 2008, s. 352.

<sup>42</sup> **ÖZBUDUN Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin yayınları, 7. bs, s. 113

<sup>43</sup> **GÖZLER Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, 3.bs, Bursa Eylül 2005,s.86

<sup>44</sup> **ÖZDEN Yekta Güngör**, Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu Açılış Konuşması, in; Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu ve Semineri, İBY, 1. bs İstanbul, Ekim 1996, s. 199

<sup>45</sup> **GÖZLER**, s.87

<sup>46</sup> **BALTA, T.Bekir-KUBALI, H.Nail**, Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı, AÜSBFD, Eylül 1960,S.39, C.XV,s.8

işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur. Bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi yargısal denetimdir” demiştir. Yönetenlerin keyfilüğının söz konusu olduğu Polis devletinin aksine Hukuk devletinde yönetilenlerin yanında yönetenlerde hukuka bağlıdır<sup>47</sup>.

Yürütme erkinin eylem ve işlemlerinin yasalara uygunluğu hukuk devletinin varlığı için gerekli olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Tam manasıyla hukuk devletinden bahsedebilmek için yürütmenin eylem ve işlemlerinin yasalara uygunluğunun denetiminin yanında, yasama erkinin işlemlerinin de Anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca denetlenmesi gerekir<sup>48</sup>.

Hukuk devletinde temel olan insan haysiyetidir. Bu bağlamda hukuk devletinin ilk niteliği, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olmasıdır. Temel hak ve özgürlükler insan olmak dolayısıyla sahip olunan dokunulmaz, vazgeçilmez ve devredilemez haklardır. Bu durum 1982 Anayasasının 12. maddesinde, “ herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” şeklinde ifade edilmektedir. Anayasa hukukunda genellikle aynı anlamda kullanılan hak ve hürriyet terimleri burada da aynı anlamda kullanılmıştır. Temel haklar özgür insan için en gerekli ve önemli anayasal haklardır. Anayasada yer alan her hak temel hak değildir, ancak, hukuk devletinde her temel hak anayasada yer almış olmak icap eder. İnsan hakları tarihindeki ilk temel haklar, hürriyet, güvenlik, eşitlik ve mülkiyet haklarıdır. Bu hakların listesi insan hakları anlayışının gelişmesi ile artmıştır. Şu an modern demokrasilerde kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, basın ve yayın hürriyeti, toplanma hürriyeti vb. gibi birçok hak ve hürriyetler temel hak olarak tanınmıştır<sup>49</sup>.

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

<sup>47</sup> **ESENER Turhan**, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1998, s.52

<sup>48</sup> **KAPANİ Münci**, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993, s.200

<sup>49</sup> **YÜCE Turhan Tufan**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1968 s. 14, 15.

ve güvenliği temin eden bir yönetim biçimidir<sup>50</sup>.

Toplum halinde yaşamının ön şartı olan güvenlik ve sosyal düzen, aynı zamanda hukuk devletinin de ilk şartıdır<sup>51</sup>. 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 yeterli değildir. Uygulamanın da bu kanunlara ve hukukun genel ilkelerine uygun olması gerekir<sup>52</sup>.

Hukuk devletinin bir diğer şartı da, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin bulunması, adil bir yargılanma koşullarının sağlanmış olmasıdır<sup>53</sup>. 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 oluşturulmalıdır<sup>54</sup>.

Konumuz bakımından hukuk devleti, suçun işlenmesini önlemek ve/veya işlenmiş suçların faillerini hak ettikleri cezaya çarptırmak için yaptığı işlemlerde insan hakları ihlallerine yol açmamaya çalışan devlet demektir. Bir yandan suç işleyenleri cezalandırmak suretiyle toplumun çıkarlarını korumak, diğer yandan suçsuzların cezalandırılmasını önlemek suretiyle şüphelinin/sanığın çıkarlarını garanti altına almak gerekir<sup>55</sup>.

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 önemlisi bu tedbiri uygulayacak olan kolluk görevlilerinin keyfilikten kaçınarak,

<sup>50</sup> **ÖZTÜRK Bahri** "Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/13.doc>), ([www.ceza-bb.adalet.gov.tr](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr).)Adalet Bakanlığı, 12.10.2009.

<sup>51</sup> **ÖZTÜRK**, Özgürlük, s.5

<sup>52</sup> **ERYILMAZ**, s. 21, 90.

<sup>53</sup> **İNCEOĞLU Sibel**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, İstanbul, 2005, s. 168.

<sup>54</sup> **ÖZBEK**, Arama, s.22.

<sup>55</sup> **AVCI Mustafa**, “Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i maruf) Uygulaması”, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, S:147, Aralık 2003, s.45.

orantılı ve insan haklarına saygılı bir şekilde hareket etmeleri, hukuk devletinin gereğidir<sup>56</sup>. Kolluğun bunu başarması için gecikmeksizin adli kolluk uygulamaya geçirilmelidir.

### 3.2.Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

Her demokratik hukuk devletinde kişiye, kendisi için uygun gördüğü hayat tarzını yaşayabilmesi için, maddi ve manevi varlığını istediği yönde geliştirip şekillendirebileceği, başkalarının denetim ve gözetiminden uzak, kendi düşünce ve kanaatleri ile hayatını yaşayabildiği hür bir hayat alanı tanınır. Bu açıdan, bağımsız bir varlık olarak kendi kendini yönetme hakkı olduğu kabul edilen bir insanın, özel hayatını, kendi tercihleri ile nasıl şekillendirdiği (mesela, cüzdanının içinde ne bulundurduğu, nasıl giyindiği gibi), kural olarak devletin veya bir başka kişinin ilgi alanını oluşturmaz<sup>57</sup>.

Kişilere bu temel hakkın verilmesi ya da verilmemesi, bir ülkedeki mevcut olan siyasi rejimin ne kadar hürriyetçi ve demokratik veya ne kadar baskıcı ve otoriter olduğunu gösterir. Genel olarak temel hakların, konumuz itibariyle de özel hayatın gizliliği hakkının geniş olarak tanındığı ülke demokratik ve özgürlükçü; dar olarak tanındığı ülke ise, baskıcı ve otoriter veya totaliterdir. Çünkü otoriter ve totaliter devletlerde temel haklar, iktidarın resmi ideolojisinin baskısı altındadır. Bu tür devletlerde resmi ideoloji propagandasını etkili kılmak için özel hayatta yaşananları bilmek ister<sup>58</sup>.

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 ayrılır<sup>59</sup>. Özel hayatın başlıca unsurları, gizlilik ve bağımsızlıktır<sup>60</sup>. Hayatın gizli alanı da, şahsın

<sup>56</sup> AKSOY, s.12.

<sup>57</sup> ŞAHİN Cumhur - ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Birinci Baskı 2007, s. 501.

<sup>58</sup> DERDİMAN Ramazan Cengiz, Türk Hukuku’nda Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Hukuki İstisnası Olarak Adli Arama ve İnsan Hakları, Doktora Tezi, <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm> (25.01.2010).

<sup>59</sup> ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuturma Mecburiyeti, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara. 1991. s. 76.

<sup>60</sup> KORKUSUZ M.Refik, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve

kimseyle paylaşmadığı, aleni olmayan ve kişinin kendisiyle baş başa kaldığı hayatıdır<sup>61</sup> ve bu nedenle mutlak bir koruma altındadır.

Hayatın genel yanının korunacak bir gizliliği bulunmadığından konumuz bakımından bir önemi yoktur. Örneğin, kamuya açık yerlerdeki davranışlarımız ve sözlerimiz herkes tarafından görülüp dinlenebilir. Buna karşılık hayatın özel yanı her hukuk devletin 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 ilgilendirir<sup>62</sup>.

Özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı, bir yandan bireyin devlet ve müdahalesi olmaksızın hayatını sürdürebilmesi şeklinde bir negatif statü hakkı<sup>63</sup>, diğer yandan da bireyin özgürlüğünün sağlanması için devletin gerekli ortamı yaratacak edimlerde bulunmasını gerektiren bir pozitif statü hakkıdır<sup>64</sup>. Yani devlet, alacağı pozitif tedbirlerle, gerek kendisinin gerekse üçüncü kişilerin özel hayata müdahalesini engelleyerek ve kişinin kendisini savunabileceği gerekli koşulları oluşturarak, özel hayatı güvence altına almak zorundadır<sup>65</sup>. Özel hayatın belirli bir mekân sınırlaması yoktur ve kişinin kendisine ait bir yerde bulunması özel hayatın varlık şartı değildir. Kişi nerede olursa olsun iş yeri, otel veya hapisane gibi, mutlaka korunması gereken bir özel hayatı vardır<sup>66</sup>. AİHS'nin "insan haklarına saygı yükümlülüğü" taşıyan 1.maddesinde 'yüksek sözleşen taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar' hükmü yer almaktadır. Özel hayatın gizliliği hak ve özgürlüğü sözleşmenin birinci bölümünün 8. maddesinde yer alır<sup>67</sup>.

---

Özgürlükler, İstanbul 1998, s.247

<sup>61</sup> **İMRE Zahit**, Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM,C.XXXIX, S.1-4, 1974, s.149.

<sup>62</sup> **ÖZTÜRK Bahri – ERDEM M. Ruhan**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006. s. 175.

<sup>63</sup> **GÖREN Zafer**, Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995, s.24

<sup>64</sup> **GÖLCÜKLÜ Feyyaz**, İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin "Olumlu"(Pozitif)Yükümü, PD, S.37

<sup>65</sup> **TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan - SANCAKDAR Oğuz**, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s.382

<sup>66</sup> **ERYILMAZ**, s.68

<sup>67</sup> Ayrıca AİHM de x& y-hollanda davası 26 Mart 1985 tarihli kararında AİHS 8. maddenin getirdiği

İHEB'nin 12., AİHS'nin 8. ve Anayasanın 20, 21 ve 22. maddelerinde bireylerin devlet müdahalelerinden korunmuş hür bir alana sahip buldukları açıkça ifade edilmiştir. Anayasamıza göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz ( An. m. 20); kimsenin konutuna dokunulamaz (An. m. 21); herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır ( An. m. 22). Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş bir hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutu aranamaz; bu eşya ile konutta bulunan eşyaya el konulamaz; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz<sup>68</sup>. Özel hayat ve aile hayatının gizliliği esastır. Bu gizliliğe gerektiği ölçüde ve ancak kanunla belirtilen şartlarla müdahale edilebilir<sup>69</sup>.

AİHS'nin 8. maddesinde koruma altına alınan “özel hayat ve aile hayatına” müdahale edilebilmesi için; a) müdahalenin kanunla düzenlenmiş olması, b) müdahaleyle güdülen amacın meşru olması ve c) müdahale oluşturan işlemin demokratik bir toplumda gerekli olması şarttır<sup>70</sup>.

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 gerekir<sup>71</sup>.

Özel hayatın gizli alanı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “özel hayatın gizliliği”

---

korumanın hem negatif bir taahhüdü hem de pozitif bir yükümlülüğü kapsadığına karar vermiştir. **KİLKELLY Ursula**, AİHS'nin 8.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz(Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı),İnsan Hakları El Kitapları No:1,2003 s.21

<sup>68</sup> **ÖZTÜRK**, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr.),a.y.

<sup>69</sup> **YENİSEY- NUHOĞLU- GÜZEL**, s. 73.

<sup>70</sup> **GÖZÜBÜYÜK A. Şeref - GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokala Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4. bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 2003. s. 330.

<sup>71</sup> **TEZCAN Durmuş**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Dizi 5, EGM Yayınları, Ankara, 1998, s.16,197.



başlıklı 134. maddesinde, kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi suç olarak kabul edilmiş, bu düzenleme özel hayatın gizliliği ilkesinin yeni ceza adaleti sistemindeki önemine işaret etmektedir<sup>72</sup>. Ayrıca özel hayatın gizliliği ile ilintili olarak aynı kanunun 132. maddesinde Haberleşmenin Gizliliğinin ihlali, 133. maddesinde Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması, 135. maddesinde Kişisel Verilerin Kaydedilmesi ve 136. maddesinde Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme suçları düzenlenmiştir<sup>73</sup>. Bu düzenlemeler ile hukuk devleti olmanın bir gereği olarak söz konusu ilke güvence altına alınmıştır.

### 3.3.Oran(tı)lılık( ölçülülük ) İlkesi

Önleme ve koruma tedbirlerinin en önemli kriterlerinden birisi de “orantılılık” ilkesidir. 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 edilmelidir<sup>74</sup>. Orantılılık ilkesi, hukuk devletine hâkim olan aşırılıktan kaçınma yükümlülüğünün bir gereğidir. Bu manada, kullanılan araç ile ulaşılmaya hedeflenen amaç arasında makul bir denge bulunması arandığından; “orantılılık” ilkesi “aşırılık yasağı” olarak da adlandırılmaktadır<sup>75</sup>.

Ölçülülük ilkesi, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği sonucunda 1982 Anayasasına girmiştir. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması başlıklı 13. maddede, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” denilmek suretiyle bu ilke vurgulanmıştır. Böylece öğretiler ve ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarında kabul edilen bir ilke pozitif

<sup>72</sup> **ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006, s.86.

<sup>73</sup> **ÖZDEMİR Kenan**; “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Adalet Dergisi, Yıl: 97, Sayı: 23, Eylül 2005. s. 9, 10.

<sup>74</sup> **ÖZTÜRK Bahri**, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 1992, s. 6.

<sup>75</sup> **ŞAHİN İlyas**, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Ankara, Seçkin Yayınları, Ankara 2004. s. 115.

hukukumuzda girmiştir. Bu düzenleme, temel hak ve özgürlükler adına ülkemizde önemli bir gelişme ve yeniliktir<sup>76</sup>.

Orantılılık ilkesi 19.10.1992 tarihli Yargıtay kararında “Mantık kuralına göre; amaç ortadan kalkınca bu amaca hizmet eden araç gereksizleşir. Yargılama hukukunun yorumuna ve özüne ters düşülecektir. Ceza Yargılamasında, ceza hukukunun tersine, örneksime dâhil, geniş bir yorum olanağı vardır ve söz anlamı (amaç) değil, anlam sözü; uygulama kuralları değil, kurallar uygulamayı yönlendirir. Ceza yargılamasında, amacı aşan aracın kullanılmayacağını öngören orantılılık ilkesine göre, bir ceza yargılaması işleminin yapılmasıyla sağlanacak yarar ile verilecek zarar; yani amaç ile kullanılacak araç arasında akla uygun bir oran olmalıdır. Bu oran bulunmuyorsa ve araç amacı aşıyorsa, o işlem yapılamaz<sup>77</sup>” şeklinde ifade edilmiştir.

Koruma tedbiri henüz hüküm giymemiş bir kişinin özgürlük alanına müdahale teşkil ettiğinden ölçülü ve gerekli kullanılmalıdır<sup>78</sup>. Orantılılık toplumun menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasını ifade eder<sup>79</sup>.

Özbudun’a göre ölçülülük ilkesi “bu ilke sınırlandırmada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını” ifade etmektedir<sup>80</sup>. Gözler ise bu tanımdan yola çıkarak ölçülülük ilkesinin, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olarak üç alt ilkedden oluştuğunu belirtmektedir<sup>81</sup>. Elverişlilik ilkesi, sınırlamada başvuru alan aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder<sup>82</sup>. Gereklilik ilkesi, sınırlama amacını gerçekleştirmek için en yumuşak aracın, yani temel hak ve hürriyeti en az sınırlayan aracın seçilmesini gerektirir<sup>83</sup>. Orantılılık alt ilkesine göre ise, sınırlandırmayla varılmak istenen amaç ile

<sup>76</sup> **GÜMÜŞAY Mert**; Anayasa Değişiklikleri Işığında Arama Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004.

<sup>77</sup> YCGK, T:19.10.1992, E:1992/5-260, K:1992/283 (**ERDAGÖZ Özcan**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri olarak Arama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, EÜSBE. Kayseri 2008,s.44)

<sup>78</sup> **YÜCE Tufan Tufan**, Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri(Ümanist) TBBB, 1988, S.1, s.167

<sup>79</sup> **YENİSEY Feridun**, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, s.102

<sup>80</sup> **ÖZBUDUN Ergun**, s.104.

<sup>81</sup> **GÖZLER**, s.119

<sup>82</sup> **SAĞLAM Fazıl**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBE Yayınları, Ankara 1982, s. 114

<sup>83</sup> **SAĞLAM**, s. 226-235

sınırlandırma da başvuru araç ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır<sup>84</sup>.

AİHS'nin bütününde, kamu yararının oluşturduğu isteklerle, bireylerin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası görülür<sup>85</sup>.

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 yarar elde etmeye elverişli ve gerekli değildir. Tam tersine temel hak ve özgürlüklere getireceği sınırlama ile bir zararı ifade eder<sup>86</sup>.

AİHM, hakaret suçu nedeniyle yapılan bir soruşturma nedeniyle, delil elde etmek için avukatın bürosunun aranmasını orantısız bir işlem olarak görmüştür. Bunun yanında AİHM, terör şüphesi nedeniyle yapılan aramaların, zorunluluktan kaynaklandığını değerlendirerek, işlemi makul ve kabul edilebilir bulmuştur<sup>87</sup>.

Örneğin, uyuşturucu ticareti yapıldığına dair bir duyuru, kişinin konutunda arama yapılmasını haklı göstermeye yetmez. Aynı zamanda bu duyuru 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 durumdur<sup>88</sup>.

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 gerekir<sup>89</sup>.

### 3.4.İnsan Onurunun(haysiyetinin) Dokunulmazlığı İlkesi

“İnsan onuru” bireyin hür iradesinin dış dünyaya yansımaları olup; yaşama,

<sup>84</sup> SAĞLAM, s. 116

<sup>85</sup> İNCEOĞLU s. 284.

<sup>86</sup> ÖZBEK, Arama, s. 33.

<sup>87</sup> ÖZTÜRK Bahri - ERDEM M.Ruhan - ÖZBEK Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 155.

<sup>88</sup> KAYMAZ Seydi, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara, 1997, s. 138.

<sup>89</sup> CENTEL - ZAFER, s. 292.

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 zirhidir.<sup>90</sup>

İnsan haysiyetini en yüksek değer olarak kabul etmek hukuk devleti ve demokratik devlet olmanın ön şartıdır<sup>91</sup>. Bütün temel haklar, insan haysiyeti uğruna gerekli görüldükleri için ve hepsinin temelinde yatan ortak düşünce olması nedeniyle, insan haysiyetinden kaynaklanırlar ve dahi insan haysiyetinin bağımsızlaşmış parçalarıdır<sup>92</sup>. Her insan, insan olması nedeniyle insan haysiyetine sahiptir<sup>93</sup>. Suç işlemiş şüphesi altında olmak ve hatta hüküm giymiş olmak, insan haysiyetine sahip olmamak anlamına gelemez<sup>94</sup>. İnsan haysiyeti nedir? İnsan haysiyeti, insanı diğer varlıklardan ayıran şeydir; onun kişiliğidir<sup>95</sup>.

“İnsan hakları” ya da “kamu özgürlükleri”; insan onurunu korumayı, insanın maddi ve manevi gelişmesini sağlamayı amaçlayan, insanın insan olmasından kaynaklanan en doğal haklarına verilen addır<sup>96</sup>. Görüldüğü gibi “insan onuru”, “insan hakları”nın özüdür. Diğer temel hak ve özgürlükler insan onuru kavramının içinden çıkar<sup>97</sup>.

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

<sup>90</sup> ÖZTÜRK – ERDEM - ÖZBEK, 2004, s. 140.

<sup>91</sup> YÜCE, Ümanist s.158–159

<sup>92</sup> GÖREN - ZAFER, s. 9

<sup>93</sup> GÖREN - ZAFER, s.50

<sup>94</sup> YÜCE Ümanist, s.158

<sup>95</sup> YÜCE, Ümanist, s.159

<sup>96</sup> TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan - SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2004, s. 9.

<sup>97</sup> ÖZBEK, Arama, s. 24.

haysiyetinin öneminin vurgulandığı hükümlerden bazılarıdır<sup>98</sup>. Yine 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<sup>99</sup>.

Nazi yönetiminden sonra 1949 yılında kaleme alınan Alman Anayasasının birinci maddesi, “insan onur ve şerefi kutsaldır, dokunulmazdır. Devlet otoritesini kullanma yetkisine sahip tüm görevliler, bunu korumak ve ona saygı göstermekle yükümlüdürler” şeklinde olup, insan onuru kavramını en üst değer olarak vurgulamıştır<sup>100</sup>. İnsan onuru kavramı, Alman Anayasasında doğrudan yer aldığı şekliyle olmasa da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi(BMİHEB), Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme(BMMSHS), Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı(AİHHŞ) gibi uluslararası belgelerde de yer almıştır. Bu kavramdan, AİHS'nin 3. maddesinde işkence yasağı başlığı altında “hiç kimse onur kırıcı işlemlere tabi tutulamaz” şeklinde söz edilmiş; BMİHEB’de 1., 5., 22. ve 23. maddelerde yer yer bahsedilmiştir. Örneğin, 5. maddede işkence yasağı ile ilgili olarak “hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez” denilmiştir. BMMSHS’in 7. maddesinde de BMİHEB’deki düzenleme tekrar edilmiştir<sup>101</sup>. Ayrıca söz konusu kavram 29 Ekim 2004 tarihinde Roma’da Avrupa Birliği üyesi 25 devlet tarafından imzalanan Avrupa Anayasasının 2. bölümünde Birliğin Temel Haklar Antlaşması

<sup>98</sup> **BİLEN Mesut**, Adli ve Önleme Araması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2006, s.16

<sup>99</sup> **ÇOKMUTLU Metin**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri olarak Arama ve Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2007, s.22

<sup>100</sup> **ESER Albin**, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, [http://www.freidok.unifreiburg.de/volltexte/4349/pdf/Eser\\_Alman\\_ve\\_Tuerk\\_ceza\\_muhakemesi\\_hukukunda.pdf](http://www.freidok.unifreiburg.de/volltexte/4349/pdf/Eser_Alman_ve_Tuerk_ceza_muhakemesi_hukukunda.pdf) (20.01.2010).

<sup>101</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi; <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html> (20.01.2010).

başlığı altında yer alan 61. maddesinde “insanlık onuru çiğnenemez, insanlık onuru saygı görmeli ve korunmalıdır” şeklinde ifade edilerek yerini almıştır<sup>102</sup>. Ancak üye devletlerarasında imzalanan söz konusu anayasa, Avrupa Birliği ülkelerinden Fransa ve Hollanda’da yapılan referandumlar sonucu kabul edilmemiş olduğundan yürürlüğe girememiştir. Tüm üye devletlerin kabulü ile anayasa yürürlüğe girebilecektir. İnsan onuru kavramı AİHHŞ’de ise 5. maddede, “Her birey... yerleşik onuruna saygı gösterilmesi... hakkına sahiptir. Sömürü ve aşağılamanın, özellikle kölelik, köle ticareti, işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza ve muamele olmak üzere, her biçimi yasaktır... şeklinde yerini bulmuştur<sup>103</sup>.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, insan haysiyeti kavramını “İnsan ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele, ona muhatap olanı insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunması zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir<sup>104</sup>” şeklinde tarif etmiştir.

Vatandaş veya yabancı, kadın veya erkek, genç veya yaşlı, zenci veya beyaz, hangi din ve ırktan olursa olsun, hatta suç işlemiş olsa bile herkes korunmaya değer insan onuruna sahiptir. Bir suç işleme şüphesi altında olmak ya da bir suçun sanığı olmak insan onurunu asla yok etmeyeceği gibi, onun askıya alınması sonucunu da doğurmaz. Bu insanın, obje değil, süje olmasının bir gereğidir<sup>105</sup>.

Bir tedbir olarak gerçekleştirilen önleme ve adli arama işlemlerinde, insan onuruna uygun olmayan, zalimane gayri insani veya haysiyet kırıcı bir muamele de bulunulamaz. Örneğin, herhangi bir arama kararı olmaksızın kişiyi 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

<sup>102</sup> Avrupa için Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma; <http://www.abgm.adalet.gov.tr/abanayasa%20ikinci%20bolum.pdf> (20.01.2010).

<sup>103</sup> Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, [http://www.canaktan.org/hukuk/insan\\_haklari/virminciyuzyilda/afrikali\\_insan.htm](http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/virminciyuzyilda/afrikali_insan.htm) (20.01.2010).

<sup>104</sup> AMY.28.06.1966,E.1963/132,K.1966/29 (AnMKD.S.4,s.187)

<sup>105</sup> ÖZBEK, Arama, s. 24.

sayılmayacaktır<sup>106</sup>.

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 gereğidir<sup>107</sup>. Örneğin kişinin aranan eşyayı göstermeye zorlanması da insan haysiyetini zedeler. Gerçi bu örneğe aykırı olarak, mülga 1412 sayılı CMUK'un 87. maddesinde; “tanıklıktan çekinmeye hakkı olanlar hariç, elkoymaya tabi bir eşyayı teslimden imtina eden şahısların hapsedileceği” öngörülmüş ve sanık veya şüpheli, teslimden imtina hakkına sahip olanlar arasına dâhil edilmemişti. Her suç için uygulanabilecek olan bu hüküm bazen aramaya maruz kalan kişinin soruşturulmakta veya kovuşturulmakta olan suçun gerektirdiği cezadan daha fazlasına maruz kalmasına yol açabilecek mahiyettedir. Bu durum ise, Anayasanın 38/5. maddesindeki “hiç kimse kendisini suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmüne aykırılık oluşturmaktaydı<sup>108</sup>. Bu eleştirileri dikkate alan yasa koyucu, “arama konusu eşyayı göstermeye zorlanmama” hakkını 5271 sayılı ÇMK'nin 124. maddesi ile şüpheli ve sanıklar için de tanımıştır.

İnsan haysiyeti dokunulmaz olmakla birlikte, sınırsız değildir. İnsan haysiyetinin varlık sebebi olan hukuk devleti ilkesi, aynı zamanda onun sınırlarını da belirler. Çünkü insan hukuk devletinde yükümlülükleri olan bir varlıktır ve bu yükümlülüklerle uymaması halinde bir takım yaptırımlara maruz kalabilir. Bu da insan haysiyetinin sınırsız olmadığını gösterir<sup>109</sup>. Bu nedenlerle şartların oluşması halinde aramaya maruz kalmak insan haysiyetinin ihlali değildir. İnsanı obje haline getiren ve kişiliği nedeniyle sahip olduğu değerinkârı anlamına gelen her türlü işlem insan haysiyetine ve dolayısıyla hukuka aykırıdır.

Son olarak, AİHS, BMİHEB ve BMMSHS gibi uluslararası belgeler Türkiye tarafından onaylanmış olduğuna ve Anayasanın 90. maddesi gereği bir iç hukuk kuralı haline gelmiş olduğuna göre, bu belgelerde ifadesini bulan insan onuru

<sup>106</sup> ÖZBEK, Arama, s. 27

<sup>107</sup> KAYMAZ, s. 135, 157.

<sup>108</sup> ÖZBEK, Arama, s. 27.

<sup>109</sup> ÖZTÜRK Bahri, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar, Manisa Barosu Dergisi, Y.6, S.22, s.34

kavramı açıkça Türk hukuk mevzuatına girmiştir<sup>110</sup>.

### 3.5.Dürüst İşlem (Adil Yargılama-Fair Trial) İlkesi

Adil yargılanma hakkı (Fair Trial); kişiyi, temel hak ve özgürlüklerinin hukuka aykırı ve keyfi olarak kısıtlanmasından veya bunlardan yoksun bırakılmasından korumayı hedefleyen uluslararası insan hakları hukuku normudur<sup>111</sup>. Bundan maksat, ceza muhakemesi işlemlerinin, kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestîsini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden yasa ile öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde yapılmasıdır<sup>112</sup>. Bu ilke, soruşturma organlarının sanık ve diğer ilgililere karşı insafli, anlayışlı ve savunmayı kolaylaştırıcı tarzda davranmalarını emreder<sup>113</sup>. 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 sahiptir<sup>114</sup>.

Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Daha önce de bu ilkenin yansımaları hukuk sistemimize hâkim olmasına karşın, AB uyum

<sup>110</sup> ERDAGÖZ, s.36

<sup>111</sup> İnsan Hakları Avukatlar Komitesi, “Adil Yargılanma Nedir? Yasal Standartlar ve Uygulamaya Yönelik Temel Rehber,” Çev. SELMAN Dursun, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Proje Yön. Kayıhan İçel, Yayına Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 360.

<sup>112</sup> Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 166

<sup>113</sup> YÜCE, Ümanist, s.164

<sup>114</sup> 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 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 tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek; e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”



yasaları sürecinde anayasa ve kanunlarda açıkça zikredilmiştir<sup>115</sup>. 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle Anayasanın 36. maddesine “adil yargılanma” ibaresi eklenerek, bu kavram anayasal teminat altına alınmıştır<sup>116</sup>.

Fair Trial ilkesi Yargıtay kararlarında da kabul görmüştür. 09.10.2002 tarihli bir Yargıtay ilamında, “ifade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır” ilkesi karşısında, kendini savunamayacak derecede malul sanığın sorgusuna başvurulması, CMUK’nin 135/a, Anayasanın 17. ve AİHS’nin 6. maddesi hükümlerine aykırıdır. Kendisini makul şekilde müdafaa edemeyecek derecede malul sanığın duruşma ve sorgu engeli bulunduğu kabul edildiğine göre, sorgusu yapılarak kendisinden herhangi bir şekilde delil elde etmek de dürüst işlem ilkesine aykırıdır.”denilmektedir<sup>117</sup>.

Hukukumuzda kabul edilmiş olan bu ilkenin arama koruma tedbiri açısından da önemi büyüktür. Şöyle ki, arama tedbiri maddi gerçeğe ulaşmada sıklıkla kullanılan bir tedbirdir. Maddi gerçeğin araştırılması ilkesi ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalarda da ifade edildiği gibi, maddi gerçeğe ulaşmak ilkesi, *her ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşmak* demek değildir. Dürüst işlem ilkesi bu araştırmanın sınırını oluşturmaktadır. Hile ile veya temel hakların ihlal edilmesi pahasına elde edilen delil dürüst ve adil değildir. Bu ilkeye aykırı elde edilmiş delil savunma hakkının da ihlali sonucunu doğurur. Bu açıdan herhangi bir karar olmamasına rağmen, böyle bir karar varmışçasına yapılan bir arama işlemi de bu ilkeye aykırılık oluşturur. Bu şekilde elde edilmiş bir delilin de muhakemede kullanılmaması gerekir<sup>118</sup>. Öncelikle, aramanın gerekçesini oluşturan makul şüphe ve makul sebeplerin dürüstçe belirlenmesi, gerçeğin bulunması amacına hizmet etmesi, kanunlardaki usullere uyulması, gereksiz ve ölçsüz müdahalelerden kaçınılması, kısaca hakkaniyete uygun şekilde icra edilmesi adil yargılanma hakkının bir

<sup>115</sup> ATASOY Ömer Adil, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu, A YD, 2002 s. 14

<sup>116</sup> 1982 anayasasının “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin ilk fıkrası, 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanunun 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”

<sup>117</sup> YCGK E:2001/10-209 K:2001/212 T:09.10.2001 (ERDAGÖZ, s.48)

<sup>118</sup> ÖZBEK, Arama, s. 32.

gereğidir<sup>119</sup>.

İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetlerinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayrımlar yapılması; örneğin iddia veya savunma makamının kayrılması, 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 dâhil bulunduğu Kıta Avrupa Hukuk Sistemine göre, henüz iddia ve savunma makamlarının her bakımdan eşit olması demek değildir. Bugün silâh eşitliği denilince akla gelen, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları gerçekten kullanabilmesidir<sup>120</sup>. Ancak bizce iddia ve savunma makamları tam olarak eşitlenmeli, savcılık kurumu için buna uygun yasal düzenleme yapılmalı, fiziki şartlar buna uygun hale getirilmelidir.

Personel yetersizliği, teknolojik yetersizlikler ve devletin suçla mücadelesini olumsuz yönde etkileyen diğer imkânsızlıklar dâhil hiçbir sebep, suçla mücadelede devletin doğruluk kurallarından ayrılması için bir neden olamaz. Zaten böyle bir muhakeme sonrasında gerçekleşecek adalet gerçek adalet olamaz. Doğruluk kurallarına titizlikle uymayı kendisine amaç edinmemiş sözde bir adaletten ve sırf maddi gerçeği araştırmak amacıyla olan mekanik bir adaletten, adalet adına kaçınmak gerekir<sup>121</sup>.

AİHM, bir şüpheli/sanığın suçluluğu saptanmadan önce ve özellikle kendisini savunma imkânı tanınmadan, onun suçlu olduğu hissini telkin eden her türlü adli kararın suçsuzluk karinesinin ihlali olduğuna karar vermiştir. (Mineli/İsviçre ve Barbera, Messegue ve Jabardo/ İspanya davaları<sup>122</sup>) Kişinin üzerine atılı suçlamalarla ve elde edilen delillerle ilgili geciktirilmeksizin bilgi alma hakkı, savunmasını hazırlamak üzere kendisine makul bir süre verilmesi, avukatın hukuki yardımından faydalanma hakkı ve yabancı bir ülkede yargılanıyorsa ücretsiz tercüman edinme hakkı da adil yargılanma hakkı kapsamında tanınan güvencelerdendir (AİHS m.

<sup>119</sup> ÖZBEK, Arama, s. 33.

<sup>120</sup> 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, T.3.11.1998, E.7166, K.1999/5511, DD. S. 99, s. 473 vd.(Nakleden, ÖZTÜRK - ERDEM, s. 167)

<sup>121</sup> BIYIKLI Hasan - İ.BOUZAT Pierre, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları, Yargıtay Dergisi, Y.1977, S.1, s.113

<sup>122</sup> Aktaran: GÖZÜBÜYÜK - GÖLCÜKLÜ, s. 295.

6/3)<sup>123</sup>.

Diğer taraftan, AİHS'nin 6. maddesinde tanınan hakların hiçbir ayırım yapılmaksızın, ceza muhakemesinin başladığı ilk andan itibaren tanımak imkânsızdır. Örneğin, bazı hallerde araştırmaların bitmemiş olması nedeniyle, şüpheliden bazı bilgiler gizlenerek, delilleri karartmasını veya kaçmasını önlemek zorunlu olabilir<sup>124</sup>. Bu nedenle, arama yapılmadan önce şüphelinin bilgilendirilmemesi adil yargılanma hakkına aykırı değildir.

Adil yargılanma hakkı, AİHS'ne taraf devletlerde yasayan ve bulunanlar için temel bir teminat olup, AİHM'de görülen davalarda en çok isnat edilen haktır. On davadan altısı, sadece veya başka bir hak ihlali iddiasıyla birlikte adil yargılanma hakkına ilişkindir<sup>125</sup>. Arama bakımından son derece önemli olan bu ilke, iddiayı ispat için yapılan faaliyetlerin ve dolayısıyla kovuşturma mecburiyeti ilkesinin sınırını oluşturur<sup>126</sup>.

### 3.6.Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Ceza muhakemesinde maddi gerçek aranmakta olup, biçimsel gerçekle yetinilmemektedir. Bunun nedeni, ceza muhakemesinin diğer muhakeme dallarından daha fazla oranda kişinin hak ve özgürlüklerini ilgilendirmesidir<sup>127</sup>. Ceza muhakemesinin amacı; maddi gerçeğe uygun, yargılama kurallarına tam olarak riayet edilerek verilen, hukuk düzeni ve barışı kurmaya hizmet eden karara ulaşmak olarak tarif edilebilir. Bundan maksat, ceza muhakemesinde; bir yandan suçluların cezalandırılması amaçlanırken, öte yandan suçsuzun korunması ve yargılamanın kanunlara ve yargılama kurallarına, özellikle de adil yargılanma hakkına uygun cereyan etmesi hedeflenmektedir<sup>128</sup>. Yargıtay'a göre ceza muhakemesi faaliyetinin asıl amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya

<sup>123</sup> İNCEOĞLU, s. 10.

<sup>124</sup> SCHROEDER Friedrich Christian, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi," Çev. YENİSEY Feridun, Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul, 1999, s. 20.

<sup>125</sup> DÖNMEZER Sulhi, "Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Notlar", Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, C.I, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 52.

<sup>126</sup> ÖZBEK, Arama, s.32

<sup>127</sup> ERYILMAZ, s. 145.

<sup>128</sup> YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku: Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yazılmış, 11. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık Yayınları, 2005, s. 4.

çıkarılmasıdır<sup>129</sup>. 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 evrenseldir<sup>130</sup>.

Ceza muhakemesinde, medeni muhakemede olduğu gibi amaç, şekli gerçeğe ulaşmak değil, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Medeni muhakeme hukuku da gerçeği araştırır. Fakat bu muhakeme usulünde hakikatin maddesine (yani özüne) değil, maddenin dış görünüşü demek olan şekline bakılır. Hâkimler hakikatin özünü araştırmayıp, şekillerin gösterdiği hakikate göre karar verir. Onun içindir ki, oradaki hakikate “şekli hakikat”, ceza muhakemesindeki hakikate ise, gerçeğin özüne ulaşılması anlamında “maddi hakikat” denir. Ceza muhakemesinde maddi hakikatin araştırılmasının sebebi, bu muhakeme çeşidinin birçok kişinin ve toplumun yararının gerçekleştirilmesini hedeflemesidir<sup>131</sup>.

Maddi gerçek araştırılırken delillere ihtiyaç duyulur. Ceza muhakemesi hukukunda, medeni hukuk muhakemesinin aksine, delil serbestliği ilkesi geçerlidir. Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir (CMK m. 217/2). Mahkeme, delilleri serbestçe değerlendirip takdir edecektir. Yeter ki bu deliller hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olsunlar<sup>132</sup>. Dolayısıyla ceza muhakemesinde maddi gerçeğin *her ne pahasına olursa olsun* araştırılması kabul edilmemekte; delil yasakları maddi gerçeğin araştırılması ilkesine sınırlamalar getirmektedir<sup>133</sup>. Nitekim Anayasanın 38. ve CMK’nin 206/2. maddesinde kanuna aykırı olarak elde edilmiş delililerin kabul edilmeyeceği temel bir hukuk kuralı olarak belirtilmiştir. Zira zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir.

Ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma organları maddi gerçeği resen araştırmakla yükümlüdür. Bu husus 5271 sayılı CMK’nin 160/1 maddesinde

<sup>129</sup> YCGK, T: 22.03.2005, E: 2004/4-220 K: 2005/32, (Aktaran: **ERDAGÖZ**, s.45)

<sup>130</sup> YCGK, 19.4.1993, 6-79/108, YKD, Ekim, 1993, s. 1564 vd.

<sup>131</sup> **ŞAHİN - ÖZGENÇ**, s. 502,

<sup>132</sup> **TOROSLU Nevzat**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, 2003, s. 160.

<sup>133</sup> **ŞAHİN- ÖZGENÇ**, s. 502, YCGK, T:29.11.2005, E:2005/7-144 K:2005/150(**ERDAGÖZ**, s.47)

“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” şeklinde ifade edilmiş olup; ikinci fıkrada Cumhuriyet savcısının, “maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü” olduğu belirtilmektedir<sup>134</sup>.

Bazı kanıtların 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" yapılamaz<sup>135</sup>. 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 olacaktır<sup>136</sup>.

Sonuç olarak denilebilir ki, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi öğretide, mevzuatta hem de yargı kararlarında kabul edilmiş bir ilkedir ve çağdaş, özgürlükçü ceza muhakemesi hukukunda amaç, şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğin bulunmasıdır<sup>137</sup>.

#### 4- Tarihsel Gelişim

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. Örneğin, Eski Çin’de suçlu, suçtan zarar gören veya onun akrabaları

<sup>134</sup> ÖZBEK Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku(Muhakeme), Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 83.

<sup>135</sup> YENİSEY, Fair Trial s. 148.

<sup>136</sup> YENİSEY, Fair Trial, s. 149.

<sup>137</sup> CENTEL - ZAFER, s. 246.

tarafından takip edilir ve cezalandırılırdı. Daha sonraları, suç islenmesine engel olmak için önlem almanın yanında, suçluyu takip edip cezalandırmak da devletin görevi haline gelmiştir<sup>138</sup>.

*Eski Yunan'da* bugünkü anlamda bir arama koruma tedbiri yoktu. Bir kurum olarak arama varolsa da, buna ilişkin yasal düzenlemeler bulunmamaktaydı. Varolan kurallar ise uygulamadan ortaya çıkan ve daha ziyade hırsızlık suçuna ilişkin meskende yapılan aramaya yönelikti<sup>139</sup>.

*Roma Hukuku'nda* da arama bir kurum olarak varolsa da bugünkü niteliği ve anlamından uzaktı. Bu dönemde arama daha çok bir delil aracı olarak kabul edilmekteydi ve aramanın bir çeşidi olan mesken araması şeklinde gerçekleştiriliyordu<sup>140</sup>. Roma'nın ilk dönemlerinde, "arama" tedbiri hırsızlık suçu ile bağlantılı olarak, suçtan zarar gören kişi tarafından, çalınan malını bulmak için icra edilmekteydi. Malı çalınan kişi bu amaçla hem hırsızın hem de üçüncü kişilerin evlerinde arama yapabilmekteydi. Roma Devleti'nde "jürili mahkeme usulü" sistemin uygulandığı dönemde, davacıya, sanık ve üçüncü kişilerde bulunan delil niteliğindeki eşyaları istemek konusunda bir yetki belgesi veriliyordu. Davacı bu belgeye dayanarak, delil niteliğindeki şeyleri, elinde bulunduran kişiden isteme hakkına sahipti. Bu şeyleri elinde bulunduranlar, bunları davacıya vermekle yükümlüydüler. Şayet bu yükümlülüğe uyulmaz ve kötü niyet taşıdığına inanılırsa, davacı, bu kişilerin evlerinde arama yapabiliirdi<sup>141</sup>.

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 ve elinde bir tepsi<sup>142</sup> olduğu halde girer ve aramayı yapardı. Arama talebinin kabul edilmemesi halinde, ev sahibi, çalınmış

<sup>138</sup> **SOKULLU AKINCI Füsün**, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, Gümüş Basımevi, İstanbul 1990, s. 23.

<sup>139</sup> **GHUNTER Edgard**, Die Durchuchung von Raeumen und Sachen, Diss., Frankfurt am Main, 1973, s. 35

<sup>140</sup> **CURT Frank**, Dic Durchsuchung, Diu., Würzburg, 1925, s. 11(Aktaran: **ÖZBEK**, Arama, s. 36)

<sup>141</sup> **YENERER**, s. 43

<sup>142</sup> Bir görüşe göre aramayı yapacak kişinin sadece peştamal giymesi ve elinde tepsi tutması ile çalınan malın dışarıdan gizlice getirilmesine engel olunmak istenmiştir. Diğer görüş ise dini temellidir. Elde tutulan tepsi dini ayinlerde tutulan tepsidir ve tanrıların aranan malı vermeleri için elde tutulmaktadır. Peştamal ise dini ayinlerde kullanılan bir kıyafettir. **TAHİROĞLU Bülent**, Roma Hukukunda Furtum, İstanbul 1997, s.192

malın değerinin dört mislini ödemeye mahkûm edilirdi. Roma devletinin son dönemlerinde hâkimlere de arama yapma yetkisi tanınmıştır. Ancak, hâkimler bu yetkilerini genellikle mahkeme memurları aracılığıyla yerine getirmektedirler<sup>143</sup>. İmparatorluk döneminde ise, malı çalınan kişi önce bu konuda devlet tarafından görevlendirilmiş olan kişiye (magistra) başvurarak, izin istemek durumundaydı. Mağdura izin verilmesi halinde, yanına bir devlet memuru verilmekteydi. Böylece, günümüzde yapılan arama işlemine benzer bir uygulama ortaya çıkmaya başlamıştır<sup>144</sup>. Ayrıca, yatak odasında arama yapılmazdı. Ancak bunun için, ev sahibinin, çalınan malın yatak odasında saklanmadığına dair, belli bir prosedüre uyarak yemin etmesi gerekiyordu.

Cermen ve Frank hukukunda da, eski dönemlerde arama ile ilgili yazılı bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak, MS. 5. yüzyıldan itibaren aramaya ilişkin yasal düzenlemelerin ortaya çıkmaya başladığı görülür. Cermen hukukunda itham sistemi hâkimdi ve muhakeme suçtan zarar gören veya onun akrabaları tarafından açılacak bir dava ile başlamaktaydı<sup>145</sup>. Devlet tarafından yürütülen ceza muhakemesi, kişiler tarafından ihtiyari olarak başlatılan ve Aleni Tevbih Muhakemesi adı verilen muhakemede şekli gerçek araştırılırdı<sup>146</sup>. Bu dönemde, kanunların yanında geleneklerde etkili olmaya devam etmiştir. Bu hukuk sisteminin geçerli olduğu dönemde geceleyin evde arama yapılması mümkün değildi<sup>147</sup>.

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 olmuştur<sup>148</sup>. 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

<sup>143</sup> ÖZBEK, Arama, s. 37.

<sup>144</sup> YENERER, s. 45

<sup>145</sup> ÖZTÜRK, Koğuşturma, s.16

<sup>146</sup> YURTCAN Erdener, Şahsi Dava ve Uygulaması, İstanbul 1990, s.14.

<sup>147</sup> ÖZBEK, Arama, s. 37, 38.

<sup>148</sup> CENTEL - ZAFER, 2005, s. 5.

arama tedbirinin uygulanmasında da genel bir kısıtlama olduğundan söz edilebilir<sup>149</sup>.

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 yöntemdi<sup>150</sup>. Kur'an da başkasının evine ancak kapıdan ve izinle girilebileceği emredilmiştir<sup>151</sup>. Bu kurala aykırı davranılması suç olarak kabul edilmiş, bu yöntemle elde edilen delillerin de ceza yargılamasında kullanılmasına izin verilmemiştir<sup>152</sup>. İslam hukukunda arama bir ceza muhakemesi kurumu olmadığı gibi, yazılı olarak ta düzenlenmiş değildi. Arama kurumunun varlığı ve şekli din bilginlerinin sözleri ve uygulamalarından doğmuştur. Mesela, 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 yoktur<sup>153</sup>.

*Türk hukuk tarihi* İslamiyet'ten önceki dönem, İslamiyet dönemi ve Cumhuriyet dönemi olarak üç bölümde incelevilidir. İslamiyet'ten önceki döneme ait yazılı kaynak bulunmadığından Türklerin Müslüman olmadan önce kurdukları devletlerde arama konusunda bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. İslamiyet sonrası dönem 940 tarihinden 1926 tarihine kadar sürmüştür. Yaklaşık bin yıllık zamanı kapsayan bu dönemde, Müslüman Türklerin ülkesinde geçerli olan sistem İslam Hukukudur<sup>154</sup>. Burada öncelikle 1879 Osmanlı Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanununa kadar olan dönem, ardından 1879 Osmanlı Usulü Muhakematı Cezaiye Kanununu arama hukuku bakımından kısaca değerlendireceğiz.

1879 tarihinden önceki durum: Osmanlı hukuk sistemi esasen İslam hukuk sistemine dayanmaktadır. İslam hukuku Tanrı iradesine dayanır. Kaynağı ise, Kur'an, Sünnet, İcma ve son olarak Kıyas'tır. Kur'an ve Sünnet temel kaynaktır<sup>155</sup>. İslam'da

<sup>149</sup> ÖZBEK, Arama, s. 42.

<sup>150</sup> YENERER, s. 51.

<sup>151</sup> Kur'an Kerim, Nur Suresi, Ayet 27-28, s.351

<sup>152</sup> KAYMAZ, s. 17.

<sup>153</sup> Fetavayi Hindiyeye, Çev., EFE Mustafa, C. 6, Ankara, 1985, s. 283 (Aktaran: ÖZBEK, Arama, s.43)

<sup>154</sup> CİN Halil - AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Kamu Hukuku, Konya 1989, s.12 vd.

<sup>155</sup> UMUR Ziya, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, C. I, İstanbul 1987, s. 149.



özel hayatın gizliliğine ve korunmasına büyük önem verilmiştir. Kur'anın Hucurat suresinin 12. ayetinde gizli ve ayıp hususları öğrenmeye çalışmak anlamına gelen *tecessüs* yasaklanmıştır. Bu ayetin bütün özel hayat hallerini korumada ana hüküm olduğu söylenebilir<sup>156</sup>.

İslam hukukunda arama bir koruma tedbiri olarak bulunmamaktaydı. Zaten koruma tedbiri kurumu da bulunmuyordu. Ancak arama ayrı bir kurum olarak düzenlenmemiş olsa da uygulamada konut araması ekinde görülmüştür<sup>157</sup>.

İslam hukukunda arama şu şekilde gerçekleştirilirdi:<sup>158</sup> Eğer bir evde delil elde etmek veya yakalamak amacıyla arama yapılacaksa, hâkim (kadı) söz konusu evde arama yapmak üzere iki tane güvenilir kişi ve bu kişilere yardımcı olmak üzere erkek ve kadınlar görevlendirirdi. Bu kişiler arama yapılacak eve gider ve aniden eve girerlerdi. Evde kadınların bulunmasının da bu konuda bir önemi yoktur. Şayet arama yakalama amacıyla yapılıyorsa, hâkimin görevlendirdiği kişilerden bir kısmı evin kapısında duruyor ve evin etrafını sarıyordu. İslam hukukundaki haremlik- selamlık anlayışının varlığı sebebiyle aramaya kadınlar da katılıyordu. Aramaya katılan kadınlar da yakalanacak ki iyi, evdeki eşine sorar ve evin her köşesini ararlardı. Daha sonra da erkekler odaya girer ve onlar da arama yaparlardı. Aramalar sonucu aranan kişi bulunamazsa arama ile görevli kadınlar bu kişinin kadın kılığına girip girmediğini evde bulunan kadınları tek tek arayarak öğrenmeye çalışırlardı.

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. Tanzimat'a 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 bulduğu kabul edilebilir<sup>159</sup>. Özetle İslam hukuku kuralları uygulanmıştır. İslam hukuku için

<sup>156</sup> **ARMAĞAN Servet**, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, (Hak) Ankara 1996, s. 81.

<sup>157</sup> **ÖZBEK**, Arama, s. 42.

<sup>158</sup> **GÖKCEN Ahmet**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994, s. 55;

<sup>159</sup> **YENİSEY Feridun**, Ceza Yargısında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, İstanbul 1983, s. 41-42.

anlatılanlar burada da geçerlidir.

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.maddeler 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 gerektirir<sup>160</sup>.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunun yürürlük tarihi olan 20.08.1929 gününe kadar yürürlükte bulunan Osmanlı Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu, CMUK'nin aramaya ilişkin hükümlerine benzemekle birlikte, arama kararı bakımından hâkim güvencesi getirmemesi, sanık-üçüncü kişi ayrımı yapmaması, aramanın şartları ve icrası hakkında getirdiği düzenlemelerin yetersiz kalması ve yakalama araması hakkında hüküm bulunmaması yönünden eksik kalmıştır<sup>161</sup>.

Cumhuriyet döneminin ilk Anayasası olan 1921 Anayasası'nda aramaya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasanın, yapıldığı dönemin istiklal savaşı yılları olması itibariyle olağanüstü bir döneme ait olması ile bu durum açıklanabilir. 1924 Anayasası'nın ise 76. maddesinde arama ile ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “kanunda yazılı usul ve haller dışında kimsenin konutuna girilemez ve üstü aranamaz.”<sup>162</sup>

1961 Anayasası'nda arama için ayrı bir düzenleme yapılmamış, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan 15. ve 16. maddelerde bahsedilmiştir. Özel hayatın gizliliği başlığını taşıyan 15. maddeye göre, “Özel

<sup>160</sup> ÖZBEK, Arama, s. 45

<sup>161</sup> ÖZBEK, Arama, s. 45.

<sup>162</sup> 1924 Anayasası Metni, <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm> (22.01.2010)

hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adlî kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz” 16. maddeye göre ise, “Konuta dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.”<sup>163</sup>

Yaklaşık 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’nin “arama koruma tedbiri” ile ilgili kısımlarına yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK ile birlikte yeri geldikçe değinilecektir<sup>164</sup>.

### 5- Karşılaştırmalı Hukukta Arama

Avrupa ülkelerinin genelinde arama konusu, polis mevzuatında, ceza yargılamasına ilişkin kanunlarda veya yönetmeliklerde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerle kolluk güçlerine; belirli şartlarda hâkim kararı ile, bazı durumlarda ise, hâkim kararına veya herhangi bir makamdan yazılı emir alınmasına gerek olmaksızın arama yapma yetkisi verilmiştir. Örneğin, Almanya, Fransa, İngiltere ve İtalya’nın aramayla ilişkin düzenlemeleri bulunduran mevzuatı incelendiğinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde herhangi bir karara veya yazılı emre gerek olmaksızın kolluk kuvvetlerince arama yapılabildiği görülmektedir. Bu ülkelerde, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde, kolluk görevlileri konutta dahi izin almadan arama yapabilmektedirler. Ancak bu gibi hallerde, arama işlemi genellikle 48 saat içinde adli makamların onayına sunulmaktadır<sup>165</sup>.

Almanya’da Polis Kanununun 9, 17 ve 18. maddelerinde polisin resen kişinin

<sup>163</sup> 1961 Anayasası Metni, <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm> (24.01.2010)

<sup>164</sup> ÇOKMUTLU, s.23

<sup>165</sup> 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](http://www.egm.gov.tr/egitim/eskisayi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/cemil_camlibel.htm)), Erişim Tarihi 21.01.2010.

üstünü ve eşyasını arama yetkileri düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 19. maddesinde ikametgâhta yapılacak aramanın sebepleri belirlenmiş ve evde yapılacak aramanın usulünü belirleyen 20. maddesinde ise; “gecikmede tehlike olan hallerin dışında, aramaya sadece hâkim karar verebilir” denilmek suretiyle, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde polise *herhangi bir karara veya emre gerek bulunmaksızın* resen arama yetkisi verilmiştir. Kanunun 9. maddesine göre, polis bu maddede belirtilen hallerde kişinin kimliğini tespit etme ve belgelerini inceleme yetkisine sahiptir. Ayrıca, polisin kişinin kimliğinin tespiti için gerekli görülen hallerde yakalama, üstünü ve eşyalarını arama yetkisi bulunmaktadır<sup>166</sup>.

1412 sayılı mülga CMUK'taki düzenlemelerin Almanya'da ki düzenlemeler ile benzer olduğu, 5271 sayılı CMK'nin ise, aramayı, Alman kanunlarından daha sıkı koşullara bağladığı görülmektedir<sup>167</sup>.

*İngiltere* de 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, hooliganizm 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 almaktadır<sup>168</sup>. İngiltere'de konutta yapılacak aramalarla ilgili düzenleme PACE'in(İngiliz Adli Polis ve Delil Kanunu) 17 ve 18. maddelerinde yapılmıştır. Polisin hâkim kararı olmaksızın konuta girme ve arama yapabilme yetkisine örnek olarak;

1- Ceza soruşturması veya yargılamasına ait bir tutuklama (yakalama) kararının (belgesinin) infazı, 2- Tutuklanma gerektiren bir suç işlemekten dolayı birini yakalama, 3- Kaçakların yakalanması, 4- Bir yaşamın korunması veya bir eşyaya gelebilecek önemli zararın önlenmesi gösterilebilir<sup>169</sup>.

*Fransa'da* Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 78.1–78.2 maddelerine göre,

<sup>166</sup> **YENİSEY Feridun**, Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, A II, İstanbul, Ekim-2001, s.AII.12/1,2.

<sup>167</sup> **ÇOKMUTLU**, s.24

<sup>168</sup> **ERYILMAZ**, s. 103.

<sup>169</sup> **YENİSEY**, Güncel, s. AII.19/2.

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 hâkim 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 hâkimi tarafından arama işlemi gerçekleştirilir. Fransa'da sorgu hâkimleri soruşturmayı bizzat yürütmektedir. (CMUK md.59)<sup>170</sup>.

*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)<sup>171</sup>.

Genel bir değerlendirme yaptığımızda karşılaştırmalı hukukta, arama için kural olarak hâkim kararı arandığı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kolluğa doğrudan arama yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Hukukumuzda ise, kural hâkim 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<sup>172</sup>.

## 6- Arama Çeşitleri

Devlete tanınan "arama" yetkisi iki türdür. Bunlardan birincisi "milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi" amacıyla gerçekleştirilen "önleme araması", ikincisi ise "suçun işlenmesinden sonra suç ve suçlunun ortaya çıkarılması" amacıyla gerçekleştirilen "adli aramadır"<sup>173</sup>. Adli arama tanımına suç ve suçlunun ortaya çıkarılmasının yanında delil elde edilmesi de eklenmelidir. Her iki arama türünün anayasal dayanağı, 1982 Anayasasının 20 ve 21. maddeleridir<sup>174</sup>

Tezimizin konusu "Önleme Araması" olduğu için, adli aramadan bahsedilecek,

<sup>170</sup> EGM Dış ilişkiler Dairesi Başkanlığı Tercümesi(EGM), APK Dairesi Başkanlığı, O-M Şube Müdürlüğü arşivi (Nakleden, ÇAMLIBEL, a.g.m.).

<sup>171</sup> EGM (Nakleden, ÇAMLIBEL, a.g.m.)

<sup>172</sup> ÇOKMUTLU, s.25

<sup>173</sup> YENİSEY Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, Ankara, 1995, s. 14.

<sup>174</sup> ÖZBEK Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Ankara, 2005, s.394.

önleme araması gelecek bölümde genişçe inceleneceğinden kısaca değinilecektir.

### 6.1.Adli Arama

Bir suçun islenip işlenmediği; işlenmişse, bunun kim tarafından işlenmiş olduğu ve cezasının ne olacağı sorununa çözüm getirmek amacıyla, iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyete ceza muhakemesi, bununla ilgilenen hukuk dalına da Ceza Muhakemesi Hukuku denir. Ceza muhakemesi hukukunun ve bunun ifadesini oluşturan ana kanun olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun temel amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan gerçeğe ulaşmaktır<sup>175</sup>.

Ceza yargılamasının yapılmasını veya yapılan yargılamanın sonunda verilecek kararların yerine getirilmesini sağlamak amacıyla geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması gerektiren kanuni çarelere "koruma tedbirleri" denilir<sup>176</sup>. Toplum tehdit eden tehlike uzak ise gerçekleşmesini önlemek, yakın ise toplumu korumak için başvuru tedbirlere üst kavram olarak *tehlike tedbirleri* denir. Tehlike tedbirleri tehlike dediğimiz ve meydana gelmesinden korktuğumuz zarar ihtimaline karşı aldığımız tedbirlerdir. Tehlike tedbirlerinin iki çeşidi vardır. Birincisi, uzak tehlikenin meydana gelmesini önlemeye yarar. Bunlara *önleme tedbirleri* denir. Diğerisi ise tehlikenin önlenememesinden dolayı yakın olduğu durumlarda ortaya çıkarlar ve toplumu veya bireyleri tehlikeli sonuçtan korurlar. Bunlara ise, yukarıda tanımını verdiğimiz *koruma tedbirleri* adı verilir. Koruma tedbirleri, suç işlendikten sonra meydana gelebilecek tehlikeleri engellemeye yönelik tedbirlerdir. Önleme tedbirleri ise suçu ve tehlikeyi önlemeye hizmet eden ve böylece tehlikenin ve suçun meydana gelmesini önleyen tedbirlerdir. Tehlike uzak ise, önleme tedbirleri, yakın ise koruma tedbirleri ortaya çıkar<sup>177</sup>.

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

<sup>175</sup> ÖZTÜRK, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr.).

<sup>176</sup> CENTEL - ZAFER, s. 284.

<sup>177</sup> KUNTER - YENİSEY - NUHOĞLU, s. 753.

eşyasında yapılan araştırma işlemini ifade eden "adli arama" tedbiridir<sup>178</sup>.

Adli arama koruma tedbiri, AÖAY'nin 5. maddesinde ayrıntılı şekilde "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, iş yerinde, 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; şüpheli, sanık ya da hükümlünün yakalanması ve/veya suçun delillerine ya da müsadereye tabi eşyaya ulaşım, bunların ele geçirilmesini amaçladığından, "yakalama" ve "elkoyma" tedbirlerine "vasıta" olan bir koruma tedbiridir<sup>179</sup>. Arama sonunda "yakalama" veya "elkoyma" mümkün olacağından, bu tedbirlere hizmet etmiş olur<sup>180</sup>.

Adli arama, anayasal dayanağını 1982 Anayasasının 20 ve 21. maddelerinden almakta olup, CMK'nin 116. ve 136. maddeleri arasında, "elkoyma" tedbiriyle birlikte yasal çerçevesi çizilmiştir<sup>181</sup>.

Buna göre, adli arama; a) yakalama amaçlı adli arama ve b) elkoyma amaçlı adli arama olarak sınıflandırılabilir<sup>182</sup>. Buna benzer; yakalama amaçlı adli arama, araştırma amaçlı adli arama ve delil veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla yapılan adli arama olarak sınıflandırılabilir<sup>183</sup>. Adli arama bazen bu amaçlardan sadece birine ulaşmak için gerçekleştirilebileceği gibi, uygulamada arama çoğu kez bu amaçlardan her ikisine ulaşmak için gerçekleştirilmektedir<sup>184</sup>. Ayrıca, adli arama konusu itibariyle; kişilerin üstlerinde, araçlarında, eşyalarında ve konut, iş yeri veya diğer kapalı yerlerinde yapılan adli arama şeklinde de sınıflandırılabilir<sup>185</sup>. Kunter/Yenişey ise bu sınıflandırmayı aramayı konu bakımından; a)Ev, iş yeri sair mahallerin aranması,

<sup>178</sup> TOROSLU, s. 193.

<sup>179</sup> YENERER, s. 16;

<sup>180</sup> YURTCAN, Muhakeme, s. 337.

<sup>181</sup> ÇOKMUTLU, s.31.

<sup>182</sup> YENİŞEY, İfade, s. 26.

<sup>183</sup> ÇOKMUTLU, s.31.

<sup>184</sup> ÖZBEK, Arama, s. 53.

<sup>185</sup> SOYASLAN, s. 292.

b)Kişiyeye ait bir eşyanın( çanta, cüzdan, araç, kıyafet vb.)aranması, c) Kişinin üzerinin aranması şeklinde tasnif etmektedir<sup>186</sup>.

Sonuç olarak birinci bölümde anlatılanlar adli ve önleme araması içinde geçerli olmakla birlikte tezimizin konusunun önleme araması olması nedeni ile adli aramaya ayrıntılı olarak anlatmayacağız. Zaten uygulamada adli aramanın kapsamı ve icrasında ciddi sıkıntılarla karşılaşılmamaktadır.

## 6.2.Önleme Araması

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 kullanılabilir (pet şişe, bozuk para, çakmak gibi) eşyanın bulunması için gerçekleştirilen araştırma faaliyeti olup, aynı zamanda toplum için tehlike oluşturabilecek kişilere ulaşmak amacı ile de başvuru olan bir tehlike tedbiridir<sup>187</sup>

Önleme aramasının anayasal dayanağı 1982 Anayasasının 20. ve 21. maddeleridir. Kanun koyucu önleme aramasını Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 9. maddesinde düzenleyerek yasal dayanağı kavuşturmuştur. 2559 sayılı PYSK'nun 9. maddesi ve 01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 19. maddesinde önleme araması yapılabilecek halleri saymıştır. Kanun koyucu önleme araması yapılacak yerleri tek tek sayma yoluna gitmiş ise de, kanunda belirtilen her bir hal, yorum yolu ile genişletilerek, yeni durumlara uyarlanmaya müsaittir. Kanun koyucunun, özellikle halkın topluca bulunabileceği hemen hemen her yeri saymaya çalıştığı ve adeta bu gibi yerlerin, giriş ve çıkışlarında genel emniyet ve asayişin sağlanması amacıyla önleme araması yapılmasını öngördüğü gibi bir sonuç çıkmaktadır. Bunun yanında, suçu önleme maksadı ile konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel iş yerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılması istenmemiştir<sup>188</sup>.

Tez konumuz önleme araması olduğundan ve ikinci bölümde ayrıntılı olarak önleme aramasından bahsedileceğinden burada bu kadar anlatmayı yeterli görüyoruz.

<sup>186</sup> **KUNTER Nurullah - YENİSEY Feridun**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Bası, İstanbul 1998, s.659,660

<sup>187</sup> **ERYIMAZ**, s. 161.

<sup>188</sup> **ERYILMAZ**, s. 163.



## İKİNCİ BÖLÜM ÖNLEME ARAMASI

### 1-Genel Olarak

Genel emniyet ve asayişin korunması ve tehlikelerin önlenmesi amacıyla başvurulmuş önleme araması kolluğun suç öncesi görevleri içinde yer alan bir idari kolluk faaliyetidir. Kolluğun önleme görevi iki çeşittir. Bunlar suç öncesi görev ve suç sonrası görevdir. Suç öncesi görev ise koruma, önleme ve yardım görevi olarak üç biçimdir. Suç sonrası görev ise suç ve faillerinin araştırılmasından ibarettir<sup>189</sup>. Bu açıdan kolluk suç öncesi kolluk ve suç kolluğu olmak üzere ikiye ayrılabilir<sup>190</sup>. 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8. maddesi polisi idari, adli ve siyasi olarak üç sınıf saymıştır. Aynı yasanın 9. maddesi idari polisi; içtimai ve umumi intizamı temin etmekle mükellef olan kısım, siyasi polisi; Devletin umumi emniyetine taalluk eden işlerle mükellef olan kısım, adli polisi; asgari tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde, adli işlerle uğraşmak üzere Emniyet Umum Müdürlüğüne kadrodan ayrılan bir kısım olarak tanımlanmıştır. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 3. maddesi jandarmayı “Türkiye Cumhuriyeti Jandarması emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanun ve nizamların verdiği görevleri yerine getiren silahlı, askeri bir güvenlik ve kolluk kuvveti” şeklinde tanımlamış, 7. maddesi ise mülki, adli, askeri ve diğer görevleri olduğundan bahsetmiştir. 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun ikinci maddesine göre Sahil Güvenlik Komutanlığı “silahlı bir güvenlik kuvveti”dir. Sahil Güvenlik Komutanlığı, Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşu içerisinde olup, barışta görev ve hizmet yönünden İçişleri Bakanlığına bağlıdır. Olağanüstü durumlarda Genelkurmay Başkanının isteği üzerine, bir kısmı ya da tümü ile Deniz Kuvvetleri Komutanlığı harekât komutasına veya emrine, savaş halinde tümü ile doğrudan doğruya Deniz Kuvvetleri Komutanlığı emrine giren, bu hallerde görevleri Deniz Kuvvetleri Komutanlığınca yerine getirilen bir kolluk kuvvetidir.

Kolluğun suç öncesi görevi idari niteliktedir ve idari kolluk makamları ve personeli tarafından yürütülür. Genel idari kolluk personeli; bakanlar kurulu, iç işleri bakanı, vali, kaymakam ve bucak müdürleridir. Genel idari kolluk personeli ise polis,

<sup>189</sup> KUNTER Nurullah, 2003,s.366,367

<sup>190</sup> GÜMÜŞAY, s.65

jandarma ve sahil güvenlik personelinden oluşmaktadır. Özel idari kolluk personeli köy kolluğu(bekçisi), belediye kolluğu(zabita), gümrük kolluğu(muhafaza memuru), orman kolluğu(muhafaza memuru) gibi hizmet alanına göre değişen kolluk personelinden ibarettir<sup>191</sup>. AVÖAY'nin 4. maddesi polis, jandarma, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini kolluk olarak saymıştır.

Toplumlarda idarelerin başlıca görevi kamu düzenini korumak ve böylece bireylerin ve toplumun güvenlik ve sağlık içinde yaşamasını temin etmektir<sup>192</sup>. İdare bu görevini idari kolluk faaliyetleri ile icra eder. Kamu düzeni<sup>193</sup> kavramı idari kolluk alanında iki düzeyde belirleyicidir. Bir taraftan kamu düzeninin unsurları, kolluk makamlarının müdahale alanına sınırlar koyar. Böylece kolluk kuvveti ancak toplumun güvenlik, dirlik, sağlığı unsurlarından oluşan *olağan* düzeni korumak için harekete geçebilir. Bu unsurlar kamunun maddi düzenini ifade eder. Diğer taraftan kamu düzeninin bozulması ve buna yönelen tehditler, idari kolluk faaliyetlerinin sebebini oluşturur. Tehdidin boyut ve ciddiliği, yasal sınırlarda alınması gereken önlemlerin ölçüsünü, oranını belirler. Kamu düzenine yönelik gerçek bir tehdit bulunması, tedbirlerin zorunlu olması ve tehlike ile ölçülü olması, zaman ve yere ilişkin şartların dikkate alınarak yapılması, idari kolluk faaliyetinin kabul edilebilirlik ölçüsünü oluşturur. Yani kısaca, kolluk önlemi zorunlu ise yasaldir, toplum düzenine yönelen tehditlerle orantılıysa ancak gereklidir<sup>194</sup>. Bu gereklilik de oranlılık ilkesinin mahiyetinde yer almaktadır. İdari kolluk işlemlerinde, birey veya toplulukla idare temel hak ve hürriyetler alanında karşı karşıya geldiğinde kamu düzeni kavramının içeriğinde yer alan bu sınırlama ve gerekçeler dikkate alınmalı, idari kolluk işlemlerinin temel amacının kamu düzeni olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır<sup>195</sup>.

Demokratik toplumlarda temel hak ve hürriyetler anayasal güvence altındadır ve ancak kanunla sınırlanabilir<sup>196</sup>. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlama nedenlerinden biri kamu düzeninin korunmasıdır. İdari kolluk ta kolluk kanunlarının genel ve objektif biçimde koyduğu kuralı idari kararlarla belli ve somut olaylara ve

<sup>191</sup> GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Türkiye'nin Yönetim Yapısı, Ankara 2001, s.46

<sup>192</sup> GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Yönetim Hukuku, 19.Bası, Ankara 2004, s.270

<sup>193</sup> Bir insan grubunun gerçek anlamda bir toplum olmasına olanak veren iç barış anlamına gelir. Tanım için bakınız GÜMÜŞAY, s.66

<sup>194</sup> KABOĞLU İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, Ankara, 2002, s.93,94

<sup>195</sup> GÜMÜŞAY, s.66

<sup>196</sup> 1982 Anayasasının 13. maddesi de bu yöndedir.

kişilere uygulamakla kamu düzenini sağlamaktadır<sup>197</sup>. İdare, kanunla kendisine verilmiş bir yetki olmaksızın temel hak ve özgürlüklere müdahale edemez. Ancak temel hak ve hürriyetleri kamu düzeni, genel asayiş ve genel sağlık vb. nedenlerle sınırlayan kanunları uygulayarak temel hak ve hürriyetlere müdahale edebilir. İdarenin kendisine verilmiş bir yetki olmaksızın kendiliğinden temel hak ve hürriyetlere müdahale etmesi fonksiyon gasbidir<sup>198</sup>.

İdari kolluğun faaliyetlerinin ve önleyici kolluk tedbiri şeklindeki eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması için, Anayasanın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ilkelerine uygun hareket edilmelidir. Ülkemizde temel hakların sınırlandırılması sisteminin ve şartlarının belirlendiği Anayasanın 13. maddesinde 3 Ekim 2001 tarihinde 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca; sınırlama kanun ile olmalı, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalı, anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olmalı<sup>199</sup>, sınırlama temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmamalı, sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine ve laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalı ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır<sup>200</sup>. Bu şartlar diğer anlatımla “sınırlamanın sınırı” kolluk eylem ve işlemlerinin Anayasaya uygunluğu için de geçerlidir. O halde kolluk faaliyetlerinin Anayasaya uygun olması için gerekli şartlar kolluk yetkisinin sınırını oluşturmaktadır<sup>201</sup>. İşte kolluk yetkisinin sınırları şunlardır;

- a- Kolluğun eylem ve işlemleri kanuna dayanmalıdır.
- b- Sınırlama anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
- c- Sınırlama anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olmalıdır.
- d- Sınırlama temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmamalıdır.
- e- Sınırlama “ demokratik toplum düzeninin gereklerine” aykırı olmamalıdır.
- f- Kolluk faaliyeti “laik cumhuriyetin gereklerine” aykırı olmamalıdır.
- g- Kolluk faaliyeti “ölçülülük ilkesine” aykırı olmamalıdır<sup>202</sup>.

Anayasanın 13.maddesinin 3 Ekim 2001 değişikliğinden önceki halinde,

<sup>197</sup> GÜNDAY, 2003, s.260

<sup>198</sup> GÜNDAY, s. 276

<sup>199</sup> Örneğin; Anayasanın 21. maddesinde korunan konut dokunulmazlığına ilişkin bir kanun ile sınırlama getirilecekse 21. maddedeki sebeplerden daha fazla ve ağır bir sebeple sınırlama yapılamaz.

<sup>200</sup> GÜMÜŞAY, s.67

<sup>201</sup> GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.2, Bursa 2003,502.

<sup>202</sup> GÖZLER, s.112

“temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, milli egemenliğinin, cumhuriyetin, kamu düzeninin genel asayişin, kamu yararının, genel ahlak ve sağlığın korunması amacı ile ... sınırlandırılabilir” hükmü yer alıyordu<sup>203</sup>. Dolayısı ile genel sınırlama sebeplerine yer veren 13. madde eski haliyle kamu düzeni sebebine genel olarak yer verdiği gibi, kamu düzeninin alt kavramı olan genel asayiş, genel ahlak ve genel sağlık kavramlarına da kabul etmişti. Bu nedenle temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı kolluk işlemlerinde anayasada öngörülen şartlara dayanma bakımından bir sorun yoktu. Zira 13. maddede yazılı sınırlama sebepleri bütün hak ve özgürlükler için geçerliydi. Anayasanın 13. maddesinin eski halini önleme aramalarının dayanağı saymak yanlış olmaz<sup>204</sup>.

İdari kolluğun amacının kamu düzeninin korunması ve sağlanması olduğundan faaliyet alanı toplumun dış ve maddi alanıdır. Bireylere ilişkin ve bireysel ve özel çıkarlara ve anlayışlara dayalı düzenin kamu düzeniyle bir ilgisi yoktur. Bireyin konutundaki, iş yerindeki düzenin veya bireyin iç yaşantılarında ve kendi ahlak anlayışlarına göre oluşturdukları düzenin korunması ve sağlanması idari kolluk alanının dışında kalır. 04.07.1934 tarih 2559 sayılı PVSŞ'nin 1. maddesi “Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masunietini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder. Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder” diyerek idari kolluğun asıl görev alanının toplumun dış ve maddi alanı olduğunu vurgulamaktadır. Öyleyse; idari kolluk faaliyet alanını ve sınırını çizen kamu düzeni kavramı güvenlik, dirlik, esenlik ve sağlık öğelerinden oluşan bir bütündür<sup>205</sup>.

Dirlik ve esenlik bireylerin yaşamlarının normal akışını olumsuz etkileyebilecek olan gürültü, toz, duman, pislik ve benzeri düzensizlik ve karışıklıktan uzak olarak rahat ve huzur içinde yaşamalarıdır. Sağlık ise toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulmasını, toplumun sağlıkların tehdit eden şeylerden uzakta sağlık koşulları içinde yaşamasıdır. Güvenlik ise; bireylerin can ve

<sup>203</sup> 13.maddenin eski haline göre sınırlama şartları; a- Sınırlama kanunla olmalıdır. b- Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır. c- Sınırlama genel sınırlama sebeplerine veya anayasanın ilgili maddesinde öngörülen özel sebeplere dayanmalıdır. d- Sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır. e- Sınırlama öngörüldüğü amaç dışında kullanılmamalıdır.(Bkz, **GÖZLER**, s.112)

<sup>204</sup> **GÜMÜŞAY**, s.68

<sup>205</sup> **GÜMÜŞAY**, s. 69.

mallarına zarar verebilecek tehdit ve tehlikelerin yokluğu anlamına gelir<sup>206</sup>. Kısaca bireylerin umumi veya umuma açık yerlerde saldırıya, engellemeye ve kazaya maruz kalmadan, can ve malları için endişe duymadan bulunmalarını ve dolaşmalarını sağlar. Önleme araması da kamu düzeninin güvenlik unsuruna ilişkin bir idari kolluk işlemidir. Önleme araması ile tehlike yaratan eşyanın ele geçirilmesi amaçlanır. Bu tedbir önleyici nitelik göstermesiyle, suçları soruşturup, suçluları ve delilleri tespit ederek yargı yerlerine veren bastırıcı nitelikteki suç kolluğunun yaptığı adli aramadan farklılık gösterir. Önleme aramasında adli aramadan farklı olarak suç işleme şüphesi bulunmadığından burada araştırılması gereken şart muhtemel bir tehlikenin bulunduğunu gösteren somut vakıaların olup olmadığıdır. Bu nedenle önleme aramasında makul sebep, adli aramalarda ise makul şüphe aranır. Kolluk görevlileri önleme araması için arama kararı isterken bir rapor düzenlemesi ve bu raporda makul sebebi ikna edici olarak açıklaması gerekir<sup>207</sup>.

03.08.2002 tarih 4771 sayılı Kanununun 10/B maddesi ile 2559 sayılı PVSK'nin 9. maddesi değiştirilmiş ve hukukumuzda ilk kez "hâkim kararı ile yapılan önleme araması" girmiştir. Değişikliğe göre önleme araması "usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle" yapılabilecektir. Görüldüğü gibi önleme araması her ne kadar idari bir işlem olsa da kural olarak hâkim kararı ile gecikmesinde tehlike bulunan hallerde ise illerde vali, ilçelerde ise kaymakamın idari kolluk makamı sıfatıyla vereceği yazılı emirle yapılabilecektir. 24.05.2003 günü resmi gazetenin 25117 sayısında yayınlanan adli ve önleme aramaları yönetmeliğinin üçüncü bölümü önleme aramasını düzenleyerek uygulayıcılara yol göstermişti. Ancak söz konusu yönetmelik 01.06.2005 tarihinde yürürlükten kalkmış, yerine aynı gün resmi gazetenin 25832 sayısında aynı isimle yayınlanan yönetmeliğin yine üçüncü bölümü 18. madde ve devamında önleme aramasını anlatmış ve uygulamadaki aksaklıklara çözüm aramıştır.

<sup>206</sup> GÜNDAY, 2003, s.261,262

<sup>207</sup> DÖNMEZER Sulhi - YENİSEY Feridun, İnsan Hakları ve Devletin Yetkileri, Denizli Semineri, Bahçeşehir 2004, s.10

## 2-Önleme Aramasının Amacı ve Sebebi

Aramanın gayesi aramanın adli veya önleme araması olmasına göre farklıdır. Ancak gerek adli gerekse önleme aramalarında ortak gaye, devletin topluma suç ve suçluyla mücadele ettiği mesajını vermesidir<sup>208</sup>. Yine her iki aramada da toplumsal düzeninin kurulması ve korunması ortak amaçtır.

Önleme aramasının amacı kamu emniyetini ve kamu güvenliğini tehlikeye sokan kişi veya eşyaları bulmak ve kolluğun korunması altına almaktır<sup>209</sup>. Muhtemel bir tehlikeyi bertaraf ederek işlenmesi ihtimali bulunan bir suçu önlemeyi amaçlayan önleme araması bir idari kolluk tedbiridir<sup>210</sup>.

Muhtemel bir tehlike üzerine aranan kişinin üzerinde, eşyasında veya arabasında suç işlemek için kullanılacak bir eşyanın bulunarak elkonulması sonucunda suçun işlenmesi önlenecek ve toplum muhtemel bir tehlikeden korunmuş olacaktır. Elkonulan eşyanın bizzat bulundurulmasının suç olduğunun uyuşturucu ya da ruhsatsız silahta olduğu gibi anlaşılması halinde kişi yakalanacak ve mahkemeye sevk edilecektir. Elkonulan eşyanın suç niteliği taşımadığı fakat suç işlemek için kullanılabilir olduğu durumlarda(bozuk para, cam şişe vb.) eşyaya sadece geçici olarak al konacak, daha sonra sahibine geri verilecektir<sup>211</sup>. Yine önleme araması sırasında durdurulan kişinin daha önce işlenen bir suçun faili olduğu anlaşılması halinde aranan kişi yakalanacak ve mahkemeye sevk edilecektir. Yapılacak önleme amaçlı arama ile suç işlemenin normal bir davranış olmadığı ve suça giden yolların devlet tarafından kapatıldığı mesajı da verilmiş olacak ve bu mesaj, çoğu zaman suç işleme kararında olanların bu kararlarından dönmelerinde etkili olacaktır<sup>212</sup>.

AVÖAY'nin 19. maddesinde önleme aramasının amacının “ millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti” olduğu belirtilmiştir. Belirtilen bu amaçlar doğrultusunda kişilerin özel hayatlarına sınırlama getirilebilecek ve önleme araması yapılabilecektir. Aramanın amaçları

<sup>208</sup> ERYILMAZ, s.35

<sup>209</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003, s.761

<sup>210</sup> YURTCAN Erdener, Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu ve Şerhi ve İlgili Mevzuat, C.1.,1995, s.736

<sup>211</sup> ERYILMAZ, s.35

<sup>212</sup> ERYILMAZ, s.25

Anayasamızda 2001 yılında 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikler gözetilerek PVSK ve AVÖAY’de düzenlenmiştir. Anayasanın 20. maddesinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrasında özel hayatın gizliliğinin “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 sınırlanarak arama tedbirinin uygulanabileceği belirtilmiş, PVSK ve AVÖAY’de bu anayasal düzenlemeden yola çıkarak aramanın amaçlarını anayasanın tekrarı niteliğinde hüküm altına almıştır. Anayasanın 20. maddesinin yanında 21., 22., 33., 34 ve 51. maddelerinde 2001 tarihinde yapılan değişiklikte sınırlama sebepleri aynı olarak sayılmıştır<sup>213</sup>. Bizce milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlakın korunması gibi kavramlar açık olmayan, herkesçe farklı algılanabilen, genel kavramlardır. Bu nedenle uygulayıcının görüş ve anlayışına göre genişletilebilecek, keyfi uygulamalara yol açabilecektir. Anayasa Mahkemesinin de kararlarında belirttiği gibi bu kavramların kanunlara, tüzük ve yönetmeliklere aynen geçirilmesi isabetli değildir. Anayasa Mahkemesi kamu düzeni vb. kavramların olduğu gibi yasaya geçirilmesinin, Anayasa koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşmeyeceğini ve anayasa koyucunun amacı doğrultusunda yasayla yapılmış bir sınırlama niteliğinde kabul edilmeyeceğini, sınırlama nedenlerinin kişisel anlayış ve takdire olanak vermeyecek açıklık ve kesinlikte somut olarak belirtilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>214</sup>.

Önleme aramasının yapılmasının makul sebebi, arama yapılmadığı takdirde kamu için bir tehlikenin doğacağını gösteren makul sebep sayılabilecek somut olgular bulunmasıdır. AVÖAY’nin 20. maddesi yukarıda belirttiğimiz amaçlarla ve “makul sebeple” arama yapılabileceğini belirtmiştir. Ancak makul sebepten ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Oysa mülga 25117 sayılı AVÖAY’nin 15. maddesinde “makul ve kabul edilebilir bir sebebe bağlı olarak” arama yapılabileceği belirtilmiş ve ikinci bentte makul sebebi “aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tarzları, kolluk memurunun taşıdığından şüphe ettiği eşyaların niteliği gibi sebepler göz önüne alınarak belirlenir” hükmü ile betimlemiştir. Bu tanım yeni AVÖAY’nin 6. maddesinde aynen

<sup>213</sup> BİLEN, s.40

<sup>214</sup> 18-22 Kasım 1976 Tarih, 1976/27 E., 1976/51K. , RG.16.05.1977 gün 15939 sayı(Aktaran; GÜMÜŞAY, s.72)

korunarak “makul şüpheli”<sup>215</sup>’yi belirlemede kullanılmıştır. Mülga AVÖAY’nin 15. maddesindeki makul sebebe ilişkin düzenleme adli aramadaki makul şüpheye dayalı olarak arama yapılacağı düşüncesi uyandırmaktaydı ve madde o hali ile önleme aramasının adli arama ile karıştırıldığı izlenimi vermekteydi. Yeni AVÖAY makul sebebi tanımlamayı bu izlenimden kurtulmaya çalışmıştır.

Suç ögesine veya suç işlemek için kullanılan eşyaya veya topluluk için tehlike oluşturacağına inanılan kişilere ulaşmak için yapılan önleme aramasının soyut değil somut<sup>216</sup> ve öngörülebilir nitelikte bir tehlikeye dayanması makul sebebi oluşturmaktadır. Kişilerin üzerinde, eşyasında ve/veya aracında tehlike teşkil edecek eşyaların veya kişilerin olabileceğini gösteren olgulara dayanan makul ve kabul edilebilir sebepler ne kadar güçlü ise tehlike de kadar somut kabul edilecektir<sup>217</sup>. Makul sebebe örnek verecek olursak; Futbol maçlarında taraftarların her maçta bir biri ile kavga etmesi, sahaya şişe, bozuk para, çakmak atmaları tehlikeyi somutlaştıran ve her stada girişte önleme araması yapmayı haklı kılan yeterli ve makul bir sebeptir<sup>218</sup>. Taraftarların önceki maçlarda sık sık fiili çatışmaya girmesi ve bu amaçla yanlarında kesici, delici araç ve gereçler bulundurduğu yönündeki bilgi ve bulgular da somut bir tehlikenin varlığını göstermek için yeterlidir<sup>219</sup>. Yine bir ülkede hiç uçak kaçırılmamış olsa bile, bir uçağın her an kaçırılabilme ihtimalinin bulunması ve kaçırılma halinde oluşacak tehlikenin ağırlığı, uçağa girişten önce önleme araması yapmayı haklı kılan bir tehlikenin varlığını gösteren makul sebep olarak kabul edilebilir. Bunun yanında önleme araması sayılmayıp idari kontrol kabul edilen uygulamalar da bu tür somut olgulara dayanan makul sebebin varlığı halinde icra edilir. Mesela Pan Am uçağına İngiltere üzerinde patlayan bir bomba koyulmasından itibaren uçağı kabul edilen bavul, çanta ve benzeri eşyalara bomba koyulmasını önlemeye yönelik çalışmalara başlanmıştır. Bununla ilgili olarak yolculara bavulunu kendisinin hazırlayıp hazırlamadığı veya bavul kapatıldıktan sonra bir kişinin kendisine, yurt dışına

<sup>215</sup> AVÖAY’nin 6/1. maddesine göre makul şüpheli: “hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>216</sup> Somutluğu AVÖAY’nin 20. maddesi “...Eşyanın tespiti amacının ortaya çıktığını ve tehlikenin oluştuğunu gösteren **belirlemeler**, kolluk tarafından önceden tespit edilir” hükmü ile kabul etmiştir.

<sup>217</sup> **ERYILMAZ**, s.161,162

<sup>218</sup> Bilen “Örneğin, her yıl yapılan ve öncesinde yapılan toplantılarının tümünde olay çıkmış bir grubun yapacağı toplantıda, önceki yıllarda yapılan toplantılarda olay çıkmış olması, önleme araması için makul sebep oluşturmaz” şeklinde aksi görüş belirtmiştir. (Bkz, **BİLEN**, s.48)

<sup>219</sup> **ERYILMAZ**, s.162



götürmek üzere bir paket verip vermediği gibi sorular sorularak denetim yapılmaktadır. Bundan maksat önceden tespit edilmiş olan “terör eylemcisi” profiline uyan kişileri ortaya çıkarmaya yönelik sorular sormaktır.<sup>220</sup>

### 3-Önleme Araması Kararı ve Emri

Adli aramada olduğu gibi önleme aramasında da karar vermek yetkisi kural olarak hâkimindir. Öncede belirttiğimiz gibi hukukumuza hâkim kararı ile önleme araması 03.08.2002 tarih 4771 sayılı Kanununun 10/B maddesi ile 2559 sayılı PVSK'nin 9. maddesi değiştirilmesi ile ortaya çıkmıştır. Çamlıbel; Önleme aramasının genel güvenlik ve asayişe yönelik bir faaliyet olduğu ve ülkenin iç güvenlik ve asayişinden içişleri bakanı ve emrindeki mülki amirlerin sorumlu olduğu, mülki amirlerin bu faaliyetleri açısından hâkim kararı almak zorunda bırakılmalarının kuvvetler ayrılığı prensibinin ihlali olduğu belirtmektedir<sup>221</sup>. Kanımızca bu görüşün kuvvetler ayrılığının ihlali yönü doğru olsa da önleme araması ile kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilme ihtimalinin yüksekliği önleme aramasını hâkim iznine tabi tutmayı gerekli kılar. Zira önleme araması ile vazgeçilemez, devredilemez insan haklarına müdahale edilebilir. Artık her ne kadar idari işlemde olsa önleme araması kural olarak hâkim kararı ile yapılacaktır. Anayasanın 20. maddesi ayırım yapmaksızın aramalara(adli ve önleme) istisnasız olarak hâkim kararı şartını getirmiştir. Anayasanın 20. maddesine göre “ usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası” aranamayacaktır. PVSK'nin 9. maddesi anayasanın 20. maddesine uygun olarak önleme aramasının “usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle” yapılabileceğini düzenlemektedir. Yine AVÖAY'nin 19. ve 20. maddeleri de “ hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin yazılı emriyle” önleme aramasının yapılabileceğini belirtmiştir. Şu halde arama kararını kural olarak hâkim verecektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı arama emrini illerde

<sup>220</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003, s.767

<sup>221</sup> ÇAMLİBEL, a.g.m.

vali<sup>222</sup>, ilçelerde kaymakam verecektir.

Burada 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçların önlenmesi amacıyla yapılacak aramalar için arama emri talebinin o yer Cumhuriyet savcısına da yapılıp yapılamayacağı tartışılmalıdır<sup>223</sup>. Bilen'e göre " yönetmeliğin bu düzenlemesi yerinde bir düzenleme değildir. Çünkü önleyici arama önceden de belirtildiği gibi suç öncesi alana ilişkin bir tedbir olduğu için Ceza muhakemesi ile alakası olmayan idari bir işlemdir. Suç sonrası alanda yetki ve görevi olan Cumhuriyet savcısının bu tedbire ilişkin karar verme ve işlem yapma hakkının olduğunu düzenlemek, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali niteliğindedir". Bilen'e katılmamak mümkün değildir. Kaldı ki C. savcısına böyle bir yetki yönetmelikle verilemez. Bizce bu düzenleme uygulanamaz bir hükümdür. Böyle bir hükmün AVÖAY'de bulunma sebebi 31.03.2007 tarihinde yürürlükten kaldırılan 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17. <sup>224</sup> maddesidir. Bilindiği gibi AVÖAY 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5607 sayılı yeni Kaçakçılıkla Mücadele Kanununu C. savcısına böyle bir yetki vermemiştir. Bu nedenle yönetmelik hükmü hükümsüz kalmıştır. Yasa koyucu sonraki tarihli yasa ile iradesini kaçakçılık suçlarında C. savcısına yazılı önleme araması emri verme yetkisi tanımamak yönünde göstermiştir. Yapılması gereken yönetmeliğin normlar hiyerarşisine göre aykırı olan bu hükmünü kaldırmaktır. Bir an için 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun tutanaklar başlıklı 20/1-a maddesinde " Kaçakçılık fiillerinin izlenmesine ilişkin tutanakların; a) Tarih, yer, düzenleyenlerin unvan ve isimleri, hâkim kararının tarih ve sayısı ile Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılması durumunda emrin tarih ve sayısını kapsamayı ve imza altına alınması gereklidir" hükmü nedeni ile AVÖAY'de ki hükmün yasal dayanağı olduğu düşünülse de açıkça bir arama emri yetkisi vermediğinden bu düşünce bizce isabetsizdir.

Vali ve kaymakam genel idari kolluk makamları arasında yer alır<sup>225</sup>. Arama emrinin de idari kolluk makamı sıfatıyla verildiği söylenebilir. 10.06.1949 tarih 5442

<sup>222</sup> AVÖAY'nin 4. maddesine göre Vali önleme araması emri verme yetkisini bir yardımcısına da bırakabilir. Bu halde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı önleme araması emri verme yetkisi vali yardımcısının dır.

<sup>223</sup> AVÖAY'nin 20. maddesi yapılabileceğini belirtmektedir.

<sup>224</sup> 4926 sayılı KMK'nin 17/3. maddesi "bu Kanunda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş hakim kararı; bu sebebe bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise o yerin en büyük mülki amirinin veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılır" şeklindedir.

<sup>225</sup> GÜNDAY, 2003, s.267

sayılı İl İdaresi Kanununun 11/A bendine göre “Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder, bu teşkilat amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdür.” Aynı kanunun 32/B bendine göre de kaymakam ilçe sınırları içerisinde bulunan genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiri olması sıfatıyla “Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder. Kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararları hükümlerinin yürütülmesi için emirler verir. Bu teşkilat amir ve memurları kaymakam tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle ödevlidir”. Anlaşıldığı gibi il sınırları dâhilinde vali, ilçede ise kaymakam genel ve özel kolluk kuvvetinin amiridir. Suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması için kolluğa gerekli talimatları vermeye yetkilidir. Arama kararını beklemenin tehlike doğuracağı hallerde de kolluğa yazılı emir, en üst idari kolluk amiri olan, il dâhilinde vali, ilçe dâhilinde kaymakam tarafından verilecektir. Mülki amirin vereceği yazılı emir Anayasanın 20. maddesi uyarınca 24 saat içinde hâkim onayına sunulacaktır.

Gecikmesinde sakınca bulunan halde önleme araması emrini yazılı olarak mülki amir verir kuralının içine bucak müdürleri girecek midir? Zira bucakta da Jandarma Karakolu bulunabilir. 10.06.1949 tarih 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 1. maddesine göre ülkemiz illere, iller ilçelere ve ilçeler de bucaklara bölünmüştür. Yasa 4. bölümünü Bucak İdaresi ve Teşkilatına ayırmıştır. 42. maddeye göre bucak müdürü bucakta en büyük Hükümet memuru ve temsilcisidir ve bucağın genel idaresinden sorumludur. 43. madde “*Bucağın güven ve düzeninin korunmasından bucak müdürü sorumludur. Suç işlenmesini önlemek için gereken tedbirleri alır ve uygular. Genel ve özel kolluk kuvvetleri bucak müdürünün emri altındadır. Bunlar müdürden aldıkları emri yerine getirmeye mecburdurlar*” hükmünü getirmiştir. Bu yasal düzenlemelerin varlığında Bucak Müdürünün gecikmesinde sakınca bulunan halde yazılı önleme araması emri verebileceğini kabul etmek gerekir. Yine Sulh Ceza Hâkiminden önleme araması talebinde bulunabilir.

Mülki idare amirinin kolluğa arama emri verebilmesi için gerekli koşullar

şunlardır<sup>226</sup>;

a) Hakkında arama işlemi icra edilecek kimsenin PYSK'ye göre veya diğcr yasalara göre 'bir hak kısıtlamasına tabi tutulabilmesi' mümkün olmalıdır.

b) Arama yapılacak kişinin kolluk tarafından muhafaza altına alınabilecek eşyaları taşıdığını kabul etmeyi haklı gösteren olaylar olmalıdır.

c) Hakkında arama yapılacak kişinin serbest iradesinin mevcut olmadığı veya yardıma ihtiyacı bulunduğu açıkça belli olmalıdır.

d) Somut olaylara dayanarak arama yapılacak mekânda kişilerin suçları hazırladıkları, planladıkları veya işledikleri veya oturma iznine sahip bulunmayan kişilerin toplandığı veya hükümlülerin gizlendiği belli olmalıdır.

e) Belli olaylar topluma mal ve hizmet temin eden bir tesis veya resmi bir binaya karşı veya binanın içinde suç işlenebileceğini, sayılan nesnelerin tehlike içinde olduğunu gösteriyorsa, bu binaların içinde veya yakınında olan kişilerin üzerinin aranması için emir verilebilir.

f) Kolluğun önleme amacıyla bir kişinin üzerini arayabilmesi kişinin silah, tehlikeli diğcr aletler ve patlayıcı maddeler taşıyıp taşımadığını tespit etmek amacıyla olabilir. Bu çeşit silah veya patlayıcı madde araması polis memurunun kendisini koruması veya üçüncü kişilerin vücut veya hayatlarını bir tehlikeden korumak için gerekli ise yapılmalıdır.

Önleme aramasında gecikmesinde sakınca bulunan hal AVÖAY'nin 4. maddesinde "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" şeklinde tanımlanmıştır.

Mülki amir, kolluk tarafından kendisine önleme araması yapılması hususunda bir talep getirildiğinde, iki aşamalı bir değerlendirme yapacaktır. Birincisi, önleme araması yapılmasını gerekli kılan ve millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh,

<sup>226</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003 s.762

patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacının ortaya çıktığını gösteren makul sebeplerin ve bunları tehlike altına sokan bir durumun var olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmedir. Mülki amir, böyle bir tehlike ve bu tehlikeyi ortaya koyan makul sebeplerin olmadığı kanaatine varırsa, kollukça yapılan istemi reddedecektir. Çünkü suç işlenmesini önlemek, kamu düzenini ve güvenini korumak İl İdaresi Kanunu 11. ve 32. maddeleri uyarınca mülki amirin görevidir. Eğer mülki amir görevi olan bu hususlarda bir tehlike görmüyorsa önleme araması yapılmasına izin etmeyebilir. Bu durum mülki amirin takdir yetkisindedir. Bu yetkinin varlığı AVÖAY'nin 20/2 maddesinde "...kolluğun talebini uygun bulursa..." şeklinde ifade edilmiştir. Mülki amir, yapacağı birinci değerlendirme sonucunda önleme araması yapılması gerektiği sonucuna varırsa, yapacağı ikinci değerlendirme gecikmesinde sakınca bulunan bir halin var olup olmadığıdır. Gecikmesinde sakınca bulunmuyorsa arama kararı verilmesi için görevli ve yetkili hâkime talepte bulunacaktır<sup>227</sup>.

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

Gümüşay önleme aramasında gecikmeden başvurma zorunluluğunu anlatan "gecikmede sakınca" ifadesini isabetsiz bulmuş ve "gecikmede tehlike" ifadesinin doğru olacağını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak "sakınca<sup>228</sup> mahzur<sup>229</sup> karşılığıdır ve tehlike<sup>230</sup>ye nazaran çok geniş bir kavramdır. Nezaket kaidelerine aykırılık dahi sakınca kavramına girer. Önleme araması için geçerli olan sakınca ise ancak ağır sakınca, yani tehlikedir. Tehlike sayılmayacak mahzurların bulunması arama emri için yeterli olmayacağı için *gecikmede tehlike* ifadesi daha isabetlidir" görüşünü belirtmiştir<sup>231</sup>. Diğer yandan önleme araması emri verilmesi için tehlikenin imkan

<sup>227</sup> BİLEN, s.51

<sup>228</sup> Türkçe sözlükte Sakınca; "çekinilmesi, dikkatli olunması gereken, sakınmayı gerektiren durum, mahzur" anlamına gelir. (10.03.2010 <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=sak%FDnca&ayn=tam>)

<sup>229</sup> Türkçe sözlükte Mahzur; "sakınca" anlamına gelir. (10.03.2010 <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=mahzur&ayn=tam>)

<sup>230</sup> Türkçe sözlükte Tehlike; "Büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum, muhatara" anlamına gelir. (10.03.2010 <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=tehlike&ayn=tam>)

<sup>231</sup> GÜMÜŞAY, s.75

dâhilinde olması yetmez, muhtemel olması da gerekir. Her hangi muhtemel tehlike de yeterli olmaz, derhal müdahale edilmediği halde korkulan zararın meydana gelme ihtimalinin varlığını makul surette kabul ettirecek somut ve fiili unsurlarla belirlenen bir tehlike söz konusu olmalıdır<sup>232</sup>. Bizce de tehlike kelimesinin kullanılması daha doğru olurdu. Ancak sakınca kelimesi de kökleşmiş bir kullanılışa sahiptir ve terimsel olarak aynı anlamda değerlendirilmiş ve kabul edilmiştir. Bu nedenle sakınca kelimesinin kullanılması da yanlış olmayacaktır.

Adli amaçlı aramanın aksine, kolluk amirlerinin önleme araması emri verme yetkileri yoktur. Kolluk amirlerinin önleme amaçlı arama emri yetkilerinin olmaması, suçla mücadele açısından doğru bir düzenleme niteliğinde değildir<sup>233</sup>. Suçun işlenmesinin önlenmesi kolluğun başlıca görevlerinden biridir ve bu nedenle adli aramadan daha öncelikli olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirlerinin önleme araması verme yetkilerinin olması gerekir. Uygulamada yaşanan rahatsızlıklar bu tür bir düzenlemenin sebebi olamaz. Gerekli denetim mekanizması kurularak kolluk amirlerine de önleme araması emri verebilme yetkisi tanınmak gerekirdi<sup>234</sup>. Önleme amaçlı aramalarda kolluk amirinin yazılı emriyle arama imkânı tanınması gerekir ancak kolluk amirinin yasal anlamda böyle bir yetkileri olmadığından yönetmelikte bu yetki verilmemiştir<sup>235</sup>.

Önleme amaçlı aramaların yapıldığı yer ve durumlar incelendiğinde, bu tip aramaların daha önceden planlı faaliyetler ve bilinen durumlar olduğu görülecektir. Bu nedenle önleme amaçlı aramalarda gecikmesinde tehlike bulunma ihtimalinin gerçekleşmesi, adli aramalara göre daha zor olacağından, mülki amirin gecikmesinde tehlike bulunma ihtimaline binaen vereceği arama emri çok istisnai durumlarda söz konusu olacaktır<sup>236</sup>.

25117 sayılı mülga AVÖAY'de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin verdiği yazılı emirle yapılan önleme aramasının 24 saat içinde hâkim onayına

<sup>232</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003 s.663,664

<sup>233</sup> BİLEN, s.58

<sup>234</sup> YILDIZ Ali Kemal, Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle "Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği" Çerçevesinde Arama ve Uygulaması, PD, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Y.9, S.36, s.251 vd.

<sup>235</sup> YENİSEY Feridun, Avrupa Birliğine Uyum Yasaları Çerçevesinde Polisin Arama Yetkisi "Tebliğ"(Kayseri Polis Meslek Yüksek Okulu Konferansı 3 Mayıs 2004),in:Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, C III.5, s.30

<sup>236</sup> ÖZBUDAK Coşkun, Önleyici Arama, JD, Eylül 2002, S. 99, s. 32

sunulacağı kabul edilmesine rağmen<sup>237</sup> 25832 sayılı yeni AVÖAY’de bu hususta açık bir düzenleme yoktur. AVÖAY’nin derneklerde aramayı düzenlediği 22. maddesinde, el koyma söz konusuysa yazılı emrin 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulacağı belirtilmiştir. Bu hükmün karşıt kavram yorumuyla el koyma gerçekleşmediğinde hâkim onayının gerekmediği anlamı çıkmaktadır. Ancak yetkili merciin verdiği yazılı arama emrinin hâkim onayına sunulması anayasanın 20. maddesi ile getirilmiş anayasal bir zorunluluktur. Anayasanın bu hükmü doğrudan doğruya uygulanabilen bir hükümdür ve yazılı önleme arama emri elkoyma olsun veya olmasın 24 saat içinde hâkim onayına sunulmalıdır. Hâkim, makul sebebin ve gecikmesinde tehlike bulunan bir halin bulunup bulunmadığını denetleyecek ve ona göre bir karar verecektir.

#### **4- Önleme Aramasına İlişkin Düzenlemeler**

##### **4.1. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu(PVSK)**

Arama tedbirinin en önemli uygulamacılarından olan polisin görev, yetki ve sorumluluklarını, çalışma esaslarını düzenleyen temel kanun, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunudur. (PVSK). 17.12.1983 tarih 18254 sayılı Jandarma Teşkilatı Görev Ve Yetkileri Yönetmeliğinin 24<sup>238</sup>. maddesinde olduğu gibi diğer kolluk teşkilatlarının da önleyici ve adli görevlerinde bu kanuna atıflar yapılmaktadır<sup>239</sup>.

Polis öncelikle düzeni sağlamak ve korumakla görevlidir. Bu düzen bozulduğunda onu tekrar sağlamakta polisin en önemli görevidir. Bu nedenle, polisin faaliyetleri genel olarak, önleme ve düzeltme fonksiyonu olarak iki grup altında toplanabilir<sup>240</sup>. Suç olgusu karşısında bu faaliyetler, suçun önlenmesini amaçlayan "önleyici kolluk" fonksiyonu ve işlenmiş olan suçun ortaya çıkarılması ile suçun yarattığı bozukluğun giderilmesini amaçlayan "adli kolluk" fonksiyonu şeklinde sınıflandırılabilir<sup>241</sup>.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, 3 Ekim 2001 tarihinde 4709

<sup>237</sup> 25117 sayılı AVÖAY’nin 17/son maddesi

<sup>238</sup> Madde metni “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”

<sup>239</sup> ÇOKMUTLU, s.55

<sup>240</sup> SOKULLU AKINCI, s. 97

<sup>241</sup> SOKULLU AKINCI, s. 95- 101.

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 8., 9., 11., 12., 13. ve ek 1. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Daha sonra 24.11.2004 tarih 5259 sayılı kanun ile PVSK'nin 6., 7., 8. ve 12. maddeleri değişikliğe uğramıştır. Yine 02.06.2007 tarih 5681 sayılı kanun ile PVSK'nin 4.,5., 9., 16. ve ek 6. maddeleri değiştirilmiştir. 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 belirtiliyordu<sup>242</sup>. 2002 yılında 4771 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri şartı istisnasız olarak kabul edildi. Böylece aramada yazılılık kuralı pekiştirilmiş ve 2001 yılında 4709 sayılı kanunla Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde yapılan değişiklikle getirilen ilkelere paralellik sağlanmıştır<sup>243</sup>.

02.06.2007 tarih 5681 sayılı kanunun 3. maddesiyle yapılan değişiklikten sonra 2559 sayılı PVSK'nin 9. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirildi;

“ Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.

Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir.

Arama kararında veya emrinde;

- a) Aramanın sebebi,
- b) Aramanın konusu ve kapsamı,

<sup>242</sup> **DÖNMEZER Sulhi - YENİSEY Feridun**, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, AII. 14 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, En Son Değişiklikler, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s.17

<sup>243</sup> **ATASOY**, s.44



c) Aramanın yapılacağı yer,

ç) Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre, belirtilir.

Önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir:

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.

ç) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında.

d) Umumî veya umuma açık yerlerde.

e) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda.

Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan iş yerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.

Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır.

Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır.

Önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir."

Yukarıdaki madde de tanımlanan önleme amaçlı arama 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 kanunun PVSK'nin 20. maddesinde

gösterilmiştir<sup>244</sup>. Söz konusu 20. madde;

“Zabıta, 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.

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

A) Üniversite binaları veya ekleri içinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması ihtimali karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin zabıttan yardım talep etmeleri halinde,

B) Herhangi bir davet veya izne bağlı 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” hükümlerini içerir.

PVSK’ de hâkim kararı ve yetkili merciin yazılı emri olmaksızın arama yapılabilecek 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 gereksizdir 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, üstlerini, özel kâğıtlarını ve eşyalarını aramak, suçun delillerini ele geçirip muhafaza etmek ve gereken diğer tüm tedbirleri yerine getirmek durumundadır<sup>245</sup>.

Kanunda, önleme aramasının yapılacağı yerler tek tek sayılmış ise de her bir hal yorum yolu ile genişletilebilecek durumdadır. Örneğin; Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde arama yapılabilmesi yorum yolu ile genişletildiğinde çoğu yeni durumlara uyar hale gelir. Kanun koyucu bu madde ile esasen halkın topluca

<sup>244</sup> CİHAN - YENİSEY, 1998, s. 267.

<sup>245</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003, s. 670.

bulunduğu ve giriş çıkış yaptığı yerlerde önleme amaçlı arama yapmayı amaçlamaktadır<sup>246</sup>. Mesela; Pazaryeri, şehitlikler, mezarlıklar, tarihi önemi nedeni ile anma töreni yapılabilen yerler(Gelibolu, Sarıkamış, Söğüt, Hacıbektaş ve Yıldızeli ilçesinde yapılan törenler gibi), piknik alanları ve benzeri yerler sayılabilir. Hatta kır(bahçe-sokak arasında yapılan) düğünler de bu kapsamda düşünülmelidir.

Önleme aramasında kural aramanın icra edildiği yerdeki aynı statüdeki herkesin aranmasıdır. Herkesin durdurulup aranması mümkün değilse bu takdirde, işlem sondaj usulü gibi objektif kriterlere dayandırılacaktır<sup>247</sup>.

#### **4.2. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu(JTGYK)**

Kolluk faaliyetlerinde asıl olan polis teşkilatıdır. Jandarma teşkilatının kolluk faaliyeti yürütmesi, şartların zorlamasındandır. Her yerde polis teşkilatı kurulamaması nedeniyle, askeri bir inzibat kuvveti olan jandarma adli ve idari kolluk faaliyetlerini yürütmektedir<sup>248</sup>. PVSK'nin 25. maddesi polis teşkilatı olmayan yerlerde il, ilçe ve bucak jandarma komutanları ile jandarma karakol komutanlarının PVSK'de yazılı görevleri yapacaklarını ve yetkileri kullanacaklarını belirtmektedir. Buna karşılık il, ilçe, bucak merkezi olmayan önemli iskele veya istasyonlarda kolluk görevi polis tarafından icra edilmektedir<sup>249</sup>.

JTGYK'nin 3. maddesine göre jandarma emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan, kolluk mevzuatı ile bunlara dayanan hükümet emirlerini yerine getirmekle görevli askeri personel olarak tanımlanmıştır. 12.03.1983 tarih 2803 sayılı JTGYK'de arama konusunda açık bir hüküm yok ise de bu kanuna dayanılarak çıkarılan 17.12.1983 tarih 18254 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmeliğin (JTGY) 31 vd. maddelerinin önleme arama yapma yetkisini vermiştir.

JTGY'nin genel arama başlıklı 32. maddesinde somut olay ve gereksinimlerde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, il sınırları içinde valinin, ilçe sınırları içinde kaymakamın her defasında yeniden bulunacağı istem üzerine,

“a. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili mevzuat kapsamına giren toplantı

<sup>246</sup> GÜMÜŞAY, s.77

<sup>247</sup> GÜMÜŞAY, s.77

<sup>248</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003, s.758

<sup>249</sup> GÜNDAY, 2003, s. 265

ve gösteri yürüyüşlerinin düzenini ve güvenliğini bozacak faaliyet ve davranışları önlemek üzere, toplantı veya yürüyüşlerin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,

b. Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının veya sendikaların genel kurul toplantılarının güvenliğini sağlamak üzere toplantının yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,

c. Siyasi parti toplantılarında, toplantıyı düzenleyenlerin başvurusu üzerine, toplantının düzen ve güvenliğini sağlamak amacıyla, toplantı yapılacak yerin giriş ve çıkış yerlerinde ve çevresinde,

d. Can ve mal güvenliğinin ve seyahat özgürlüğünün sağlanması için tren, otobüs, vapur, uçak, metro ve benzeri yer üstü ve yer altı toplu taşıma araçları ile hava limanı, iskele, liman, gar, istasyon, otopark, otobüs terminali gibi halkın topluca bulunduğu yerlerle her çeşit spor karşılaşması veya eğlence, müsamere, konser gibi nedenlerle büyük halk topluluklarının birikebileceği yerlerde,

e. Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için, her derecede eğitim ve öğretim kurumları (askeri okullar hariç) ile yüksek okul ve bağlı diğer kurumların veya eklentilerinin içinde, yakın çevrelerinde, giriş ve çıkış yerlerinde,

f. Öğrenci yurtları, pansiyonları, lokalleri ve bunların eklentileriyle (Silahlı Kuvvetlere ait olanlar dışında) toplumda tedirginlik, korku ve dehşet yaratacak şiddet eylemlerine girişebileceğini gösteren yeterli belirti ve delillerin varlığı halinde kamuya ait ve kamuya açık yerlerde, yerleşme birimlerinin giriş ve çıkış yerlerinde,

g. Cana, ırza, mala veya tasarruf emniyetine tecavüz, sabotaj, adam kaçırmak veya rehin almak silahlı gasp ve soygun, ateşli silahlar ve bıçaklarla bomba ve öteki patlayıcı, parlayıcı ve yakıcı maddelerle saldırıda bulunmak, uçak, tren, otobüs, vapur ve benzerleri öteki yerüstü ve yeraltı toplu taşıma araçlarını kaçırmak, zaptetmek veya yolcularını rehin tutmak suretiyle toplumda tedirginlik, korku ve dehşet meydana getirerek sırf kamu düzenini bozmağa ve milli güvenliği sarsarak Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetleri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, nitelikleri Anayasa'da belirlenen Cumhuriyeti tehlikeye düşürmeye yönelik şiddet eylemlerine girişileceğini gösteren kesin belirtilerin elde edilmesi halinde, umumi ya da umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde veya kentin veya öteki yerleşme birimlerinin giriş ve çıkış yerlerinde veya ana caddelerinde seyreden taşıt araçlarında,

Kanunlara göre el konulması gerekli araç, gereç ve eşyaların bulundurulup bulundurulmadığının saptanması, suçla ilgili kişileri ele geçirmek amacıyla; kişilerin üstlerini, araçları, eşyaları ve özel taşıtları arar. Suç unsuru gördüklerine el koyar, soruşturma dosyası ile birlikte adli makamlara gönderir.

Vali ve kaymakamın aramaya ilişkin istemi Jandarma tarafından derhal yerine getirilir. Bu istek yazı ile iletilebileceği gibi ivedi durumlarda sözlü olarak da bildirilebilir. Ancak en kısa zamanda yazı ile doğrulanır.” hükmünü getirmiştir.

Maddenin son bendi ivedi hallerde mülki amirin sözlü arama emri verebileceğini öngörmüştür. Bu bent 4709 sayılı yasa ile Anayasanın 20. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında uygulanma kabiliyetini kaybetmiştir. Zira anayasa aramada gecikmesinde sakınca bulunan halde yetkili merciin yazılı arama emri vermesini kabul etmiştir. Dolayısıyla Anayasa karşısında yönetmelik uygulanamaz. Kaldı ki PVSK'nin 25. maddesi yollamasıyla PVSK'nin Jandarma tarafından uygulanması gerektiği açıktır. PVSK'nin 9. maddesinde de arama emri için yazılılık şartı getirilmiştir. Artık yapılması gereken yönetmeliğin bu hükmünü düzeltmektir.

Yine PVSK'nin 25. maddesi nedeniyle 4.1 başlıkta(PVSK için) anlatılanlar bu kısım içinde geçerlidir.

### **4.3. 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu(İİK)**

18.06.1949 tarih 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa 11/A maddesine göre vali, il sınırları içerisinde bulunan genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gerekli tedbirleri almakla görevlidir. Vali bu görevi nedeniyle İl İdaresi Kanununda öngörülen hallerde arama emri vermeye yetkilidir. İl İdaresi Kanununun ek 1.<sup>250</sup> maddesine göre “Vali; sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında, güvenliğin sağlanması, giriş-çıkışlarla ilgili görev ve hizmetlerin düzenli ve etkili bir biçimde yürütülmesi, görevli kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonun gerçekleştirilmesi için gerekli önlemleri almaya ve uygulamaya, kuruluşların çalışmalarını denetlemeye yetkilidir. İçişleri Bakanlığının uygun göreceği bu yerlerde vali tarafından mülki idare amiri görevlendirilir. Vali, yetkilerinin tamamını veya bir kısmını görevlendirdiği mülki idare amirine devredebilir. Bu yerlerde hizmet veren kuruluşlar, görevli mülki idare

<sup>250</sup> 29.08.1996 tarih 4178 sayılı kanunun 2. maddesi ile getirilmiştir.

amirine karşı sorumludur. Görevlendirilen mülki idare amiri Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile Gümrük Kanununun arama ile ilgili hükümleri saklı kalmak üzere, genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından gerekli gördüğü hallerde, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaları, uçakları, gemileri ve her türlü deniz ve kara taşıtlarını, giren çıkan yolcular ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin üstlerini, araçlarını ve eşyalarını aratabilir. Aramanın kimler tarafından yapılacağı kaydını da taşıyan arama emri yazılı olarak verilir. İvedi durumlarda sözlü olarak verilen emir derhal yerine getirilir ve en kısa zamanda yazılı olarak teyit edilir” hükmü amirdir. Bu İl İdaresi Kanunundan kaynaklanan özel bir arama halidir. Sadece vali ya da valinin görevlendireceği mülki idare amirine arama emri verme yetkisi verilmiştir. İlçelerde kaymakamlar böyle bir yetkiyi kullanamaz. Kaymakamlar İl İdaresi Kanununun 32/B bendi uyarınca ilçe sınırları içerisinde bulunan genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiri olması sıfatıyla genel önleme araması emri vermeye yetkilidir<sup>251</sup>. Tabi ki gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu yetkiyi kullanabilecektir.

Görüldüğü üzere İl İdaresi Kanunu sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında önleme aramasının görevlendirilen mülki idari amirinin emriyle yapılacağını öngörmekte, arama emrinin yazılı olacağını ancak acil durumlarda sözlü olarak da verilebileceğini belirtmektedir<sup>252</sup>. Madde bu haliyle 4709 sayılı yasa ile Anayasanın 20. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında anayasaya aykırı hale gelmiştir ve uygulanma kabiliyetini kaybetmiştir. Zira anayasa aramada gecikmesinde sakınca bulunan halde yetkili mercinin yazılı arama emri vermesini istisnasız kabul etmiştir. Dolayısıyla anayasanın doğrudan doğruya uygulanabilen bu hükmü karşısında İl İdaresi Kanununun ek 1. maddesi uygulanamaz.

<sup>251</sup> **ÇİMEN Ahmet**, Türk Hukukunda Arama(Konu-Yetki-Sorumluluk), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1989, s. 59, 60

<sup>252</sup> **GÜMÜŞAY**, 81

#### 4.4. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu(KMK)

4926<sup>253</sup> sayılı KMK, 21.3.2007 tarih ve 5607<sup>254</sup> sayılı KMK'nin 25. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5607 sayılı KMK' nin 1. maddesinde kanunun amacı "Bu Kanunun amacı, kaçakçılık fiilleri ve yaptırımları ile kaçakçılığı önleme, izleme, araştırma usûl ve esaslarını belirlemektir" şeklinde açıklanmıştır.

Kanunun 19. maddesinde ise, bu kanunu uygulamakla görevli olanlar "Mülkî amirler, Gümrük Müsteşarlığı personeli ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı personel " şeklinde sayılmıştır.

5607 sayılı kanunun Arama ve Elkoyma başlıklı 9. maddesi aramayı anlatır. Bu maddeye göre;

“(1) Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüpheli her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalar, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirilir.

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

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

Maddenin 2. ve 3. fıkraları çalışma konumuz olan önleme aramasına ilişkindir. Zaten kanunun amacı kanunun birinci maddesinde de belirtildiği gibi kaçakçılığın önlenmesidir. AVÖAY'nin 7/4. maddesine “4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçlar bakımından, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz” hükmünü getirmiştir. 4926 sayılı Kaçakçılıkla

<sup>253</sup> 07.01.1932 tarih 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunu yürürlükten kaldırarak 10.07.2003 te yürürlüğe girmiştir. R.G.19.07.2003, 25173

<sup>254</sup> R.G. 31.03.2007, 26479

Mücadele Kanunu, 31.03.2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 25. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olsa da yeni 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun geçici 1. maddesine göre, 4926 sayılı kanuna yapılan atıflar ile 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanuna yapılan atıflar 5607 sayılı kanuna yapılmış sayılacağından yönetmeliğin 4926 sayılı kanuna yapmış olduğu atıflar artık 5607 sayılı kanuna yapılmıştır. “Ancak, yönetmelikle ilgili hal böyle olsa da Cumhuriyet savcısının yazılı emir vermesinin sınırlandırılmasına ilişkin ne Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun arama ile ilgili hükümler içeren 9. maddesinde ne de CMK’de olmayan bir hükmün AVÖAY ile öngörülmüş olması kabul edilemez. Kaldı ki, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda, adli aramalar ile ilgili olarak, CMK’nin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (KMK m. 9/1). Ayrıca özel konutlarla ilgili olarak KMK 9/1’de düzenleme olmadığından bu konuda genel bir kanun niteliği taşıyan CMK’nin arama ile ilgili hükümlerinin uygulanacağı tabidir.<sup>255256</sup>” Yazarın görüşü hukuki temellere dayanmaktadır ve doğruluğu savunulabilecektir. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Bizce burada yönetmelik KMK’de öngörülen suçların (ki bunlar kaçakçılığın önlenmesi amaçlıdır ve genel olarak önleme araması düzenlenmiştir) hakim kararı olmaksızın ortaya çıkarılmasındansa kişilerin özel hayatının gizliği hakkını ve konut dokunulmazlığı hakkını üstün tutmuştur. Bu durum yönetmeliğin kanuna aykırı olamayacağı kuralını çürütememektedir. Ancak burada temel hak ve özgürlükler adına daha korunaklı bir durum yaratıldığından artık C. savcısının Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında kalan suçlar için adli arama amaçlı yazılı arama emri veremeyeceğini kabul etmek gerekir. C. savcılarının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde AVÖAY’nin 20. maddesine rağmen yazılı önleme araması emri veremeyeceğini yukarıda belirtmiştik<sup>257</sup>. Yine konutlarda önleme araması yapılamayacağı AVÖAY’nin 19/son maddesinde açıkça belirtilmiştir.

5607 sayılı KMK’nin 9. maddesinin birinci fıkrası adli arama ile ilgilidir. Ancak bu fıkra, aramalar için CMK’de ki hükümlerin uygulanacağını belirtmiş ve bunun dışında yeni bir şey getirmemiştir. Dolayısıyla adli aramalar için yapılan

<sup>255</sup> ERDAGÖZ, 246,

<sup>256</sup> Aksoy da C. savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde KMK kapsamındaki bir suç nedeni ile konutta yazılı adli arama emri verebileceği görüşündedir. Bkz, AKSOY, s.138

<sup>257</sup> Bkz, Dipnot 222 ile 225 arası



düzenlemelerin tamamı KMK çerçevesinde işlenen suçlar için de geçerlidir. Bu açıdan kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama kural olarak hakim kararı ile gecikmede sakınca varsa Cumhuriyet savcısının emri ile yapılır. Üst paragrafta belirttiğimiz gibi bizce C. savcısı konutlara yönelik KMK kapsamına giren bir suç için gecikmesinde sakınca bulunan halde yazılı adli arama emri veremeyecektir.

#### **4.5.6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu(TTK)<sup>258</sup>**

29.06.1956 tarih 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu 1474. maddesine göre 01.01.1957 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 1467. maddesi ile aramaya ilişkin özel hüküm getirmiştir. “Kaptanın disiplin yetkisi” başlıklı 1467. maddesinin 2. fıkrası kaptana arama yetkisi vermiştir. Söz konusu maddeye göre;

“ Kaptan, gemi adamlarının ve gemide bulunan diğer şahısların disiplin amiridir. Kaptan bu yetkisinin kullanılmasını ancak güverte zabıtlarının başı olan kimse ile çarkçıbaşına kendi hizmet sahaları ile mahdut olmak üzere bırakabilir.

Kaptan, gemi hizmetlerinin gereği gibi görülmesi için veya gemide emniyet veya inzibatı temin maksadıyla disiplin yetkisine dayanarak lüzumlu her türlü tedbire başvurabilir; hususiyle halin icabına uygun olmak şartıyla gemi adamları ve gemide bulunan diğer şahıslar üzerinde cebir kullanmaya, itaatsizlikte ısrar edenleri uygun bir yere kapatmaya veya gemiden uzaklaştırmaya, üzerlerini ve eşyalarını aramaya, gemi adamlarının eşyalarını muhafaza altına alıp kendilerine vermemeye, vazife görmemek maksadıyla gemiden kaçanları zaruret halinde zorla gemiye getirtmeye yetkilidir.

Kaptan, disiplin yetkisine dayanarak vereceği emirlerin yerine getirilmesinde veya alacağı tedbirlerde, zabıta ve ihtiyaç halinde, askeri kuvvetler kendisine derhal yardım etmekle mükelleftir.

Kaptan, yukarı ki hükümler gereğince aldığı tedbirleri, imkan bulur bulmaz sebepleriyle birlikte gemi jurnaline yazar.”

TTK’ye uyarınca gemi kaptanı gemide emniyet ve inzibatı sağlamak maksadı ile gemide çalışan personelin ve diğer şahısların üzerini ve eşyasını arayabilmekte,

<sup>258</sup> R.G. 09.07.1956, 9353

arama emri verebilmektedir<sup>259</sup>.

TTK'nin gemi kaptanına arama yetkisi veren bir diğer maddesi “suç işlenmesi halinde kaptanın ve gemide bulunanların vazifeleri” başlıklı 1472. maddesidir. Maddeye göre;

“Gemi yabancı bir memlekette veya denizde bulunduğu sırada gemi adamlarından veya gemideki diğer kimselerden birisinin her hangi bir suç işlemesi halinde kaptanın seçeceği gemi zabitleri ve diğer itimada değer kimselerle suçun ispatına yarıyacak bütün delilleri doğru ve tam olarak tesbit etmeye, toplamaya, delillerin ziyaa uğramaması için mümkün olan bütün tedbirleri almaya ve hususiyle şahıslar üzerinde veya eşyalarında gerekli aramaları yapmaya, gerekli kimseleri dinleyip sözlerini zapta geçirmeye, suç yerinin durumunu tesbit etmeye, suç vasıtalarını saklamaya mecburdur.

Kaçması veya delilleri yok etmesi veya delillerin gereği gibi toplanmasına engel olması tehlikesi mevcut olduğu takdirde kaptan maznunu tevkif edebilir.

Kaptanın bu madde hükmünce yapması gerekli olan tahkikat işlerinde gerek gemi zabitleri ve diğer itimada değer kimseler, gerekse gemide bulunan bütün diğer şahıslar kaptanın emirlerini yerine getirmeye, sorduklarına doğru ve tam olarak cevap vermeye mecburdurlar...”

Görüldüğü gibi TTK gemi kaptanına sadece arama yetkisi vermemiş, bir savcı gibi soruşturma yapması vazifesi yüklemiş, hatta “maznunu tevkif eder” ibareleri ile bir hâkim gibi tutuklama yetkisi de vermiştir. Bu madde de gemi kaptanının Anayasanın 20. maddesi anlamında yetkili merci olarak sayılmasına yetmektedir.

TTK'nin 1467. maddesi önleme ve adli aramayı birlikte düzenlerken 1472. maddesi açıkça adli aramadan bahsetmektedir.

Gemilerin çalışma şartları ve karaya uzaklıkları düşünüldüğünde gemilerde genel olarak acil bir hal bulunduğu ve hukuki olarak gecikmesinde sakınca bulunan hal bulunduğunu kabul etmek gerekir. Düzenleme bu şekli ile anayasanın 20. maddesine aykırıdır. Zira anayasanın 20. maddesi aramaları kural olarak hâkim kararına tabi tutmuştur. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri ile arama yapılabileceğini belirtmiştir. Anayasa “yetkili merci”yi

---

<sup>259</sup> GÜMÜŞAY, s.84

tanımlamamış, bu işi alt düzenlemelere bırakmıştır. Hal böyle olunca gemi kaptanını yetkili mercii kabul etmek gerekir. TTK'deki mevcut düzenleme gemi kaptanını yetkili mercii olarak kabul etmeye yeterlidir. Gemilerde aramalar gecikmesinde tehlike bulunan hal olarak kabul edilmeli, gemi kaptanı yetkili mercii olarak (kendisi arama yapacak olsa dahi) yazılı arama emri vermeli ve bunun üzerine aramalar icra edilmeli, 24 saat içinde ise yazılı arama emri hâkim onayına sunulmalıdır. Yazılı arama emrini 24 saat içinde hâkim onayına sunmak gemiler için günümüzün teknolojik koşulları(telgraf, faks, i mail gibi) karşısında zor olmasa gerektir.

Gemi kaptanının gecikmesinde sakınca bulunan halde verdiği yazılı arama emrinin 24 saat içinde hâkim onayına sunulması gerektiği anayasal bir zorunluluktur. Peki, gemi kaptanı bu onayı hangi mahkemeden isteyecektir. Bizce aramanın yapıldığı sırada gemi hangi ilçe sınırlarında bulunuyorsa o yer mahkemesine, eğer gemi Türk sularında değilse bağlama limanının<sup>260</sup> bulunduğu yer mahkemesine sunulmalıdır.

### **5-Önleme Araması Sayılmayan Haller (Denetlemeler-İdari Kontroller)**

Denetim<sup>261</sup>, idari kontrol olarak adlandırılıp, aramadan farklı sayılan kolluk tedbirleri için hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınan merciiin (idari makamın) yazılı emrinin bulunması şartı aranmamaktadır<sup>262</sup>. Denetlemeler esasında birer arama değildir. Ancak amacı, uygulanma şekli itibariyle aramayı andırdığı için AVÖAY'nin içinde düzenlenmiştir<sup>263</sup>. Bunun yanında idari kontrollere ilişkin düzenlemeler pek çok yasada yer almaktadır. Denetleme Türkçe sözlükte denetlemek işi, kontrol, teftiş anlamına gelir<sup>264</sup>. Bir yerin işleyişi bakımından uymakla yükümlü bulunduğu kurallara uygun olarak çalışıp çalışmadığının tespiti açısından o yerde yapılan işlem bir denetlemedir<sup>265</sup>. Denetlemek ise Türkçe sözlükte bir işin gereği gibi yapılıp yapılmadığını incelemek, kontrol etmek demektir<sup>266</sup>. Örneğin; bir fırında üretilen unlu mamullerin sağlık koşullarına uygun olup olmadığının, bir eğlence mekânına 18

<sup>260</sup> Bağlama limanı; TTK'nin 819. maddesi uyarınca o gemiye ait seferlerin idare olunduğu limandır

<sup>261</sup> Türkçe sözlükte denetim: denetleme, murakabe, teftiş(10.03.2010 <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=denetim&ayn=tam>)

<sup>262</sup> GÜMÜŞAY, s.85

<sup>263</sup> AYDIN, s. 124

<sup>264</sup> (10.03.2010 <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=denetleme&ayn=tam>)

<sup>265</sup> AYDIN, s. 124

<sup>266</sup> (10.03.2010 <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=denetlemek&ayn=tam>)

yaşından küçüklerin alınıp alınmadığının tespiti birer denetlemedir. Yine bir yerde satılan malların satışına ilişkin kurallara uygun olarak satılıp satılmadığının tespiti de denetledir. Mesela; bir tekel büfesinde 18 yaşından küçükler sigara satılıp satılmadığının kontrolü denetlemedir.

Denetleme yapılacağı zaman bu işlemi için arama kararı veya arama emrine ihtiyaç yoktur. Ancak denetlemenin konusu oluşturan işlemler, o işlemin düzenlendiği yasal mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılmalıdır. Mesela; geceleyin bir yemek fabrikasında yemeklerin hijyen ve sağlık kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığının tespiti için belediye zabıtası tarafından yapılacak işlem bir idari kontrol olduğu için arama kararı veya emrine gerek yoktur. Ancak idarenin kendi iç işleyişi uyarınca bu denetleme için iç emir ve düzenlemeleri saklıdır<sup>267</sup>. Yani denetim için bir idari kurul karar alacaksa ya da denetim sırasında denetim yapının kim olduğu açıklaması, hangi amaçla geldiğini ve varsa idari işlem kararını göstermesi gibi.

AVÖAY'nin "denetim yapılacak haller" başlıklı 18 maddesi idari kontrol yapılacak yerler ve durumları değişik kanun hükümlerinden faydalanarak toplu olarak saymaya çalışmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki bu sayma sınırlı bir sayma(tahdidi değil tadadi'dir) olmayıp burada yer almayan bir durum ile karşılaşıldığında, duruma uygun yasa hükümlerine bakılıp ona göre davranılması gerekmektedir<sup>268</sup>. AVÖAY arama sayılmayan halleri açıkça düzenlemekle uygulamada karşılaşılabilecek tereddütlerin önüne geçmeyi amaçlamıştır<sup>269</sup>.

Arama sayılmadığı için hâkim kararı aranmayan başlıca haller şunlardır; Konutun yangın önlemleri, sağlık ve güvenlik tedbirleri nedeniyle kontrol edilmesi; Evin, iş yerinin yangın tedbirleri ve benzeri güvenlik önlemleri (doğal gaz kaçağı şüphesi gibi) açısından kontrol edilmesi gerekirse, bir idari kolluk faaliyeti söz konusu olacağından hâkim kararına gerek yoktur. Ancak bunu için idari kontrol yapılacak yerde kanunda öngörülen şartlara uyulmadığı konusunda makul bir şüphe bulunmalıdır<sup>270</sup>. Yinede idari bir makam tarafından verilmiş yazılı bir emir

<sup>267</sup> AYDIN, s.124

<sup>268</sup> AYDIN, s.124

<sup>269</sup> GÜMÜŞAY, s. 85

<sup>270</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003, s.765

bulunmalıdır. Örneğin; TEK görevlilerince bütün mahallede elektrik kaçağı bulunup bulunmadığının tespiti için evlerde yapılan idari kontrolde, o yerin TEK amirinin yazılı olarak önceden planlanmış idari denetim kararı olmalıdır. Ayrıca yangın gibi acil bir durum varsa herhangi bir karar almaya ihtiyaç yoktur<sup>271</sup>. Yangın, su baskını gibi acil haller öncede belirtildiği gibi PVSK'nin 20/1. maddesine girdiği için kolluk hâkim kararı olmadan da konuta ve iş yerine girebilir. İdari kolluğun faaliyet alanı olan kamu düzeni, güvenlik, esenlik ve sağlık ögelerinden oluşmaktadır. Kolluğun bu kapsamda evde ve iş yerlerinde kazaları önlemeye yönelik güvenlik denetimlerine başvurması, fertlerin genel sağlık koşulları içinde bulundurulmasına yönelik sağlık teftişleri yapması, toplum olma gereklerini aşan gürültü, toz, duman ve koku gibi maddi düzensizlikleri önlemeye yönelik denetimlerde bulunması halinde idari kontrol söz konusudur ve hâkim kararına lüzum yoktur<sup>272</sup>.

PVSK'nin 7/3. maddesine göre otel, gazino, kahvehane, içkili yerleri, bar tiyatro, sinema, hamam ve plaj gibi umuma mahsus istirahat ve eğlence yerlerinin açılması, önce kolluğun araştırması üzerine belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeler; bu alanların dışında il özel idareleri tarafından verilir. İzin alınmadan açılan yerler kolluk tarafından kapatılır. PVSK'nin 7. maddesinin uygulanması sırasında, yasanın öngördüğü işlemler icra edilirken yapılan işlemler özel hayatın gizliliğini ihlal etmedikleri için arama sayılmazlar. AVÖAY'nin 18/a. maddesi PVSK'nin bu hükmü çerçevesinde açılması ve işletilmesi izne bağlı otel, gazino, kahvehane, bar, içkili yerleri, tiyatro, sinema, hamam ve plaj gibi umuma ait dinlenme ve eğlence yerlerinin faaliyetten yasaklama amacıyla kurallara uyup uymadıkları açısından yapılan denetimleri önleme araması kabul etmemiş ve idari denetimler arasında saymıştır.

PVSK'nin 8. maddesinin uygulanması sırasındaki idari kolluk denetimlerinin arama sayılmayacağı AVÖAY'nin 18/b maddesinde “ Kumar oynanan umumî ve umuma açık yerler ile her çeşit özel ve resmî kurum ve kuruluşlara ait lokaller, mevzuata aykırı bir şekilde uyuşturucu madde imal edilen, satılan, kullanılan, bulundurulan yerler, mevzuata aykırı faaliyet gösteren genelevler, birleşme yerleri ve fuhuş yapılan evler ve yerler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne,

<sup>271</sup> SAVAŞ - MAHMUTOĞLU, C 1, s.629

<sup>272</sup> GÖZÜBÜYÜK, Yönetim, s. 271

Anayasal düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlâka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya videobant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayımlara izin verilen yerler, derneklere, sendikalara, loca ve kulüplere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile benzeri kurum ve kuruluşlara ait ve yalnız üyelerinin yararlanması için açılan lokallerden, birden fazla denetim sonunda ve yazılı ihtarla rağmen, iç yönetmeliğine aykırı faaliyet göstererek umuma açık yer durumuna geldiği tespit edilenlerin denetimi” şeklinde düzenlenmiştir. Madde bu hali ile “Anayasanın 20. maddesi ile teminat altına alınan özel hayatın gizliliğini ihlal eden arama tedbiri olmayıp, idari bir denetim söz konusu olduğundan hâkim kararı aranmaz<sup>273</sup>”. Aksi görüşte olan Aydın’a göre AVÖAY’nin “18. maddesinin b bendinde sayılan hallerin tümü bir suçtur ve bu suçların soruşturulması, delil elde edilmesi amacı ile yapılacak arama adli aramadır. Bu nedenle bu maddede denetleme gibi düzenlenmesi mümkün değildir. Örneğin ‘mevzuata aykırı bir şekilde uyuşturucu imal etmek, satmak, kullanmak, bulundurmak<sup>274</sup>, ‘mevzuata aykırı biçimde genelev, birleşme yeri, fuhuş yapılan ev ve yer işletmek<sup>275</sup>, birer suçtur ve bunların yapıldığı yerler artık birer suç mahallidir. Bu yerlerde yapılacak işlem denetleme değil adli aramadır. Denetleme kanuna uygun olarak faaliyete geçmiş bir yerin, kanuna uygun faaliyetini sürdürüp sürdürmediğinin tespiti amacı ile yapılır. Yasal izin alarak faaliyete geçmiş bir genelevde, genelevin faaliyet iznine, fuhuşla mücadele tüzüğü<sup>276</sup> hükümlerine uygun hareket edip etmediğinin tespiti bir denetlemedir. Ancak, faaliyetin izni almadığı halde bir evin genelev olarak çalıştırıldığına tespiti üzerine yapılan işlem adli aramadır<sup>277</sup>”. Bizce de AVÖAY’nin 18/b bendi adli aramalık işlerden bahsetmekte ancak bunu denetleme addetmektedir. Yönetmeliğin bu hükmü bu haliyle idari kontrol sayılamaz ve yasa hükümlerine uygun olarak yeniden yazılmalıdır veya uygulayıcılar tarafından idari kontrol olarak değil adli arama olarak algılanmalıdır. Aksi halde adli aramaya ilişkin şartlar, idari denetim yapıldığından bahisle çiğnenmiş, dolanılmış ve kanuna karşı hile yapılmış

<sup>273</sup> GÜMÜŞAY, s. 86, 87

<sup>274</sup> 5237 sayılı TCK m. 188.

<sup>275</sup> 5237 sayılı TCK m. 227.

<sup>276</sup> Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü, R.G. 19/04/1961 – 10786 Bakanlar Kurulu Karar Tarihi - No: 30/03/1961 - 5/984

<sup>277</sup> AYDIN, s.126

olacaktır. Gerçi yapılan işlem adli arama olduğu halde idari denetleme gibi yapılması arama işleminin hukuka uygun hale getirmeyecektir.

—PVSK'nin 11. maddesinin uygulanması sırasında başvuru idari kolluk denetimlerinin arama sayılmayacağı AVÖAY'nin 18/c bendinde “Yürürlükte bulunan hükümlere aykırı olarak işletilen yerler hakkındaki işlemler ile genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satan yerlerin denetimi” şeklinde düzenlemiştir. Hal böyle olunca burada da hâkim kararı aranmayacaktır.

— PVSK'nin 12. maddesinde öngörülen hükümlerin uygulanıp uygulanmadığının tespiti için yapılan denetlemelerin arama sayılmayacağı AVÖAY'nin 18/d bendinde “Kanunlardaki istisnalar saklı kalmak üzere, onsekiz yaşından küçükleri çalıştırdığından veya onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girdiğinden şüphelenilen ve açılması izne bağlı bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kiraathane gibi oyun oynatılan benzeri yerlerin denetimi” şeklindeki düzenleme ile belirtilmiş ve bu düzenlemeden bu denetlemenin arama olarak kabul edilmeyeceği anlaşılmaktadır.

— Kolluğun idari kolluk faaliyeti kapsamında bireylerden kimlik sorma yetkisi vardır. PVSK'nin 4/A maddesine göre; polis suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak için kişileri durdurabilir ve kimliğini sorabilir. Bu idari kolluk faaliyetinin arama sayılmayacağı AVÖAY'nin 18/e bendinde belirtilmiştir. Kolluk kişilerden kimlik sorarken öncelikle kolluk olduğuna dair kendi kimliğini göstermelidir. Toplum açısından önemli bir tesis, resmi bir bina veya tehlike içinde olan bir başka nesne söz konusu olup da, bu tesise, binaya veya nesneye karşı suç işlenebileceğini gösteren somut belirlemeler var ise kolluk binanın içinde veya yakınlarında bulunan kimselerin kimliklerini sorabilir. Kolluk kimliğini ispatlayamayan kişiyi tutarak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar eder. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılıncaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır.(PVSK m.4/A-9). Bu yetki kolluğa kişiyi karakola götürme yetkisi de verir<sup>278</sup>. Kimlik bildirmeme hukukumuzda bir suç olarak sayılmıştır. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 16. maddesine göre kimliği konusunda doğru bilgi

<sup>278</sup> YENİSEY Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukukunda Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1993, s.180

vermeyenler ile bilgi vermekten çekinenler 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar<sup>279</sup>

AVÖAY'nin 18. maddesinde öngörülen hâkim kararı gerekmeyen diğer denetim halleri ise şunlardır

— 26/6/1973 tarihli ve 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanununda belirtilen yerlerin denetimi (AVÖAYm.18/f). Örneğin; 1774 sayılı yasanın 2. maddesine göre “ Otel, motel, han, pansiyon, bekâr odaları, kamp, kamping, tatil köyü ve benzeri her türlü, özel veya resmi konaklama yerleri ile özel sağlık müesseseleri, dinlenme ve huzur evleri, dini ve hayır kurumlarının sosyal tesislerinin sorumlu işleticileri, bu yerlerde ücretli veya ücretsiz, gündüz veya gece, yatacak yer gösterdikleri yerli veya yabancı herkesin kimlik ve geliş - ayrılış kayıtlarını, örneğine ve usulüne uygun şekilde günü gününe tutmak, genel kolluk örgütlerinin her an incelemelerine hazır bulundurmak, Devlet İstatistik Enstitüsüne, talebi halinde vermek zorundadırlar.”

— Motorlu araç trafik belgesi, motorlu araç tescil belgesi ve sürücü belgeleri ile 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre araçlarda bulunması gerekli eşyanın denetimi AVÖAY m. 18/g)

— Doğal ve yapay göller ile su üstü ulaşımına imkân veren akarsularda su üstü araçlarının ve denizlerde deniz araçlarının ruhsat ve belgelerinin, su üstü araç sahip ve kullananları ile gemi adamlarının ehliyetleri, belgeleri ve deniz mevzuatında yer alan diğer belgelerinin denetimi (AVÖAY m. 18/h). Kolluk bir trafik ihlali gördüğünde aracı durdurarak ehliyet ve ruhsatı incelemek isteyebilir. Plakanın sahte olduğundan şüphe duyduğu takdirde kolluğun durdurma yetkisi doğar<sup>280</sup>. Bu hallerde hâkim kararı gerekmeyecektir.

— Elektromanyetik aygıtlar ve dedektör köpekleri aracılığıyla yapılan tarama şeklindeki denetimler (AVÖAY m. 18/i). Rutin aramalar<sup>281</sup> çerçevesinde, bavulda uyuşturucu madde bulunup bulunmadığının tespiti için, aleni yerlerde bavulların özel yetiştirilmiş köpeklere koklatılması özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil

<sup>279</sup> Mülga 765 sayılı TCK'nin 528. maddesi ile kısmen bunu düzenleyen 343. maddesi

<sup>280</sup> GÜMÜŞAY, s. 90

<sup>281</sup> Kanımızca burada “arama” kelimesinin kullanılması çelişkiye sebep olmuştur. Zira sonrasında bu işleme denetim denmiştir. Anlatılan tabi ki denetlemedir. Bu nedenle tarama kelimesinin kullanılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.



etmediğinden arama sayılmaz<sup>282</sup>. Özellikle hava alanları ve sınırlarda gerçekleştirilen, ancak uygulanması sırasında kişilere yönelik fiziki müdahale içermediğinden özel hayata müdahale niteliği taşımayan, bu gibi yerlerde kişilerin güvenliğinin sağlamaya yönelik denetimler arama sayılmadığından hâkim kararı alınmasına gerek yoktur<sup>283</sup>

— 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 183 üncü maddesi kapsamında gürültü yapanların men edilmesi (AVÖAY m. 18/j).

— Hudut kapılarından giriş çıkış yapanların pasaport denetimleri (AVÖAY m. 18/k).

Yeri gelmişken okullarda disiplini sağlamaya yönelik öğrencilerin sırasında, çantasında, yatılı öğrencilerin dolaplarında yapılan araştırma faaliyetleri ile resmi dairelerde çalışan memurların göreve başlarken tabi olmayı kabul ettikleri kurallara uygun olarak yapılan denetimlerin idari denetleme mi, arama mı olduğundan bahsetmek gerekir.

Her derece öğrenim kurumlarında öğrencilerle ilgili olarak yapılan idari aramaların konusu genellikle bir disiplin eyleminin ortaya çıkarılmasına matuftur. Örneğin; öğrencilerin üzerinde sigara aranması. Bu hallerin idari denetim olduğu, arama olmadığı yürürlükten kaldırılan 25117 sayılı AVÖAY'nin 13/g bendinde belirtilmekteydi. Ancak mülga yönetmeliğin bu bendinin yasal bir dayanağı yoktu. Böyle bir yetki PVSK veya diğer bir yasa da belirtilmemişti. Hal böyle olunca yönetmelik Anayasanın 13. maddesine aykırı idi. Zira Anayasanın 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanacağını kabul etmiştir. Yeni 25832 sayılı AVÖAY bu hatadan dönerek bu yönde bir hüküm vazetmemiştir. Bilindiği gibi yönetmeliğin konu unsuru; kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamaktır. Yönetmeliğin sebep unsuru ise bir kanun ve/veya tüzük bulunmasıdır. Söz konusu 25117 sayılı AVÖAY konu ve sebep unsurları yönünden sakattı.

Yine 25117 sayılı AVÖAY'nin 13/h bendi resmi dairelerde görevlilerin göreve başlarken tabi olmayı kabul ettikleri kurallara uygun olarak yapılan denetimlerde hâkim kararı alınmasına gerek olmadığını belirtmekteydi. Örneğin; bir kamu görevlisinin, çalıştığı bürodaki masasının üstündeki sümende resmi evrakların

<sup>282</sup> YENİSEY, İfade, s. 25

<sup>283</sup> GÜMÜŞAY, s.90

bulunması kamu görevlisi olmanın gereğidir. Dolayısıyla daire amirinin teftişi sırasında kamu görevlisinin sümenini incelemesi teknik anlamda arama değildir. Burada da üst paragraftaki anlatımları tekrar ederek mülga yönetmeliğin bu düzenlemesinin yanlış olduğunu, yeni AVÖAY'ye alınmadığını belirtmekle yetinelim.

İdari denetimlerin icrası için bir zaman sınırı bulunmamaktadır. Gece veya gündüz yapılabilir. Denetlemenin icra edileceği yerin kamuya açık olup olmamasının, özel veya kamuya ait olup olmamasının önemi yoktur<sup>284</sup>.

Bir işlemin idari kontrol mü, önleme araması mı yoksa adli arama mı olduğunun tespiti çok önemlidir. Bunların her birisi benzer prosedüre tabi olduğundan doğru şekilde hareket etmek için ilk olarak yapılan işlemin mahiyetinin tam olarak tespiti gerekir. Bir suç işlendiği iddiası veya şüphesi üzerine işlem yapılacak ise bu bir adli aramadır, suç işlenmesinin önlenmesi amacı ile yapılacak ise önleme araması söz konusudur, yapılan işlem, işleme muhatap olan yerin mevzuat hükümlerine uygun olarak faaliyet gösterip göstermediği için ise yapılan işlem idari kontrol yani denetlemedir<sup>285</sup>.

## **6-Hâkim Kararı Olmaksızın Arama Yapılabilen Haller**

### **6.1.Tehlikeyi Önleme Tedbiri Niteliğindeki Aramalar**

Yakın somut bir hayati tehlikenin bulunması halinde bu tehlikenin önlenmesi için yapılması zorunlu olan aramalarda hâkim kararı veya yazılı arama emri aranmaz. Kolluğun mevcut bir tehlikeyi önlemek amacıyla konuta, yerleşim yerine hâkim kararı bulunmaksızın girme yetkisi istisnai hallerde ve zorunluluktan doğmuştur. Toplum için veya bireyler bakımından var olan bir hayati tehlikeyi önlemek amacıyla ya da kapalı yerlerden gelen imdat çağrılarını üzerine kolluk konuta girebilir. Bu tür bir önleme araması işlemini yapmak bakımından kolluk görevlisi, özel bir emir almaya muhtaç olmaksızın görevi uyarınca yetkilidir<sup>286</sup>.

Bu durumda zorunluluk (ıztırar<sup>287</sup>) halinin hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu kabul edilmelidir. Zorunluluk halinde bir kimsenin bilerek sebebiyet

<sup>284</sup> AYDIN, s. 126

<sup>285</sup> AYDIN, s. 127

<sup>286</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003, s. 763, 764

<sup>287</sup> Zorunluluk, Çaresizlik

vermediği bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma zorunluluğu karşısında suç teşkil eden ve tehlikeyi savuşturmaya yetecek ölçüde bir fiil işlenmesi mecburiyetini doğuran bir durum vardır<sup>288</sup>. Zorunluluk hali 765 sayılı TCK'nin 49/3. ve 5237 sayılı TCK'nin 25/2. maddesinde faile ceza verilmeyecek hal olarak düzenlenmiştir. Kolluk görevlisinin de bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden başkasını kurtarma zorunluluğu karşısında 5237 sayılı TCK'nin 119/1-e(765 sayılı TCK'nin 194/1) bendinde öngörülen kamu görevlisi tarafından konut dokunulmazlığını ihlal fiilini işleme tehlikeyi savuşturmaya yetecek ölçüde bir fiil olduğu takdirde hukuka uygun kabul edilecektir. ..

2559 sayılı PVSK'nin 20/1. maddesi ile kolluğun imdat istemesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya işlenmesine devam olunmasına engel olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebileceği öngörülmüştür. Burada artık zorunluluk halinin yanında hukuka uygunluk sebebi olan “kanun hükmünü icra”nın da bulunduğu kabul edilmelidir<sup>289</sup>. 5237 sayılı TCK'nin 24/1. maddesi ile mülga 765 sayılı TCK'nin 49/1. maddesi aynı yönde hükümler ihtiva ederek kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmeyeceğini belirtmişlerdir. Kanun hükmünü icra halinin bulunması için ödev yükleyen belirli bir kuralın varlığı yeterlidir, ayrıca kanun hükmü uyarınca hareket edilmesi hususunda faile bir emir verilmesine gerek yoktur<sup>290</sup>. PVSK'nin 20. maddesinde belirtilen kanun hükmünü icrası konusunda belirli şekilde hareket etme ödevi sadece kolluk görevlilerine verilmiştir. Bu durumda artık bu kural PVSK ile görevli kılınanlar açısından hukuka uygunluk sebebi olacaktır. Kolluk görevlileri dışındaki kimseler bu kanun hükmünü icra etmelerinden bahisle fiillerinin hukuka uygun olduğunu iddia edemezler<sup>291</sup>. Üçüncü kişiler için PVSK'nin 20. maddesi hukuka uygunluk sebebi değildir. Onlar için olsa olsa zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi sayılabilir.

## 6.2. Kolluğun Her Zaman Girilebileceği Yerlerde Yapılan Aramalar

<sup>288</sup> DÖNMEZER Sulhi - ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, İstanbul, 1999, s. 120,127.

<sup>289</sup> GÜMÜŞAY, s. 91

<sup>290</sup> DÖNMEZER - ERMAN, C.II, s. 83,84

<sup>291</sup> GÜMÜŞAY, s.92

Kolluğun her zaman denetleyebileceği ve doğrudan doğruya girebileceği yerler bulunmaktadır. Her kişinin gece girebileceği yerler, suç mahsulü eşyanın gizlendiği yerler, sabıkalıların bir araya geldiği mekanlar, gizli kumar oynatılan yerler, kollukça bilinen yerler veya o anda aranmadığı takdirde suç delilinin kaybolacağı veya suçlunun kaçabileceği yerlere kolluk her zaman hakim kararı olmadan ve yazılı emir olmadan girebilir. Bu tür bir yetkiyi kullanan kolluk nereye, ne zaman, neden girdiğini belirten bir tutanak tanzim etmelidir<sup>292</sup>.

PVSK'nin 7. maddesine göre; 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 kıraathane; 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

Sabit veya seyyar olarak kullanılan kara, deniz, hava ve her çeşit taşıma araçlarında, yukarıda belirtilen faaliyetlerin icrası durumunda, bu yerler de umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır.

### **6.3. Arama Yönetmeliğinde Öngörülen İstisnalar**

AVÖAY'nin "hâkimden önleme araması kararı alınması gerekmeyen haller" başlıklı 25. maddesinde önleme araması yapılabilmesi için hâkim kararı alınması gerekmeyen altı hal düzenlenmiştir.

Maddeye göre aşağıdaki hâllerde yapılacak aramalarda ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmez:

a) Devletçe kamu hizmetine özgülünmüş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,

b) 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ek 1 inci maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray

<sup>292</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003, s.764

cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında,

c) 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanununun 11 inci maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında,

d) 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3 üncü maddesi kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasi parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, işyerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında,

e) Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında,

f) 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanunun 79 uncu maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında.

Maddede belirtilen koşullarla ve kapsama bağlı kalınmak kaydıyla önleme araması kararı alınması gerekmeyen haller düzenlenmiştir<sup>293</sup>.

Madde devamla umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontrollerin, buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlı olduğunu, kontrol edilmeyi kabul etmeyenlerin, bu gibi yerlere giremeyeceğini, böyle yerlerde esasında kontrolün özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirileceğini, ancak, bu yerlerin ve katılanların taşıyabilecekleri özel niteliklere göre, önleme aramalarının kolluk güçleri tarafından da yapılabileceğini belirtmektedir.

Benzer bir düzenleme 25117 sayılı yürürlükten kaldırılan AVÖAY'nin 18. maddesinde yedi hal olarak düzenlenmişti. Mevcut hallerden farklı olarak 18/c. Bendinde "Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunun 9 uncu maddesi kapsamında, dükkan, mağaza, ticaret ve alışveriş yapılan özel evler, depo, ambar, antrepo, han, otel, pansiyon, sinema, tiyatro, gazino, kahvehane, bar, dansing ve

---

<sup>293</sup> GÜMÜŞAY, s.93

bunlara benzer yerler ve eklentilerinde, umuma açık oldukları müddetçe ve umuma açık yerlerinde yapılacak aramalar” halin de de önleme araması için hakim kararına gerek olmadığını öngörmekteydi.

Anayasamızın 20. maddesi aramalarda istisnasız hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emrinin bulunması şartını aramaktadır. AVÖAY'nin 25. maddesi hâkim kararı veya yazılı emir şartının gerek olmadığı önleme araması hallerini düzenlediğinden kanaatimizce anayasaya aykırıdır.

#### 6.4. Rızaya Dayanan Arama

Özgür iradeye dayalı ve hukuken aydınlatılmış bir iradenin ürünü olan rıza hukuken ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebeptir. 5237 sayılı TCK'nin 26/2. maddesi “ ilgilinin rızası” açıkça düzenlenmiştir<sup>294</sup>. Düzenleme “ Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” şeklinde ifade edilmiştir. 765 sayılı TCK'de ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemiştir. Ancak kanun koyucu bazı suçlarda rıza bulunmamasına yer vererek, rızanın varlığı halinde suçun oluşmayacağını belirtmiştir. Örneğin; hırsızlık suçunun oluşması için taşınabilir bir malın rıza bulunmaksızın alınması gerekir(765 sayılı TCK m.491/1)<sup>295</sup>.

İlgilinin rızasının hukuki temelleri konusunda haktan feragat teorisi, hukuk politikası teorisi ve hukuki işlem teorisi gibi değişik görüşler ileri sürülmüştür<sup>296</sup>. Feragat teorisi kısaca; bazı hallerde hukuk düzeninin haklardan feragat edilmesine izin vermesine dayanır<sup>297</sup>.

İlgilinin rızası, ceza hukuku bakımından kişinin üzerinde tasarruf edebilme hakkına sahip olduğu hukuki yararlarına yapılan müdahalelere izin verdiği ve bu sebeple eylemdeki hukuka aykırılığın ortadan kalktığı bir irade beyanıdır. Kişi sadece mutlak olarak tasarrufuna bırakılan haklar üzerinde rıza gösterebilir. Bu sebeple her şey rızaya konu olamaz ve rızaya konu olabilecek hususlar sınırsız değil, sınırlıdır. Örneğin, devletin haklarını ihlal eden suçlarda bireyin rızasının bir anlamı yoktur. Bu

<sup>294</sup> **BAKICI Sedat**, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.513 vd.

<sup>295</sup> **CENTEL Nur**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2002, s.255

<sup>296</sup> **DÖNMEZER - ERMAN**, C.II, s.63

<sup>297</sup> **GÜMÜŞAY**, s.94

açından iftira gibi adliyeeye karşı işlenen suçlarda mağdurun rızasının olmasının bir önemi yoktur. Bu durumda suç oluşacaktır. Rıza da fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Ancak, özellikle mülkiyet ve zilyetlik hakkına dayanan suçlar ile vücut bütünlüğüne yönelik işlenen suçlardan basit yaralama, bazı cinsel özgürlük kapsamına giren fiiller ilgilinin rızası kapsamına girebilecek konulara örnek gösterilebilir. Bu durumda, ilgilinin rızası sebebiyle, failin fiili hukuka uygun hale gelir<sup>298</sup>.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 23. maddesi “ Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz” hükmünü getirmiştir. Maddenin de belirttiği gibi rızanın konusu ahlaka ve adaba aykırı olmamalıdır. Bu nedenle, bir kimsenin kişiliğini hiçe indirecek şekilde hakaret edilmesi, kişi buna rıza gösterse dahi geçerli olmaz<sup>299</sup>.

Yine, Türk Medeni Kanununun savunma hakkı başlıklı 981. maddesine göre, zilyet rızası dışında elinden alınan taşınır şeyini, eylem sırasında veya kaçarken, alan kişinin elinden alarak zilyetliğini koruma hakkına sahiptir. Örneğin; yolda yürüyen bir kişinin, arka cebinden cüzdanını çalan hırsız kovalayıp yakaladıktan sonra cüzdanını bulup almak amacıyla hırsızın ceplerine eline sokup cüzdanını araması için hâkim kararı gerekmemektedir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken, bu yetkinin suçüstü hallerinde söz konusu olduğu, yani eylem sırasında veya hırsız kaçarken olması gerektiğidir. Ayrıca, zilyet, durumun haklı göstermediği kuvvet kullanmaktan kaçınmakla, saldırıya orantılı savunmada bulunmakla yükümlüdür<sup>300</sup>.

Rıza ile arama ise kısaca; bir suç işlediğinden şüphelenen ve arama yapma gereği duyan kolluk görevlisinin, şüphelendiği kişiye soru sorup diyaloga geçmek suretiyle, aranmaya muvafakat etmesini istemesi; aranmaya maruz kalan kişinin de, aranmaya izin vermesidir.

<sup>298</sup> **MERAN Necati**, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası”, Adalet Dergisi, Yıl: 97, Ocak 2006, Sayı: 24, s. 93, 97.

<sup>299</sup> **ÖZGENÇ**, s.389

<sup>300</sup> **MERAN**, s.89

Hukukumuzda rızaya dayanan arama, mülga 25117 sayılı AVÖAY'nin 9. maddesi ile girmiştir. Söz konusu madde 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<sup>301</sup>. Anılan daire 28.6.2005 gün ve 2003/3396 E, 2005/3802 K. sayılı kararı ile dava konusu yönetmeliğin 01.06.2005 günlü Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 25832 sayılı AVÖAY'nin 34.maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından dava konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir<sup>302</sup>.

Rızaya dayanan arama mülga AVÖAY'nin 9. maddesi ile ilk olarak düzenlediğinden yönetmelik çıkarıldığında yürürlükte bulunan CMUK ve PVSK bu yönde bir hüküm bulunmaması kanuni idare ilkesine ters bir durumun ortaya çıktığını akıllara getirmektedir. Zira ilke Anayasanın 123. maddesinde yer alan “idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmüne dayanmaktadır. Kanuni idare ilkesi en geniş anlamıyla idareye ve faaliyetlerine kanunun egemen olmasını salıklar<sup>303</sup>. İlke uyarınca idare önceden kanunla düzenlenmemiş alanlarda kural olarak düzenleme yapamaz. Bunun yanında idarenin faaliyetlerini kanuna dayandırması yetmez. İdarenin yürürlükte olan yasalara gerçek anlamda uyması, saygı duyması gerekir. Yasaları şeklen uygular görünmek, hukuka aykırı yönetimin bir örneğini teşkil eder<sup>304</sup>. Dolayısıyla anayasa ve kanunlarda düzenlenmeyen rıza ile arama kurumunun yönetmelikle düzenlenmesi hukuk devleti gereklerine uygunluk açısından sorunlar doğuracak niteliktedir<sup>305</sup>. Nitekim aşağıda anlatılacağı gibi bu sorunlar doğmuş ve Yönetmeliğin ilgili maddesi iptal davasına konu olmuştur.

Hukuka uygunluk sebebi olarak rıza 765 sayılı TCK'de düzenlenmemiştir. Rızaya dayalı arama ise ne 1412 sayılı CMUK'de ne de 5271 sayılı CMK'de düzenlenmemiştir. Ancak 5237 sayılı TCK'nin 26. maddesine dayanılarak 25832 sayılı AVÖAY'nin adli aramalarda hâkim kararı aranmayacak hallerini düzenleyen

<sup>301</sup> KUNTER – YENİSEY - NUHOĞLU, s. 944

<sup>302</sup> EROL Haydar, Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması Ve Uygulaması, Ankara, 2006, s. 234

<sup>303</sup> GÜNDAY, 2003, s. 81, 82

<sup>304</sup> GÖZÜBÜYÜK, Türkiyenin, s.13

<sup>305</sup> GÜMÜŞAY, s.96



8/f maddesinde ilgilinin rızası da sayılmıştı. Bu düzenlemeyi hâkim kararı olmadan arama yapılabilecek hallerden sayanlar vardı<sup>306</sup>. Aksini yöndeki görüş herhangi bir şekilde rızanın sağlanıp, yasal koşulların dolanılmaya çalışılacağını ve bu durumun adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturabileceğinden bahisle şüpheli veya sanık açısından rıza ile arama yapılmasını isabetli görmemekte, mağdur için rıza ile aramayı kabul etmektedir<sup>307</sup>. Bir diğer görüşe göre ise, rıza ile arama müessesesi, Anayasanın 20. maddesinde belirtilen istisna kabul etmeyen yazılılık şartına aykırıdır. Bu nedenle yönetmelikle getirilen bu kurumun uygulanma imkânı yoktur<sup>308</sup>. Danıştay 10.Dairesinin 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı ile: "...ilgilinin rızası..." ibaresi iptal edilmiştir. Kararın gerekçesinde, Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "Özel Hayatın Gizliliği ve Konut Dokunulmazlığı" hakkı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde ilgilinin rızasına yer verilmemiştir. Gerek Anayasa'nın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada 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 belirtilmiştir.

Gerekçe de devamla " 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" müessesesinin bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği, bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "ilgilinin rızası" ibaresinde hukuka uyarlık bulunmadığı" da belirtilmiştir<sup>309</sup>." Danıştay'ın bu kararından sonra, artık rızaya dayalı arama yapmak hukuka aykırıdır<sup>310</sup>.

<sup>306</sup> KUNTER – YENİSEY - NUHOĞLU, s. 944

<sup>307</sup> HAKERİ- ÜNVER, Temel, s.198

<sup>308</sup> ŞAHİN Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku -I, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 245

<sup>309</sup> AYDIN, s.221

<sup>310</sup> ERDAGÖZ, s.145

Danıştay'ın bu yaklaşımı, rızanın serbest irade dışında alınabileceği ihtimalinden doğmuştur. Ülkemizde, kolluğun geçmişteki davranışları ve alışkanlıkları vatandaş karşısında ki üstün konumu, aralarında eşit bir ilişkinin olmayışı ve genel manada vatandaşların, devlet karşısında doğmakla sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri tam olarak idrak edememiş oldukları düşünüldüğünde, bu yaklaşımın yanlış olduğunu ileri sürmek pekte mümkün değildir. Temel sorun, ülkemizde kolluğun elde edeceği rızanın serbest iradeye dayanmayacağı ön görüşüdür. Ülkemizde liberal düşüncenin yeterince oturmamış olması, buna bağlı olarak kişilerin özgür iradelerine daha az saygı duyulduğu maalesef bir gerçektir. Yine kolluğun çokça karşılaştığı grubu oluşturan, toplumun belirli bir seviyesinin altındaki kişilerin, özgür iradenin anlamını tam olarak bilmedikleri düşünüldüğünde, kolluk ve vatandaşın arama konusunda karşı karşıya geldiğinde kimin iradesinin üstün olacağını tahmin etmek zor değildir. Bu şartlarda kişinin serbest iradesinin tecelli edeceğinden söz edilemez<sup>311</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta arama öncesinde, "aratmama hakkı" kendisine bildirilerek ve baskı yapılmadan alınan rızanın, hâkim kararını gereksiz kıldığı konusunda ittifak vardır. Mukayeseli hukuka göre hukuk düzenince 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<sup>312</sup>. 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 eleştirilmiştir<sup>313</sup>. Yine İngiliz hukukunda yapılan arama işlemlerinin kollukça

<sup>311</sup> ERYILMAZ, s.190,191

<sup>312</sup> SCHNECKLOTH v. Bustamonte 1973 (Aktaran; KUNTER – YENİSEY - NUHOĞLU, s. 945)

<sup>313</sup> ERYILMAZ, s. 232-233.

kayıtlara geçirilmesi zorunluluktur. Bu kayıtların, aramaya maruz kalan kişinin kimliğini, aramanın amacını, aramayı haklı kılan sebepleri, aramanın tarih, saat ve yerini, aramayı yapan kolluk görevlisinin kimliğini, arama sonrasında ele geçen bir suç unsurunun olup olmadığını ve arama sırasında bir zarar meydana gelip gelmediğini kapsaması gerekir<sup>314</sup>. Bu kayıtlar sayesinde aramaya rıza gösteren muhatap, aramanın hukukiliğini yargıya taşıyabilecektir. Ayrıca, tutulan kayıtların üst rütbeli kolluk görevlilerince incelemesi mümkün olacak; bu da aramayı yapan kolluk görevlilerinin kurallara uyma hassasiyetini arttıracaktır<sup>315</sup>.

Diğer bakımdan, Danıştay'ın kararına rağmen TCK'nin 26/2. maddesinin varlığı karşısında, "ilgilinin rızasıyla arama" yapılmasının hukuka uygun olacağı da öne sürülebilir. Bunun nedeni de, TCK'nin 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 müdahaledir<sup>316</sup>. Şu halde, kişinin özel hayatına girilmesine rıza göstermesi de üzerinde tasarruf edebileceği haklardandır. Suç şüphesi altında kalmak istemeyen veya bu konuda kolluğa yardım etmek isteyen kişinin, bu konuda serbest iradesiyle sunacağı rızasını kabul etmemek hukukun genel ilkelerine uygun olmayan bir tutum olacaktır<sup>317</sup>. ...

Bu durumda rızaya dayalı yapılacak aramada önemli olan husus, rıza iradesinin serbestçe ortaya konup konmadığı sorunudur<sup>318</sup>. Rıza alınmadan önce muhatap tam olarak aydınlatılmalıdır. Verilen rızanın geçerli olup olmadığı bakımından şu noktalar önem kazanır: Şüphelinin eğitim ve zeka durumu

- 1-Akıl hastası veya sarhoş olup olmadığı;
- 2- Rızasını açıkladığı sırada yakalanmış olup olmadığı;
- 3-Yakalanma esnasında hakkında yasal olarak zor kullanılmış olup olmadığı veya ellerine kelepçe takılıp takılmadığı;

<sup>314</sup> ERYILMAZ, s. 135

<sup>315</sup> ERYILMAZ, s. 137

<sup>316</sup> ÖZGENÇ, s. 388.

<sup>317</sup> ATASOY, s. 95.

<sup>318</sup> ÇOKMUTLU, s. 89

4- Rutin üst araması sırasında üzerinde bulunan anahtarların daha sonra evin aramasında kullanılıp kullanılmadığı;

5- Evinde arama yapılmasına rıza gösterirken tereddüt edip etmediği.

Yukarıda sayılan bu hususlar göz önünde tutularak aramaya muhatap olan kişinin verdiği rızanın hukuken değer verilip verilemeyeceği olay hâkimi tarafından değerlendirilmelidir<sup>319</sup>.

Şüphelinin kendiliğinden kolluğa gelerek suç delillerini teslim etmesi halinde ya da delilleri kolluğun bulabilmesi için nerede sakladığını açıkça tarif etmesi halinde ne olacaktır. Bizce bu husus rıza ile aramadan farklı nitelik taşımaktadır<sup>320</sup>. Bu durum yani şüphelinin kendiliğinden kolluğa gelerek delilleri teslim etmesi ya da bulunması için tarif etmesi kanun tarafından da ödüllendirilmiştir.(TCK. m. 168). Kendiliğinden kolluğa başvuran şüphelinin davet ettiği eve, ahıra, eklentiye veya başka bir yere giden kolluk görevlilerinin, yaptığı işlem arama tedbiri kapsamında gerçekleştirilen bir faaliyet değildir. Şüpheli üzerinde tasarruf hakkına sahip olduğu özel hayatını diğer kişilere kendiliğinden açtığı için, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale de söz konusu değildir. Bu nedenle, rıza ile aramanın söz konusu olması için, arama talebinin kolluk görevlisinden gelmesi gerekir<sup>321</sup>.

Rıza ile arama ile ilgili olarak bir sonuca ulaşmaya çalışırsak; temel hak ve hürriyetleri doğrudan ilgilendiren rıza ile adli arama konusunda CMK'de önleme araması konusunda PVSK'de bir düzenleme yapılmalıdır. Bir yandan da toplumumuz, özellikle varoş ve kırsal bölge insanı hak ve özgürlükleri konusunda bilinçlendirilmelidir. Ülkemizde kolluk kuvvetlerinin hukuka uygun davranmama ihtimallerinin yüksek olduğuna matuf eleştiriler, Avrupa Birliğine uyum süreci çerçevesinde yapılan hukuki değişiklikler ve verilen hizmet içi eğitimler sonucu son yıllarda kolluğun insan haklarına daha duyarlı hale geldiği gerçeğini de gözden uzak tutmamak gerekir<sup>322</sup>. Ancak biz mevcut kolluğun çeşitli nedenlerle istenilen manada evrilemeyeceğini düşünüyoruz. Çalışmamızın çoğu yerinde de belirttiğimiz ve belirteceğimiz gibi bağımsız, daha doğrusu adli, idari, disiplini ve tüm yönleriyle C. savcısına bağlı adli kolluk teşkilatının hayata geçirilmesidir. Zira taşıma su ile değirmenin dönmeyeceği, çok başlılıkta uzmanlaşma

<sup>319</sup> YENİSEY, İfade , s. 49-50.

<sup>320</sup> Aynı yönde görüş için bkz: ERDAGÖZ, s.147

<sup>321</sup> AKSOY, s.93,94

<sup>322</sup> ERDAGÖZ, s.147

olmayacağı açıktır. Hayalini kurduğumuz adli kolluk rıza ile arama kurumunu da insan hakları ihlalleri yapmadan en iyi şekilde uygulayacaktır.

Yeri gelmişken adli kolluğun C. savcısına bağlı olması gerektiğini geçmişimizden bir örnek ile pekiştirmeye ve ayrı bir adli kolluk kurulması yönündeki haklılığımızı ortaya koymaya çalışalım. Bilindiği gibi Osmanlı Devletinde kadılık sistemi vardı. Yargılamanın temsilcisi kadı idi. Şehir kadıları suçlara ilişkin araştırma yaparken “böcekbaşı ve böcekler” den yardım alıyordu. Böcekbaşı kadıya bağlı çalışıyor, böcekler ise böcekbaşı'na bağlı hareket ediyordu. Böcekbaşı eski suçlulardan tövbe etmiş, güvenilir birisi idi. Böcekler ise yine eski suçlulardan tövbe eden, güvenilir erkek ve bayan kişiler idi. Bunlar tebdili kıyafetle halk arasında gezer sorup soruşturur, gerçekleri araştırır ve kadıya bildirirlerdi. Böcekbaşının resmi bir kıyafeti de vardı<sup>323</sup>.

### **7-Önleme Aramasının Yapılabileceği Yerler**

Önleme aramasının amaç şartı gerçekleştikten sonra bakılacak diğer şart yer şartıdır. Önleme araması her yerde yapılabilecek bir arama çeşidi değildir<sup>324</sup>. Önleme aramasının yapılabileceği yerler PYSK'nin 9. AVÖAY'nin 19. maddelerinde gösterilmiştir. Yine yürürlükten kaldırılan AVÖAY'nin 14. maddesi de önleme araması yapılabilecek yerleri düzenlemiştir.

PYSK'nin 9/4. maddesine göre önleme araması yapılabilecek haller:

- 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.
- ç) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında.

<sup>323</sup> NTV Tarih Dergisi (Necdet SAKAOĞLU), 13. Sayı (Şubat 2010), Osmanlı Dedektifi, s.92,

<sup>324</sup> AYDIN, s.91 (yazara göre önleme aramasının şartları; amaç, yer, makul şüphe sebebinin bulunması, önleme araması kararının bulunmasıdır. Hemen belirtelim ki “makul şüphe sebebinin bulunması” şartına katılmıyoruz. Önleme aramasında olsa olsa “makul sebep olabilir”. Bu nedenle şartın “makul sebebin bulunması” olarak değiştirilmesi kanaatindeyiz)

d)Umumî veya umuma açık yerlerde.

e) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda. 25832 sayılı yürürlükte olan AVÖAY'nin 19. maddesinde PVSK'nin 9. maddesinden farklı olarak şu yerlerde de önleme araması yapılabilir:

f) ... veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde,

g) Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında,

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

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

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

25832 sayılı yürürlükte olan AVÖAY'nin 19. maddesinde son sayılan (h,i,j) üç yerde önleme araması yapılacağı mülga 25117 sayılı AVÖAY'de de düzenlenmemiştir.

Meri yönetmeliğin PVSK'nin 02.06.2007 tarih 5681 sayılı yasa ile değişik halinde bulunmayan öğrenci yurtları ve eklentileri, yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışları ve yukarıda sayılan h,i ve j bentlerinde belirtilen yerlerde önleme araması yapılabileceğine ilişkin düzenleme PVSK'nin hükmüne aykırı olduğundan artık uygulanmamalıdır.

Öğrenci yurtları ve eklentilerinin girişlerinde AVÖAY'nin 25/a. bendinde belirtilen kamuya ait binalara ilişkin arama hükümleri, yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında ise PVSK'nin 9/4-d bendinde belirtilen umuma açık yerler kavramı çerçevesinde önleme araması yapılabilecektir. Artık öğrenci yurtlarının içinde, öğrencilerin odalarında ve dolaplarında önleme araması yapılamayacaktır. Bu gibi yerlerde şartları oluşmuş ise adli arama yapılacaktır<sup>325</sup>. Zira öğrenci yurtlarının bizce konut olarak kabul edilmesi gerekir.

---

<sup>325</sup> AYDIN, s. 92

AVÖAY'nin 19/2-h bendinde belirtilen hal 20. maddesinde de düzenlenmiştir. Fakat 4926 sayılı yasayı mülga eden 5607 sayılı KMK önleme araması açısından özel bir düzenleme getirmemiştir. PVSK'de ve 5607 sayılı KMK'de düzenlenmediği için AVÖAY'nin bu hükmü uygulanamaz bir hüküm olmuştur. Yine AVÖAY'nin 19/2-i bendinde sayılan 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanununun “müsabakanın güvenliği” başlıklı 6. maddesi çerçevesinde icra edilen karşılaşmanın yapılacağı spor alanının çevresinde, spor salonu, stadyum veya turnike girişinde, 5253 sayılı Dernekler Kanununun “kolluk kuvvetlerinin yetkisi” başlıklı 20. maddesi kapsamında derneklerde ya da eklentilerinde yapılacak önleme aramaları AVÖAY'ye göre değil ilgili 5149 ve 5253 sayılı yasalara dayanılarak yapılmalı ve bu kanun hükümleri uygulanmalıdır.

Yukarıda önleme aramalarının her yerde yapılamayacağını belirlemiştik. Gerek PVSK'nin 9/5. gerekse AVÖAY'nin 19/3. maddelerinde “Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz<sup>326</sup>” kuralı getirilmiştir. Diğer tüm şartlar oluşsa dahi konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan iş yerleri ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz. Bu hükümden kamuya açık işyerlerinde önleme araması yapılabileceği sonucuna ulaşılabilir. Düzenleme önleme aramasının kapsamını daraltıyor gibi görünse de önleme aramasının amacı bakımından özel hayata ilişkin yerlerin aranması doğru değildir. Sözü ettiğimiz hüküm kanun hükmünü daraltmaktan çok insan haklarının daha sağlam şekilde teminat altına alınmasını amaçlamaktadır<sup>327</sup>. Önleme aramasının suçu ve uzak bir tehlikenin önlenmesine yönelik bir tehlike tedbiri olduğu göz önüne alındığında<sup>328</sup> kamuya açık olmayan yerlerdeki özel hayatın gizliliğine yönelik beklentinin daha fazla olacağı dikkate alınarak, bu alanlarda önleme araması yapılmamasına ilişkin düzenlemenin müspet olduğu söylenebilir.

Bu anlatılanlardan sonra kişinin evinde, yazlığında, bağ evinde, bunların eklentilerinde, bahçesinde, eklenti olan hayvan barınaklarında, kamuya açık olmayan iş

<sup>326</sup> Aynı yöndeki düzenleme için bkz: Mülga AVÖAY'nin 14/son fıkrası “Suçu önleme maksadıyla konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde arama yapılamaz” şeklindedir.

<sup>327</sup> GÜMÜŞAY, s.99

<sup>328</sup> CİHAN - YENİSEY, 1997, s.160,161

yerlerinde, fabrikada, doktorların muayenehanesinde, avukat ve muhasebe bürolarında suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla arama yapılamayacağını belirtebiliriz.<sup>329</sup>

### 8-Önleme Aramasının İcrası

Her şeyden önce önleme aramasının icrası için usulüne uygun alınmış bir arama kararı ya da emri bulunmalıdır.

Önleme araması da adli arama gibi yerine getirilir. Ancak işin niteliği nedeniyle bir takım farklılıklar gösterir<sup>330</sup>.

Arama kararının ya da emrinin alınmasından sonra arama hemen icra edilmelidir. Arada geçecek süre, makul şüphe ve sebebin kaybolması anlamına gelebilir. Bu süre her olaya göre değişecektir<sup>331</sup>.

Arama karar veya emrini verenler, aramayı bizzat yapabilecekleri gibi kolluk güçlerine de yaptırabilirler. Hâkim arama yaparken veya hâkim huzurunda arama yapılırken zabıt kâtibi de hazır bulunacaktır. Önleme araması ister hâkim isterse mülki amirin yazılı emrine dayalı olarak yapılsın kararı veren hâkim ya da emri veren mülki amir aramanın icrası sırasında hazır bulunmak zorunda değildir. Önleme aramalarında Cumhuriyet Savcısının görev ve yetkisi bulunmadığından bu aramada C. savcısının hazır bulunması söz konusu değildir. Nihayetinde önleme araması idari bir işlem olduğundan idarenin görevlileri olan kolluk güçleri tarafından icra edilir<sup>332</sup>.

Arama yetkisi dikkatli bir şekilde kullanılmalıdır. Kolluk aramayı haklı kılacak sebeplere ulaşmak ümidi ile kimseyi isteği dışında durdurup özgürlüğünü kısıtlamayacağı gibi, özgürlüğü kısıtlanan kişilere durdurduğu sırada sorduğu sorularla durdurma ve aramayı haklı kılacak geriye dönük sebepler bulma yoluna gidemez. Suçun önlenmesi ve suçluların yakalanması için durdurulan kişi kolluk görevlilerine yardım etme noktasında ahlaki bir yükümlülük altında ise de, hukuki bir yükümlülük altında olmadığından kendisine sorulan sorulara cevap vermeyi reddetmesi kolluğun görevini yapmasına engelleme olarak sayılmaz<sup>333</sup>.

<sup>329</sup> AYDIN, s.91

<sup>330</sup> AYDIN, s.100

<sup>331</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003, s.785,786

<sup>332</sup> AYDIN, s.100

<sup>333</sup> ERYILMAZ, s. 176



Adli arama makul şüphe, önleme araması makul sebep üzerine yapılmaktadır. Toplumun mevcut tehlikeden korunmasının hedeflendiği önleme aramasında, aramaya tabi kişilerin hepsi aranır. Herkesin aranması mümkün değilse sondaj usulünde olduğu gibi objektif kriterlere dayanılarak arama yapılmalıdır<sup>334</sup>.

Önleme aramasında da aramayı yerine getiren kolluk güçleri, aramanın yerine getirilmesi için gerekli bütün önlemleri almaya ve işlemleri yapmaya yetkilidir. Bu bakımdan kişileri ve araçları durdurmaya, kişilerin üzerini ve araçlarını aramaya, aramanın yerine getirilmesine mukavemette bulunanlara karşı orantılı güç kullanmaya yetkilidir.

Aramaya başlanmadan önce kolluk gücü, aramaya muhatap olan kişiye kendisini tanıtmalı, resmi kimliğini göstermeli, aramanın dayanağı olan hâkim kararından veya mülki amirin yazılı emrinden bahsetmeli, muhatap tarafından istenirse gösterilmeli, muhatabın okumasını sağlamalıdır.

Arama yapılırken insanlık dışı bir davranışta bulunulmaması gerekmele birlikte, kolluk üstünlüğü elden bırakmamalıdır. Bu bakımdan ilke olarak, kalabalık içerisinde arama yapılmamalı, kolluk görevlisi aramayı tek başına değil ekip olarak yapmalı, üzeri aranan kişinin konuşmasına, arkaya bakmasına, dönmesine, kollarını hareket ettirmesine meydan verilmemelidir<sup>335</sup>.

Şahısların üzerinde yapılan arama iki aşamalıdır. Tedbir niteliğinde bir arama yapıldıktan sonra kesin aramaya geçilir. Aramayı yapan kolluk görevlisi önce kendisine yönelebilecek olan tehlikeyi bertaraf etmelidir<sup>336</sup>. Tedbir niteliğindeki aramada üç yöntem vardır bunlar; duvar yöntemi, çökme yöntemi ve yere yatırma yöntemidir.

En çok kullanılan yöntem **duvar yöntemi**dir. Genelde polisler şehir merkezinde bu yöntemi kullanır<sup>337</sup>. Duvar yönteminde üstü aranacak kişiye duvar yaklaşması, kollarını baş hizasından yukarıda iki yana açarak duvara dayanması ve el parmaklarını açması söylenir. Üstü aranacak kişinin ayakları geriye doğru birbirinden mümkün olduğu kadar uzaklaştırılır. Bundan amaç duvara dayanmadıkça

<sup>334</sup> GÜMÜŞAY, s.100

<sup>335</sup> KUNTER - YENİSEY, 2003, s.767

<sup>336</sup> YENİSEY, Hazırlık, s.165, 166

<sup>337</sup> BOZER R.Turgay, Önleme Araması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2001

dengeğini sağlayamayıp, g¼c¼n¼ zayıflatıp dengeğini sarsmaktır. Arama yapan kolluk g¼revlisi bir ayağını aranacak kişinin ayağının ¼zerine koyar, bir eliyle tabancasını beline yapıştırarak tutar, diğer eliyle aramayı yapar<sup>338</sup>.

**Ç¼kme(diz ç¼kme) y¼ntemi** aranacak kişinin dayanmasına, yaslanmasına elverir, duvar, araba gibi bir yer olmadığı zaman başvurulur. Bu y¼ntemde aranacak kişiler aranacağı yere alınır, aranacak kişi yere diz ç¼kt¼r¼l¼r ve bir ayağını diğerinin ¼zerine arkada atar, aramayı yapacak kolluk g¼revlisi bir ayağını ř¼phelinin ¼stteki ayağının ¼zerine koyar ve eliyle kemerinden yakasından kavrar ve aramayı icra eder<sup>339</sup>. Aranacak birden fazla kişi var ise aralarında konuşmaya kesinlikle izin verilmemelidir<sup>340</sup>.

**Yere yatırma y¼nteminde(y¼z ¼st¼ yatırma y¼ntemi)** ise aranacak kişi y¼z¼koyun yatırılır, eller ense ¼zerinden birleştirilir ya da eller arkada kelepçelenir, arama icra edilir, kişi ters d¼nd¼r¼l¼rek aynı işlem yinelenir<sup>341</sup>.

Anlaşıldığı gibi bu y¼ntemlerle yapılan aramalar kaba aramadır. Amaç aranan kişiyi silahtan veya patlatıcı maddeden uzak tutmaktır. Bundan sonra kesin aramaya geçilir. Kesin arama hizmet yerlerinde(karakol ya da polis merkezinde) yapılır. ř¼pheli durumlarda yapılan kimlik kontrollerinde ř¼pheli kişilerin bulunduğu çevrede bu kişilerin yandaşlarının da bulunabileceği d¼ř¼n¼l¼rek ¼nce çevre g¼venliđi sağlanmalı, kimlik kontrol¼nden ¼nce silah araması yapılmalıdır. şayet çanta, c¼zdan ve benzeri eşyalar aranacaksa kişilerin g¼z¼ ¼n¼nde aranmalıdır<sup>342</sup>.

**Kelepçe takma(takılması)** d¼rd¼nc¼ y¼ntem olarak ta sayılabilir. 01.06.2005 tarih 25832 sayılı Resmi Gazetede yayınlanıp y¼r¼rl¼đe giren Yakalama, G¼zaltına Alma ve İfade Alma Y¼netmeliđinin 7. maddesi kolluğa kelepçe takma yetkisi vermiştir. Maddeye g¼re yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden b¼t¼nl¼kleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı h¼llerinde kelepçe takılabilir. Aynı y¼netmeliđin 19/b-10 bendi uyarınca ¼ocuklara kelepçe takılamaz. Kelepçe ‘geniş anlamda sanığa’ sağ elini arkaya uzatması s¼ylenir. Kolluk g¼revlisi tek eliyle sanığın bir elinin kelepçesini takar, kişinin başını duvara

<sup>338</sup> **TURAN Belgin**, Polisin Arama Yetkisi, T¼rk İdare Dergisi, Sayı 417, İç İşleri Yayınları, Ankara 1999,s.23,25

<sup>339</sup> **TURAN**, s.28

<sup>340</sup> **BOZER**, s.86

<sup>341</sup> **TURAN**, s.29,30

<sup>342</sup> **BOZER**, s.86,87

dayaması emredilir ve sol eli arkaya getirilir. Bu sırada kolluk görevlisi silahını kılıfına koyar ve iki eliyle diğer elin kelepçesini takar. Bu sırada kelepçe takılanın dengesiz durumda tutulmasına dikkat edilmeli, üzerinde arama yapılacak olan kişi her şeyden önce tesirsiz hale getirilmelidir. Arama yapılırken kişinin daha ağır bir suçun ‘geniş anlamda sanığı’ olabileceği daima gözden uzak tutulmamalıdır. Kelepçeye ancak ağır suçlarda ve kaçma ile kaçma şüphesi bulunan durumlarda başvurulmalıdır<sup>343</sup>.

Bu yöntemlerden hangisinin uygun olduğu ve uygulanacağı aranacak kişi, yer ve zamana göre arayan kolluk görevlisi tarafından tayin ve takdir edilecektir<sup>344</sup>.

Aranacak kişinin aynı cinsten kişilerce<sup>345</sup> aranması kabul edilmiştir. Vücut veya hayat bakımından yakın bir tehlike mevcut bulunduğu anda, bu tehlikeden korunmak için aynı cinsten kişi bulunması beklenilmeden arama yapılacaktır. 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. Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir. Arama, mümkün olduğunca kısa bir süre içinde bitirilir. Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da, mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş duyu organı aracılığıyla aranır. 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. Ancak kesin arama koluğun görev yerinde yapılır. 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; açıkça dahi yazılı bilgiler okunamaz.

Araç araması, kişiye en az sıkıntı verici şekilde ve makul olan en kısa sürede yapılır. Araç araması, aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Detaylı inceleme yapılması gereken hâllerde, başka yere götürülerek arama yapılabilir. Deniz şartları sebebiyle aramanın denizde mümkün olmaması veya deniz aracının ayrıntılı aranmasının gerektiği hâllerde

<sup>343</sup> YENİSEY, İfade, s. 17,18

<sup>344</sup> BOZER, s.84

<sup>345</sup> AVÖAY'nin 28/3 ve 9-b. Maddesinde belirtilmiştir.

şüpheli deniz aracı en yakın ve uygun limana çekilerek arama limanda yapılabilir. Araç araması sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz. Boş araçların aranmasında, arama yapıldığını belirten bir not bırakılır. Bu notta, arama tutanağının bir kopyasının alınabileceği yer belirtilir. Üst ve eşya araması gece de yapılabilir.

İngiliz hukukundan farklı olarak, hukukumuzda aramayı yapacak görevlilerin sağlık çalışanı olması ve aramanın yapılacağı yerin sağlık kuruluşu olması zorunluluğu yoktur<sup>346</sup>. En azından kişilerin cinsel bölgelerine müdahaleyi gerektirir aramalarda bir sağlık görevlisince ve bir sağlık kuruluşunda arama yapılmalıdır<sup>347</sup>.

Önleme aramasının sonucu önleme araması veren makama bir tutanakla bildirilmelidir. Bu bildirim sonraki bölümde ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

### **9-Önleme Aramasının Sona Ermesi**

AVÖAY'nin 26. maddesi uyarınca önleme aramasında suç unsuruna rastlanması halinde arama bir tutanağa bağlanır. Bu tutanak aynı adli arama tutanağındaki belgeleri içerir. AVÖAY'nin 11. maddesi adli arama tutanağında bulunması gereken hususları ayrıntılı olarak saymıştır. Buna göre

- a)- Arama kararının tarih ve sayısı, (Mülki amirce verilmiş ise yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci)
- b) Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat,
- c) Aramanın konusu,
- d) Aranan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri,
- e) Araçta arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, su üstü aracının aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullananı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatanı, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevkiî,
- f) Aramanın sonuçları, el konulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler,
- g) Aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri,
- h) Arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği,

<sup>346</sup> ERYILMAZ, s.182

<sup>347</sup> GÜMÜŞAY, s.101

i) Arama işlemini yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı, hususları belirtilmelidir.

Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sureti aramaya muhatap olan kişiye verilir.

Yapılan önleme araması sonucunda suç unsuruna rastlanmadığı durumlarda, aranan kişinin isteği hâlinde, kendisine arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, aramanın tarih ve saati, yeri, aranan şahsın ve arayan görevlinin kimlik bilgilerinin yer aldığı bir belge verilmesi gerekir. Burada adli aramadan farklı olarak otomatik olarak tutanak tutulmaması ve bunun suç unsuruna rastlanması hali ile sınırlı tutulması dikkate değerdir. Çünkü toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılacak yerlerde, stad girişlerinde, şehir giriş-çıkışlarında herkese tutanak tanzim edip vermek imkânsız gibidir<sup>348</sup>. Bu hallerde tutanak düzenlemek zorunlu olsaydı kolluk sağlıklı bir arama yapamazdı.

25117 sayılı AVÖAY’de tutanak düzenleme hali suç unsuruna rastlanmasının yanında aranan kişinin talebi olması halini de kapsamaktadır<sup>349</sup>. Kişinin talebi olması halinde yukarıda belirttiğimiz gibi adli aramada aranan hususların belirtildiği bir tutanak hazırlanması gerekir. Oysaki yürürlükteki AVÖAY suç unsuruna rastlanmadığı durumlarda arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, aramanın tarih ve saati, yeri, aranan şahsın ve arayan görevlinin kimlik bilgilerinin yer aldığı bir belge verilmesi yeterlidir. Bu tutanak tutmaktan daha kolay ve hızlı olacaktır. Arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, aramanın tarihi ve arayan görevlinin kimlik bilgilerini içerir belge arama öncesi de hazırlanabilir. Aramanın saati, yeri, aranan şahsın kimlik bilgileri ise arama bitince aranan kişinin talebi olunca hemen yazılabilir.

Kaçakçılık suçuna ilişkin tutanakların 5607 sayılı KMK’nin 20. maddesinde anlatıldığı gibi tutulmalıdır. Buna göre;

a) Tarih, yer, düzenleyenlerin unvan ve isimleri, hâkim kararının tarih ve sayısı ile Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılması durumunda emrin tarih ve sayısını,

<sup>348</sup> GÜMÜŞAY, s.102

<sup>349</sup> 25117 sayılı mülga AVÖAY’nin “Arama sırasında suç unsuruna rastlandığında veya aranan kişinin talebi hâlinde, arama tutanağa bağlanır” şeklinde belirtilmiştir.

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

c) İlgilinin kimlik, iş ve yerleşim yeri ile varsa ifadesini,

kapsaması ve imza altına alınması gereklidir. İşlemden hazır bulunan ilgililerce doğrulanmak üzere tutanağın kendilerini ilgilendiren kısımları okunur veya okumaları için kendilerine verilir. Bu husus tutanağa yazılarak ilgililere imza ettirilir. İmzadan kaçınma halinde nedenleri tutanakta belirtilir.

2559 sayılı PVSK'nin 9/son maddesi gereğince önleme aramasının sonucu arama kararını veren hâkime veya arama emrini veren mülki amire bir tutanakla bildirilmelidir. Anılan bildirim önleme araması sonucunda kanuna aykırı bir durumun tespit edilip edilmediğine bağlı tutulmamıştır. Arama sonucunda herhangi bir kanuna aykırı durum veya olumsuzluk bulunmasa da bildirim, kararı veren hâkime veya emri veren mülki amire bildirilmelidir. Şayet arama sırasında suç sayılan birtakım hususlar tespit edilmiş veya bazı olaylar yaşanmış ise bunların kısa özetlerinin ve bu durumlar hakkında ne gibi işlem yapıldığının da izah edilmesi gerekir. Bu bildirim yapılmaması bildirim yapmakla görevli olan kamu görevlileri bakımından sorumluluğu gerektirir<sup>350</sup>.

Uygulamada önleme araması sonucu usulüne uygun bir tutanak tutulmamakta, yakalama, muhafaza altına alma gibi tutanaklar düzenlenmekte, bunlar ise arama kararını veren mahkemeye sunulmamakta, mahkeme bunu ancak o konuda bir iddianame hazırlanırsa öğrenebilmektedir.

---

<sup>350</sup> AYDIN, s. 100

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**HUKUKA AYKIRI ARAMA ve SONUÇLARI, ARAMAYA KARŞI**  
**BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI**

**1-Hukuka Aykırı Olarak Yapılan Arama ve Sonuçları**

**1.1. Genel Olarak**

Suç ve suçlu ile mücadele için, devlet görevlilerine tanınan her yetkinin kötüye kullanılmasını ve kişilerin özgürlük alanına izin verilenden daha fazla müdahale edilmesini önlemek amacıyla, hukuka aykırılık denetimini içeren bir kontrol mekanizmasına ihtiyaç vardır. Yetkilerin kötüye kullanılması nedeniyle uğranılan zararların tazmin edilmesine olanak sağlayan, yetkilerini kötüye kullananların cezai yaptırıma uğramalarına yol açan bu kontrol mekanizmasına “hukuki denetim mekanizması” adı verilir. Bu ihtiyaç hukuk devleti olmanın kaçınılmaz bir gereğidir<sup>351</sup>.

Önleme ve koruma tedbirleri nedeniyle kişi hak ve özgürlüklerine yapılan hukuka aykırı müdahaleler sadece hakkında tedbir uygulanana değil, yaşadığımız iletişim çağında tüm toplumda rahatsızlık yaratmaktadır. Montesquieu’nun “bir tek kimseye yapılan adaletsizlik, umuma çevrilmiş bir tehdittir” sözü de bu duruma ışık tutmaktadır. Bu nedenle hukuki denetim mekanizmalarının etkin bir işleyiş ve kamu vicdanını tatmin eder niteliğe sahip olması gerekir<sup>352</sup>.

Yukarıdaki bölümlerde bahsedildiği gibi koruma tedbirlerinin uygulanma şartları bulunmaktadır. Ayrıca, Anayasa, CMK ve diğer mevzuatta arama tedbirinin özel şartları da bulunmaktadır. İşte bu şartlar söz konusu olmaksızın yapılacak arama hukuka aykırı bir arama olacaktır<sup>353</sup>.

Unutulmamalıdır ki kolluğun asıl görevi insan haklarını korumaktır. Kolluk görevini ifa ederken mesleki tecrübelerinden yararlanır. Ancak tecrübe ile hukuk kuralının birbiriyle çatışmaması gerekir. Bu iki şeyin çatışması halinde hukuka aykırılıklar meydana gelir<sup>354</sup>.

<sup>351</sup> **AKSOY Şemsettin**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslar arası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.145

<sup>352</sup> **ERYILMAZ**, s. 261.

<sup>353</sup> **ERDAGÖZ**, s.251

<sup>354</sup> **ÇOR Yaşar**, Polisin Durdurma ve Arama Yetkilerinin Sınırı, PD, S.34

Hukuka aykırı aramanın üç sonucu vardır. Birincisi hukuka aykırı aramaya maruz kalanın, yapılan işleme ilişkin tazminat hakkı doğar, ikincisi hukuka aykırı arama, arama emrini veren ve aramayı icra eden açısından cezai sorumluluk sebebidir(hukuka aykırı aramanın suç teşkil etmesi) ve üçüncü olarak ta hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen delil, hukuka aykırı delil niteliğinde olacak ve suçun sübutu için muhakemede kullanılamayacaktır.(delil yasağı teşkil etmesi). Aksoy'un da belirttiği gibi hukuka aykırı aramayı gerçekleştiren kamu görevlisinin "disiplin sorumluluğu"da söz konusu olabilir. Ancak, idari niteliğinden dolayı disiplin sorumluluğu tezimizde incelenmeyecektir<sup>355</sup>.

Bu müeyyidelerin yanında kolluğun ceza mevzuatı, temel hak ve hürriyetler konusunda iyi bir eğitimden geçirilmesi, arama uygulaması sonrasında her arama için kayıt mecburiyeti getirilerek yapılan işlemlerin üstlerince ve kamuoyunca denetime tabi tutulması, hukuka aykırı arama durumlarının minimuma inmesi açısından önemlidir<sup>356</sup>. Kolluk hukuka aykırı elde ettiği delilin ispat aracı olarak kullanılmayacağını ve sonucunda cezai ve tazmini yaptırımlarla karşılaşacağını bilmelidir. Ancak bu çözüm arızidir. Bizce asıl çözüm diğer kolluk birimlerinden bağımsız adli kolluğun bir an önce teşekkül ettirilmesi, adli kolluğa giriş sınavlarının Adalet Komisyonlarınca yapılması, idari, adli ve tüm yönleri ile C. savcılığına bağlı çalışması sağlanmalıdır.

Arama açısından öngörülen bu koşullar ve koşullara uyulmaması neticesine bağlanan sonuçlar, temel hak ve hürriyetlerin müdahalelere karşı bir güvencesi niteliğindedir<sup>357</sup>.

## **1.2.Ceza Hukuku Bakımından: Hukuka Aykırı Olarak Yapılmış Aramanın Suç Olma Hali**

Kişilerin üstlerinin, konut, araç, özel evrak veya eşyalarının aranması insan onuruna bir tecavüz teşkil ettiği gibi, kişi dokunulmazlığının devamı olan özel hayatın gizliliğine karşı da bir saldırı oluşturur<sup>358</sup>.

Hukuka aykırı aramanın suç teşkil ettiği haller 5237 sayılı TCK'nin çeşitli maddelerinde düzenlenmiş ve müeyyideye bağlanmıştır.

<sup>355</sup> AKSOY, s.157

<sup>356</sup> ERYILMAZ, s.262

<sup>357</sup> BİLEN, s.134

<sup>358</sup> AKSOY, s.158



Hukuka aykırı arama “haksız arama” madde başlığı ile 5237 sayılı TCK'nin 120.<sup>359</sup> maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede görevi kötüye kullanmanın özel bir şekli olarak bir başkasının üst ve eşyasını hukuka aykırı olarak aranması suç olarak kabul edilmiştir<sup>360</sup>. Buna göre hukuka aykırı olarak başkasının üst veya eşyasını arayan cezalandırılacaktır. 5237 sayılı TCK suç tanımına eşya kavramını da eklemiştir ki suçun koruma kapsamına aldığı özel hayatın gizliliği prensibi açısından eşya kavramını da koruma kapsamına sokmakla yerinde bir düzenleme yapmıştır<sup>361</sup>. Kişinin örneğin, ceplerinin, el çantasının, bavulunun, özel otomobilinin hukuka aykırı bir surette aranması bu suçu oluşturacaktır<sup>362</sup>.

Bu madde ile korunan değer; özel hayatın gizliliği, kişi özgürlüğü ve insan haysiyetidir<sup>363</sup>. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi kişilerin üzerinin veya eşyasının aranması insan haysiyetine bir tecavüz teşkil ettiği gibi kişi dokunulmazlığın bir devamı olan özel hayatın gizliliğine karşı da bir saldırı oluşturur. Yine, bu hüküm, İHEB (m. 12), AİHS (m. 8, fıkra 1) ve Anayasamızın koruduğu özel hayatın gizliliğini belli bir surette ihlâlin yaptırımını oluşturmaktadır. Bu maddede, görevi kötüye kullanmanın özel bir şekli olarak bir başkasının üst ve eşyasının hukuka aykırı olarak aranması, görevi kötüye kullanma suçundan bağımsız, ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir<sup>364</sup>.

765 sayılı TCK'de bu hükme paralel bir hüküm, kanununu 183. maddesinde vardı. Bu hükme göre hem hukuka aykırı aramayı yapan hem de arama emrini veren cezalandırılmaktaydı. Oysa 5237 sayılı TCK'nin 120. maddesi sadece aramayı yapanın cezalandırılacağını öngörülmuş, arama emrini verenin cezalandırılacağına dair bir hüküm getirilmemiştir<sup>365</sup>. Her ne kadar yeni düzenlemede hukuka aykırı arama emri veren kamu görevlisinden bahsedilmemiş ise de TCK'nin 24/3. maddesinin “konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur” hükmü karşısında emri veren

<sup>359</sup> Madde metni “Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

<sup>360</sup> **GÖKCEN Ahmet**, Hürriyete Karşı Suçlar, <http://ceza—bb.adalet.gov.tr/makale/117.doc>

<sup>361</sup> **BİLEN**, s. 142

<sup>362</sup> 5237 sayılı TCK'nin 120.maddesi gerekçesinden

<sup>363</sup> **PARLAR Ali - HATİPOĞLU Muzaffer**,5237S. Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.I,Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007, s. 955.

<sup>364</sup> **ÖZGENÇ**, s. 828.

<sup>365</sup> **ARTUK Mehmet Emin - GÖKCEN Ahmet - YENİDÜNYA Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005, s.284

kamu görevlisi de bu suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Suç failinin bir kamu görevlisi olması gerekmektedir. Bu açıdan her iki kanundaki suç da özgü suçtur<sup>366</sup>.

Suçun maddi unsuru kamu görevlisinin bir kişinin üzerini ve/veya eşyasını hukuka aykırı olarak aramaktır ve suçun oluşması için aramanın tamamlanmış olması gerekmez<sup>367</sup>. Yani arama için kişinin vücuduna dokunulması yeterli olup aramanın bitmiş olması gerekmez<sup>368</sup>. 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 olur<sup>369</sup>. Suçun manevi unsuru kasttır, bu suç kastla işlenebilir taksirle suçun işlenebilmesi mümkün değildir. Bu suç kasten işlenebilen bir suç olup fail yetkisini aştığı bilincinde olmaksızın kasten yetkisini aşmıyorsa suç oluşmaz<sup>370</sup>. Bu suç kamu görevlisi tarafından işlenebilen bir suçtur. Kamu görevlisi tarafından işlenen bu suça kamu görevlisi olmayan başka kişilerin iştiraki de mümkündür<sup>371</sup>. Bu suç özgü suç olduğundan kamu görevlisi olmayan kişiler bu suça ancak azmettiren veya yardım eden konumunda iştirak edebilirler<sup>372</sup>. Eğer fail kamu görevlisi değilse ve özel hayatın gizli alanına ilişkin bir müdahale söz konusu ise suç kanaatimizce özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabilir. Özel hayatın gizliliğini ihlal eden her türlü davranış bu suçu oluşturacağından<sup>373</sup> özel hayatını gizliliğini ihlal eder nitelikte olan arama da bu suçu oluşturabilir<sup>374</sup>.

<sup>366</sup> **PARLAR - HATİPOĞLU**, s. 954.

<sup>367</sup> **SOKULLU AKINCI Füsün**, Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları, İdare Hukuku İlimleri Dergisi, Prof.Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, S.1-3, 1988, s.268

<sup>368</sup> **MALKOÇ İsmail**, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1998 s.355

<sup>369</sup> "....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'nin 183(5237 sayılı TCK m. 120)maddesinde yazılı suçu oluşturur..."YCGK 26.6.1979, 5-235/306(SAVAŞ Vural - MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C. 2, Ankara, 1995, s. 2189)

<sup>370</sup> **SOYASLAN Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.207

<sup>371</sup> **YENERER**, s.172

<sup>372</sup> **PARLAR - HATİPOĞLU**, s. 954, 955.

<sup>373</sup> **TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan - ÖNOK R.Murat**, 5237 Sayılı TCK'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006, s.374

<sup>374</sup> Mağdura karşı bedensel bir cebir kullanılması halinde 765 sayılı TCK'de bu durumda suç TCK

Metinde geçen *hukuka aykırı olarak* ibaresinden maksat, yürürlükteki mevzuatın izin vermediği hâl demektir. Kanun ve nizamların izin verdiği arama hâllerinde suçun oluşmayacağı açıktır. Suçun oluşması için kamu görevlisi, kişi hürriyetini, görevini kötüye kullanarak veya yetkisini aşarak ihlâl etmiş olmalıdır. Böylece *hukuka aykırı olarak* sözcükleri görevin kötüye kullanılmasını ve yetkinin aşılmasını kapsar<sup>375</sup>.

Hukuka aykırı bir şekilde mesken ve müştemilatında yapılacak arama 765 sayılı TCK'nin 194. maddesinde düzenlenmişti. Bu hükme göre memur mesken ve müştemilata girmekle beraber şartlarını taşımadığı için keyfi bir muamele olan arama yapması durumunda ceza arttırılarak hükmolunacaktı<sup>376</sup>. 5237 sayılı TCK'ye göre ise, aramanın konut dokunulmazlığının ihlali suçunun koruma kapsamındaki konut ve eklentilerinde gerçekleştirilmesi halinde, suç konut dokunulmazlığının ihlali suçunu oluşturacak ve fail hem konut dokunulmazlığını ihlal suçu nedeniyle TCK'nin 116 ve 119. maddeleri gereğince hem de haksız arama nedeniyle TCK'nin 120. maddesi gereğince cezalandırılacaktır<sup>377</sup>. Yani bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır<sup>378</sup>.

Yapılan aramanın şartları hukuka uygun olduğu halde, aramanın icrasında hukuka aykırı eylemlerde bulunulması halinde; mesela 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

---

188 maddesindeki "cebir istimali suçu" nu oluşturmaktaydı. **SAVAŞ Vural - MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara 1999 s.2115, 5237 sayılı TCK'de cebir suçu 108. maddede düzenlenmiştir.

<sup>375</sup> **Özgenç**; s. 828.

<sup>376</sup> **ŞAĞAŞ - MOLLAMAHMUTOĞLU**, TCK, s.2205

<sup>377</sup> Nitekim Yargıtay 4. CD. E:2004/21680, K:2006/9696, T:19.04.2006 sayılı bir kararda, "hâkim kararı olmaksızın veya hâkim kararı olmadan arama yapılabilecek durumlara ilişkin Yasada öngörülen koşullardan herhangi birinin gerçekleşmeksizin sanığın yakalanması amacıyla bir başkasının evinde geceleyin arama yapılmasını hukuka aykırı saymış ve eve giren kamu görevlileri açısından konut dokunulmazlığı suçunun da oluşacağını belirtmiştir. Ayrıca bu kararda, gece bir başkasının evinde hâkim kararı olmaksızın yapılan arama, yakalamalı ve aramalı konumunda olan ki ileri araştırmak ve bu kişilerin suç işlemelerini önlemek amacıyla eylemlerin gerçekleştirildiği gerekçesine de dayandırılarak hukuka uygun kabul edilemez" demiştir. (**ERDAGÖZ**, s.253)

<sup>378</sup> **TEZCAN - ERDEM - ÖNOK**, s.318

kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılması söz konusu olacaktır<sup>379</sup>. Bunun yanında 5271 sayılı CMK'nin 161/5.<sup>380</sup> maddesi gereğince, hukuka aykırı arama yapan kolluk görevlileri hakkında soruşturmalar Cumhuriyet savcılarınca 4483 sayılı yasa koşulları aranmadan doğrudan doğruya yapılır<sup>381</sup>. CMK'nin ilk halinde kolluk amir ve memurları deyimi kullanılmıştı. En üst dereceli kolluk amiri deyimi yoktu ve konu İl, İlçe Jandarma Komutanları ile İl, İlçe Emniyet Müdür ya da amirlerinin adli görevleri konusunda nasıl soruşturulacağı tartışılmakta idi. Yasa ile aynı gün yürürlüğe giren 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 24. maddesi ile “en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü” ibaresi eklenmiştir. Yasa bu değişiklikle en üst dereceli kolluk amirlerinin soruşturulmasının hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulüne göre yapılacağını belirtilmiştir. Tartışmaların bitmesine bu değişiklikte yetmemiştir. Yasa “en üst kolluk amiri” ile neyi tanımlamaktadır. 5353 sayılı yasanın 24. maddesinin gerekçesinde “5271 sayılı Kanununun 161 inci maddesinin beşinci fıkrasına yapılan eklemeye, ceza muhakemesi bakımından adli kolluk amiri olmakla birlikte, o yerdeki en üst kolluk amiri hakkında Cumhuriyet savcısının doğrudan soruşturma yetkisi kabul edilmemiştir”denilmiştir. Madde gerekçelerinin doğrudan uygulanma yeteneği olmamakla birlikte kanun koyucu iradesini açıkça belirtmiştir. Bizimde katıldığımız görüşe göre en üst dereceli kolluk amirleri deyiminden Emniyet Genel Müdürü, Jandarma Genel Komutanı, Sahil Güvenlik Genel Komutanı ve Gümrük Muhafaza Müsteşarı anlaşılmalıdır<sup>382</sup>. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 01.01.2006 tarihli “En üst dereceli kolluk amirleri hakkında yapılan inceleme ve soruşturma işlemleri” konulu 15 sayılı genelgesi ile uygulamada birlik sağlanmıştır. Genelgeden ilçe Emniyet Amiri veya Müdürü, İlçe Jandarma Komutanı'nın en üst dereceli kolluk amiri sayılacağı açıkça

<sup>379</sup> ÖZGENÇ, s. 776.

<sup>380</sup> Madde metni “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. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.”

<sup>381</sup> **MALKOÇ İsmail**, Açıklamalı- İctihatlı Memur Yargılaması, Ankara, 2006, s. 31.

<sup>382</sup> **ÖZTÜRK Bahri - ERDEM M.R. - SIRMA Özge - SAYGILAR Yasemin S.**, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, 4.bs., s.516

yazılmamaktadır. Ancak genelge bir bütün olarak düşünülduğünde bu sonuç ortaya çıkmaktadır. Bizce yasanın “en üst dereceli” kolluk amiri ibaresini kullanması boşuna değildir. . *Üst* kelimesi Türkçe sözlükte diğer anlamlarının yanında “ bir tipe göre ileri derecede olan, birine göre yüksek aşamada olan kimse” anlamına karşılık gelmektedir. *En* kelimesi Türkçe sözlükte zarf anlamı olarak “ bir sıfattan önce kullanılarak onun üstün derecede olduğunu gösterir.” şeklinde anlatılmıştır. Buradan kanaatimizce kolluk sisteminin en yüksek makamında bulunan kişilerin 2802 sayılı yasa kapsamında soruşturulacağı sonucuna varılmaktadır. Kanımızca sorun açık bir yasal düzenleme giderilebilecektir. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi bağımsız Adli Kolluk kurulursa bu sorun kendiliğinden giderilecektir.

Hukuka aykırı arama (haksız arama) suçunun oluşması için aramayı icra eden ya da arama emrini veren kişinin kamu görevlisi olması gerektiğini belirtmiştik. Malumdur ki arama kararı ister adli ister önleme araması olsun hâkim kararı ile verilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde adli arama için Cumhuriyet savcısının, ona ulaşamaması halinde ise, kolluk amirinin yazılı emri, önleme aramalarında Kaymakamın, kaçakçılık konusunda ise C. savcısının yazılı emri ile arama yapılabilirdi. Hâkim, C. savcısı, Kaymakam ve Kolluk Amirince şartlar oluşmaksızın verilen hukuka aykırı arama kararı ve emri sonucunda bu sayılan kişilerin cezai sorumluluğu doğacak mıdır? Hukukun üstünlüğü, hukukçunun üstünlüğü anlamına gelmediği için ve hukuk devletinin bir gereği olan yargı organının hukuka bağlılığı ilkesi uyarınca elbette ki sorumlu olacaklardır. Şöyle ki, hâkim aramanın şartlarının oluşmamasına rağmen kasten arama kararı vermesi ile bu suçun faili olabilir. Savcı ve kolluk amiri ise, hem aramanın şartlarının oluşmamasına rağmen verdiği hukuka aykırı emirle hem de hâkimden karar almak için gecikmesinde sakınca olan bir hal şartı gerçekleşmeden verdiği arama emri ile bu suçu işleyebilir. Uygulamada C. savcılarının kolluk tarafından getirilen arama talep yazısının üzerine derkenar olarak “gecikmesinde sakınca bulunduğundan... arama yapılsın...” şeklinde arama emri verdikleri görülmektedir. Bu durum hukuka aykırıdır. Zira C. savcısı niçin gecikmesinde sakınca bulunduğunu belirtmesi gerekir. Aksi hal cezai sorumluluğunu doğuracaktır. Örneğin; küçük bir ilçe merkezinde saat 13:30 sıralarında yasa dışı yollarla elde ettiği kültür ve tabiat varlığı sayılan tarihi eserleri evinde bulundurduğu iddia edilen kişinin evinde arama yapılması hâkimden

arama izni talep edilmemesi için gecikmesinde hangi sakıncanın bulunduğu açıklanmalıdır. Bilindiği gibi gecikmesinde sakınca yoksa arama emri her halükarda hâkim tarafından verilmelidir. Ayrıca bu kişilerin cezai sorumluluklarının doğması, aramanın şartlarının oluştuğuna dair takdir yetkilerini kanuna aykırı olarak açıkça kötüye kullanmış olduklarının tespiti halinde mümkündür<sup>383</sup>. Yani bu kişilerin aramanın şartlarının oluştuğuna dair takdir yetkilerini kanuna aykırı olarak kötüye kullandıkları konusunda görevi kötüye kullanma suçundan hüküm giymiş olmalıdırlar.

### **1.3. Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından: Hukuka Aykırı Olarak Yapılan Aramanın Delil Yasağı Teşkil Etmesi Hali**

Ceza yargılamasının amacı; toplumun suçla ihlal edilmiş menfaatleri ile suç işlediği zannedilen şüphelinin/sanığın haklarını dengede tutarak, maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Ancak, şüpheli/sanık hakları maddi gerçeğin öğrenilmesinde bir sınır oluşturur. Çağdaş ceza muhakemesinde, “ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin öğrenilmesi” şeklinde bir anlayış yoktur. Vicdani delil sisteminin uygulandığı günümüz ceza muhakemesinde, her şey delil olarak kabul edilebilir, fakat bu kabul edişin hukukun temel ilkelerine uygun düşmesi ve objektif kriterlere göre “haklı görülmesi” gerekir<sup>384</sup>.

Delil, bir fiilin suç olup olmadığını kanıtlamaya yarayan araçlardır<sup>385</sup>. Başka bir anlatımla bir suçun işlenip işlenmediğini ve eğer işlenmişse kim tarafından nasıl işlendiğini aydınlatmaya yarayan<sup>386</sup>, suç konusu olayı temsil ve aksettiren araçlardır<sup>387</sup>. Böylece suça konu olayla ilgili şüphe ortadan kaldırılır ve olay aydınlatılır. Gerçekten soruşturma suçun işlendiğine yönelik bir şüphe ile başlar. Deliller bir kesinliğe hizmet eder. Deliller ya şüphenin kesinliğe dönüşmesine ya da şüphenin kesin olarak ortadan kalkmasına hizmet eder.

Uyuşmazlık konusu olayın sübuta ermesi için kullanılan vasıtalara delil

<sup>383</sup> **ŞAHBAZ İbrahim**, Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2006/1, Yıl: 64, s. 101

<sup>384</sup> **YENİSEY**, Fair Trial, s. 133;

<sup>385</sup> **ÖZBEK**, Muhakeme, s. 303.

<sup>386</sup> **TOSUN Öztekin**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri C. I, Genel Kısım, 4. bs, Acar Matbaası, İstanbul 1984, s. 707

<sup>387</sup> **KUNTER – YENİSEY - NUHOĞLU**, s. 631.

denir<sup>388</sup>. Delil ceza muhakemesinin en önemli araçlarından biridir ve ceza muhakemesinin en önemli ilkelerinden biri de “delilsiz mahkûmiyet olmaz” kuralıdır<sup>389</sup>. Ceza muhakemesi maddi gerçeği araştırdığından ceza muhakemesinde her şey delil olabilir ve ayrıca hâkim ileri sürülen delillerin ispat değerini kendisi takdir eder. Buna “delil serbestliği” ve “delillerin serbestçe değerlendirilmesi” ilkesi denir<sup>390</sup>.

Ceza muhakemesinde her ne kadar her şey delil olabileceksede, bir delilin hukuk devleti olan bir devletin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için, hukuka uygun yollardan elde edilmesi gerekir. Bu nedenle bir hukuk devletinin ceza muhakemesinde delillerin nasıl elde edileceği kurallara bağlanmıştır. Bu kurallara aykırı olarak elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliğindedir<sup>391</sup>. Kaldı ki ceza yargılaması hukuku insan haklarının uygulama hukukudur<sup>392</sup>. Bu açıdan muhakeme sırasında insan hakları ihlali söz konusu olmamalıdır<sup>393</sup>. Hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara *delil yasakları* denilmektedir<sup>394</sup>. Çağdaş kamu hukukunda, kamu görevlisinin sadece açıkça yetki verilmiş hususlarda işlem yapabileceği kabul edilmekte, yetki verilmemiş işlemlerin yapılmasının hukuka uygun olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle, “delil yasaklarından” değil, artık “delil elde etmenin sınırlarından” bahsedilmesi gerekir<sup>395</sup>. Yani hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesinin sınırı delil yasaklarıdır<sup>396</sup>. Delil yasağı kavramı; hem delil elde etme yasağını hem de delil değerlendirme yasağını içerir<sup>397</sup>. Hukuka aykırı arama yapılması sonucunda delil elde edilmesi veya aranan kişinin yakalanması yapılan aramayı hukuka uygun hale getirmez<sup>398</sup>.

<sup>388</sup> **KUNTER - YENİSEY**, s.538

<sup>389</sup> **HAFIZOĞULLRI Zeki**, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi”, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Y.2, S.10, Temmuz-Ağustos 1996, s.638

<sup>390</sup> **KUNTER- YENİSEY**, s.540

<sup>391</sup> **CENTEL - ZAFER**, s.537

<sup>392</sup> **KAHRAMAN Mehmet**, “Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Yargıtay Dergisi, Cilt 33, Sayı 3, Temmuz 2007, s. 382.

<sup>393</sup> **ERDAGÖZ**, s.255

<sup>394</sup> **ÖZBEK**, Muhakeme, s. 670.

<sup>395</sup> **YENİSEY**, Fair Trial, s. 148.

<sup>396</sup> **WERNER Beulke**; “Muhakeme İlkeleri”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Çev: **ORDUERİ Sevim**, Seçkin yayınları, Ankara 2004, s. 450.

<sup>397</sup> **ERDAGÖZ**, s.256

<sup>398</sup> **AKSOY**, s.149

Delil elde etmenin sınırları, kanunlarla ve hukukun genel ilkeleriyle belirlenmiştir. Genel anlamda, “arama” bakımından delil sınırlarının çerçevesini, özel hayatın gizliliği ve bu alana müdahalenin koşulları çizmektedir<sup>399</sup>. Bir delilin hukuka aykırı sayılması halinde ise sorun bu delilin muhakemede kullanılabilip kullanılamayacağı noktasında toplanır.

Mevzuatımızda delil yasakları ile ilgili ilk düzenleme 1412 sayılı mülga CMUK'nin 254.maddesine 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı kanunla eklenen “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz” kuralıdır.

Delil yasağına ilişkin ülkemizdeki ilk anayasal düzenleme 03.10.2001 tarih 4709 sayılı Kanunla Anayasanın 38. maddesine 6.fıkra olarak eklenen “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” hükmüdür. Böylece 1412 sayılı mülga CMUK'un 254/2. maddesindeki hüküm anayasal bir ilke haline gelmiştir<sup>400</sup>. 5271 sayılı CMK'de delil yasaklarına ilişkin hüküm anayasadaki hükmün tekrarından ibarettir. Yasa koyucu önceki hükmü tekrar ederek 206/2-a maddesinde “ Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse” reddolunur demiştir. Burada CMUK'de “hukuka aykırı” ibaresi seçilmişken gerek anayasada gerekse CMK'de “kanuna aykırı” ibaresi seçilmiştir. Bu durumda Anayasanın ifadesi üstün tutulmalıdır<sup>401</sup>. *Hukuk* kavramının *kanun kavramından* daha üstün bir değeri ifade ettiği tartışmasızdır. Ancak, burada “kanuna aykırı” deyimini kullanılarak tüm mevzuatın dikkate alınacağı belirtilmekle, delil yasaklarının kapsamının genişletilmesi amaçlanmıştır<sup>402</sup>. Ancak kanun kapsamına Anayasa 90. maddesi gereği İHEB ve AİHS gibi uluslararası metinler de girmektedir<sup>403</sup>. Bu bizce Anayasanın 90. maddesi uyarınca dikkate değer bir değişiklik değildir. Zira CMUK metninde geçen *hukuka aykırı* ibaresinden maksat, yürürlükteki mevzuatın izin vermediği hâl demektir. Bu bir ifade ediş farklılığından başka bir şey değildir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise, serpiştirilmiş bir şekilde birçok

<sup>399</sup> AKSOY, s.158

<sup>400</sup> YURTCAN Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Cumhuriyet Yargıcının Başvuru Kitabı, 5. bs, Ankara 2007 s. 284.

<sup>401</sup> ÖZBEK, Muhakeme, s. 670.

<sup>402</sup> YERDELEN Erdal, Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, Ankara, Adil Yayınevi, 2006, s. 19

<sup>403</sup> AKSOY, s. 155, 156.



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" demiştir<sup>404</sup>. Yine CMK'nin 230/1.(b) ve 289/1.(i) maddelerinin konumuzla ilgili hükümler taşıdığı görülecektir. 230/1.(b).ye göre, "gerekçeli kararda reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi" gerekir. Son olarak 289/1.(i) temyiz aşaması ile ilgilidir. Bu maddeye göre, "hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması" hukuka kesin aykırılık hali oluşturur. Bu sebeple mutlak bozma sebebidir. Gerek anayasadaki düzenleme gerekse CMK'deki bu düzenlemeler göz önüne alındığında CMK'nin mülga CMUK ye göre hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller konusunu daha teferruatlı düzenlediği anlaşılmaktadır<sup>405</sup>.

Öztürk'e göre, CMUK'nin 254/2. madde ve fıkrası ile her türlü takdir yetkisini ortadan kaldıran mutlak bir delil değerlendirme yasağı oluşturulmuştur. Bir hak ihlaline yol açmayan en küçük kanuna şekli aykırılıklar dahi "mutlak delil yasağı" ile karşılaşacaktır. Her ne kadar bu madde insan haklarını korumak amacıyla öngörülmüş ise de hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsurunu yani adaleti ve hukuki güvenliği gerçekleştirilmekten uzaktır<sup>406</sup>.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, Anayasadaki kurallar bir bütün olarak uygulanmalı ve delil yasakları adil yargılanma hakkı ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu nedenle basit hukuka aykırılıklarda, yani temel hakları ihlal etmeyen hukuka aykırılıklarda delilin etkilenmemesi, temel hakları ihlal eden hukuka aykırılıklarda ise, kural olarak bu delilin hüküm verilirken kullanılmaması gerekir<sup>407</sup>.

Görüldüğü gibi, Öztürk mutlak bir delil değerlendirme yasağını kabul etmiş, Kunter-Yenisey-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;

<sup>404</sup> KUNTER – YENİSEY - NUHOĞLU, s. 1030.

<sup>405</sup> ERDAGÖZ, s.257

<sup>406</sup> ÖZTÜRK Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995s. 27, 28.

<sup>407</sup> KUNTER – YENİSEY - NUHOĞLU, s. 1075.

bunun yanında, kanun koyucunun mahkemeye bir takdir yetkisi tanımaksızın delil elde edilirken yapılan ağır hukuka aykırılık nedeniyle o delili yasakladığı hallerde bu delilin yargılamada kullanılmayacağını belirtmiştir<sup>408</sup>.

AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde de “hukuka aykırı olarak toplanan delillerin muhakemede kullanılmayacağına” dair doğrudan özel bir düzenleme yoktur<sup>409</sup>. Sözleşme organlarına göre, her devlet tarafından izlenmesi gereken delil kuralları bulunmamakta; her devlet kendi kuralını kendi koymaktadır. Bu açıdan delillerin kabulü ve değerlendirilmesi de milli mahkemelerin konusudur<sup>410</sup>. Sözleşme organları, milli hukukta bir ceza yargılamasında hukuka aykırı bir biçimde toplanan delillerin kullanılmasına izin veren kuralı kendiliğinden, kategorik olarak, hakkaniyete uygun yargılamaya aykırı bulmamaktadır. Bu çerçevede hukuka aykırı elde edilen delilin AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen meskene, haberleşmeye ve özel yaşama saygı hakkı gibi sözleşmede yer alan bir hakkı ihlal etmesi de bu durumu değiştirmemektedir. Bununla birlikte, hukuka aykırı bir delilin bir davada kullanılması, yargılamayı bütün olarak hakkaniyete aykırı hale getirebilir ve adil yargılanma hakkı zedelenebilir. Dolayısıyla bu husus AİHS'nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı ile ilişkilendirilmektedir. Örneğin, bir davada üçüncü kişiler tarafından gizlice elde edilmiş hukuka aykırı kayıt tek veya ana suçlayıcı delil ise veya güvenilirliği konusunda makul şüpheler varsa ve bu şüpheleri giderecek güvenceler sağlanmamış ise hakkaniyete aykırılık doğabilecektir<sup>411</sup>. Yine elde edilen delillerle mantık kurallarından uzak, makul olmayan, keyfi bir karar verilerek hakkaniyete aykırılık oluşabilir<sup>412</sup>. Bu nedenle delile ulaşma biçimi ile delilin hükümde oynadığı rolün muhakemenin bütününü hakkaniyete aykırı hale getirip getirmediğine bakılması gerekir. Mahkûmiyet kararı sadece yasak delile dayanıyorsa, adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olacaktır; tam tersine, mahkûmiyet sadece yasak delile dayanmıyorsa hakkaniyete aykırılık oluşmayacaktır (Komisyon kararı No: 12505/86)<sup>413</sup>.

<sup>408</sup> ÇOKMUTLU, s.126

<sup>409</sup> İNCEOĞLU, s. 287.

<sup>410</sup> İNCEOĞLU Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara, Kasım 2007, s. 78, 79

<sup>411</sup> İNCEOĞLU, Etik, s. 81, 82

<sup>412</sup> İNCEOĞLU, Etik, s. 91.

<sup>413</sup> İNCEOĞLU, Etik, s. 82.

AİHM; adil yargılanma hakkı doğrudan ihlal edilmediği sürece, kanuna aykırı yoldan elde edilen bir delilin yargılamadaki hukuki değeri, yani hükümde esas alınıp alınmayacağı konusunda genel bir ilke koymanın mümkün olmadığını ifade etmiştir (Schenk/İsviçre ve Salabiakul/Fransa davalarında)<sup>414</sup>.

Yeri gelmişken karşılaştırmalı hukukta, hukuka aykırı elde edilen delilin muhakemede kullanılıp kullanılmadığına bakalım.

Alman Yargıtay'ı hukuka aykırı delillerin duruşmada hüküm verilmeden önce değerlendirilmesi konusunda delilin elde edilmesi ile gerçekleşen hukuka aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakmaktadır. Yani ihlal edilen norm sanığın haklarını önemli ölçüde ihlal etmişse, hukuka aykırı delil kullanılamaz. Buna karşılık yapılan ihlal ikinci derecede kalmakta veya sanık açısından bir önem taşımamakta ise, hukuka aykırı da olsa, delil hüküm verilirken kullanılabilir<sup>415</sup>. Yeni Zelenda da uygulama Almanya uygulamasına benzemektedir. Delil elde edilirken yapılan hukuk ihlali ile toplum menfaati karşılaştırılmakta, ihlal daha ağırsa delil kullanılmamakta, değilse hukuka aykırı elde edilen delil yargılamada kullanılmaktadır<sup>416</sup>. Portekiz yasasının 125. maddesine göre, “kanunun yasaklamadığı bütün deliller kullanılabilir”<sup>417</sup>.

İtalya usul yasasının 189. maddesi, hâkimin, olayların, fiillerin gerçeğini ortaya koyabilecek nitelikte bulunduğunu düşündüğünde, kanunun öngörmediği bir delili de kabul edebileceği kabul etmektedir. Ancak avukatla şüpheli arasındaki muhabere delil olarak kullanılmamaktadır<sup>418</sup>. Hâkime bu kadar geniş bir delil değerlendirme yetkisi vermek adil yargılanma ilkesini bizce açıkça ihlal etmektedir.

Fransa usul yasasının 427. maddesine göre, kanunun başka suretle hüküm koyduğu haller dışında, suçların varlığı her türlü delille ispatlanabilir. Bu ülkede mesela ihlal kamu düzenine ilişkin bir kuralı kapsamakta ise, elde edilen delil muhakemede kullanılmaz<sup>419</sup>.

İngiliz Polis ve Ceza Delil Yasasının 78. maddesi elde edilen tüm delillerin

<sup>414</sup> AKSOY, s. 150, 151.

<sup>415</sup> KUNTER – YENİSEY - NUHOĞLU, s. 1064, 1065

<sup>416</sup> Optican, s. 40.

<sup>417</sup> PRADEL Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, Beta Yayınları, Çev: DÖNMEZER Sulhi, İstanbul 2000,s. 157.

<sup>418</sup> PRADEL, s. 157,158

<sup>419</sup> PRADEL, s. 157,158

kabulü ile hukuka aykırı delilin tümünü değerlendirme dışında tutup tutmamayı hâkimin takdirine bırakmaktadır. Yargıcın takdir yetkisinin sınırı ise, dürüst işlem yapma ve hakkaniyete göre karar vermedir<sup>420</sup>.

Amerika’da suçun ağırlığına bakılmaksızın, sanığın anayasal hakkı ihlal ediliyorsa o delil yok sayılacaktır<sup>421</sup>. Ancak, kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil, kanuna aykırılığın hedefi olan kişi, sanık değilse, kabul edilir<sup>422</sup>.

Ülkemizdeki uygulamayı üç temel YCGK kararı özetlemektedir<sup>423</sup>:

- İlk örnek YCGK’ nin 15.03.2005 tarih, 2005/10-15 esas, 2005/29 karar sayılı ilamıdır<sup>424</sup>. Karara konu olay şöyledir: Bir pazar yerinde akrabaları ile birlikte

<sup>420</sup> **ŞAHBAZ**, s. 107

<sup>421</sup> **OPTİCAN**, s. 38, 39, 40.

<sup>422</sup> **PRADEL**, s. 177.

<sup>423</sup> **ERDAGÖZ**, s. 261

<sup>424</sup> Karar metninin bir kısmı şöyledir: “Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının 254. maddesinin 2. fıkrasında da; “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz” denilmektedir. Görüleceği üzere, anılan yasa maddesi ile, CYUY’nın 135/a maddesi dışında, başka deyişle yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller dışında kalan diğer hukuka aykırı deliller için genel bir değerlendirme yasağı getirilmiştir. Ancak bu hüküm, delilin elde edilmesindeki her türlü hukuka aykırılığın, o delilin değerlendirme kapsamı dışında tutulmasını gerektireceği biçiminde yorumlanmamalıdır. Zira, insan haklarını korumak amacıyla gerçekleştirildiği anlaşılan CYUY’nın 254/2. madde ve fıkrasındaki değişiklik, hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsuru olan adaleti ve hukuki güvenliği gerçekleştirmeyi engellemelidir. Nitekim doktrinde de, elde edilen delillerin basit hukuka aykırılıklar nedeniyle değerlendirme dışında tutulmasının, haksız beraat kararlarının verilmesine ve yargılamanın kilitlenmesine neden olabileceği ifade edilmiştir. ( Bahri Öztürk, Delil Yasakları, Ankara, 1995, s.44- 45 ) O halde, anılan hükmün uygulanmasında yargıcın takdir yetkisini kullanabilmesi mümkündür. Yargıç, yasaklanmış deliller dışında, takdir yetkisini kullanıp değerlendirme yaparken, delil elde edilmesi faaliyeti sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmalı, sanığın haklarının ihlal edilmediği hallerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri yargılamada kullanabilmelidir. Sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde ise, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılmalıdır. Sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır. Sanığın, üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçiminde kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın pazar yeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle delillerin yok edilebilmesi olasılığının yüksek olması karşısında CYUY’nın 97. maddesinde belirtilen “gecikmesinde sakınca bulunan hal”in somut olayda gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, aynı Yasa maddesi uyarınca, emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Yazılı olması gereken bu emrin sözlü verilmesi biçimsel bir eksiklik sayılabılırsa de, elkoyma işlemi üzerine aynı gün bu işlem hakim tarafından onaylanmış bulunmakla mevcut eksiklik bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. Sanık da, suçlamayı kabul etmiş, düzenlenen tutanaklara karşı bir diyeceği olmadığını bildirmiştir. Kolluk görevlilerinin ise, başlangıçtan itibaren elde ettikleri tüm bilgileri C.Savcılığına ulaştırıp arama konusunda hakim kararı alınması için girişimde buldukları, bu suretle hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle, somut olaydaki arama işleminin, esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemez. O halde, sanığın üzerindeki arama işleminin ve sonucunda elde edilen kanıtların hükümde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır” demiştir. (Kararın tamamı için bkz., Adalet Bakanlığı, Uyap mevzuat Programı 9.0, İçtihat menüsü)

bohçacılık yapan ve hakkında arama kararı bulunan Saadettin isimli kişinin uyuşturucu madde bulundurduğuna ilişkin ihbar üzerine kolluk güçleri olay yerine gitmiş ve şahsın üzerini ve arabası aramış, fakat bir şey bulamamıştır. Ancak bu sırada aranan şahsın yanında bulunan akrabalarından Çelebi'nin şüpheli hareketler sergilemesi ve oradaki vatandaşlar tarafından o'nun da esrar kullandığı ve sattığı yönünde yeniden ihbarda bulunulması üzerine emniyet amir vekiline olay haber verilmiş ve emniyet amir vekilinin verdiği “sözlü emir” üzerine bu kişinin de üzeri aranmış, arama sonucunda jelâtin içinde sarmalık çetene ( uyuşturucu madde) ve bunu sarmada kullanıldığı sanılan kâğıtlar bulunmuştur. Bu olayda emniyet amir vekilinin vermiş olduğu arama emrinin yazılı olması gerektiği için söz konusu aramanın hukuka aykırı olduğu, böylece arama sonucu ele geçirilen esrarın da CMUK' nin 254/2 maddesinin emredici hükmü uyarınca muhakemede delil olarak kullanılmayacağı iddia edilmektedir<sup>425</sup>.

YCGK bu kararla delil elde etme faaliyeti sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmak gerektiği; sanığın haklarının ihlal edilmediği hallerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılabileceği sonucuna varmıştır. YCGK ayrıca, sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zararın karşılaştırılmasını; sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin muhakemede kullanılması; aksi takdirde değerlendirme dışı bırakarak hükme esas almaması gerektiğini belirtmiştir. YCGK böylece, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin reddi konusunda yukarıda açıklanan AİHM' nin kullandığı kritere(Schenk/İsviçre ve Salabiakul/Fransa davaları) benzer bir ölçütü kabul etmiştir. Söz konusu olayda “gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle, kolluk amirinin sözlü emriyle arama yapılmasında şekli koşullarda eksiklik var ise de arama kararı verilmesi için gereken maddi koşullar oluşmuş olduğundan, esasen sanığın haklarının da ihlal edildiğinden söz edilemeyeceği ve bu aramada ele geçen delilin yargılamada kullanılabileceğine karar vermiştir<sup>426</sup>.

-İkinci örnek YCGK' nin 29.11.2005 tarih, 2005/7-144 esas, 2005/150 karar

<sup>425</sup> ERDAGÖZ, s.261,262

<sup>426</sup> AKSOY, s.160

sayılı ilamıdır<sup>427</sup>. Karara konu olay Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde 03.10.2001 tarih 4709 sayılı yasa ile değişiklik yapılmadan önceki bir tarihte meydana gelmiştir. O tarihte yürürlükte olan mevzuata göre aramanın kural olarak hâkim kararı ile yapıldığı, ancak gecikmesinde sakınca bulunduğu durumlarda savcı veya kolluk amirinin sözlü arama emri<sup>428</sup> ile de arama yapılabilirdiği açıktır. Karara konu olay şöyledir: Emniyetin istihbari çalışmaları sonucunda Adana il merkezinde oturan sanık Y'nin evinin damında hint keneviri yetiştirdiğinin öğrenilmesi üzerine 24 Mayıs 2001 günü 11.00 sıralarında evine gidildiği, sanığın evinde olmadığını belirlendiği, bunun üzerine, hâkim kararı ve yetkili amir tarafından verilen sözlü emir

<sup>427</sup> Karar metninin bir bölümü "...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 tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içerisinde, 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. Hem 'delil serbestisi' hem de 'delillerin yargıçların kanaatine göre takdir edilmesi' ilkelerinin belli sınırları bulunmaktadır. Bu sınıra göre hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan deliller mahkemece dikkate alınmazlar. Hemen belirtmek gerekir ki, CMUK ile getirilen yargılama sisteminde eskiden bu yana pozitif hukuk normu olarak bazı delil yasakları da mevcuttur. Tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkını kullanmış bulunanların önceden verdikleri ifadelerin duruşmada okunamayacağı ( CMUK md. 47 vd., 245 ), dolayısıyla bu açıklamaların yapılmamış var sayılması gerektiği ve kararda bunlara dayanılmayacağı yolundaki ilke bunlardan biridir. Konumuzu ilgilendiren asıl değişiklik ise CMUK'un 254/2'deki emredici kuralıdır. 'Delil yasakları ile ilgili genel ve kapsayıcı nitelikteki bu prensip uyarınca, hükme esas alınması mümkün bulunmayan deliller, hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller'dir. Öte yandan, Yerel Mahkeme hükmünden sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nin 148. maddesinde de ifade alma ve sorgudaki yasak usuller örnekseme yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiş, ayrıca önceki yasal düzenlemeye benzer biçimde, 'yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği' hükme bağlanmıştır. Keza 217. maddenin ikinci fıkrasında, 'yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği' belirtilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, 'hukuka uygun olarak elde edilmeyen deliller, yeni ceza yargılama sistemimizde de ispat aracı olarak kabul edilmemiştir'. Kaldı ki, 230. maddenin birinci fıkrası uyarınca, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi de zorunludur. Açıklanan pozitif hukuk normları ve uygulamayı yansıtan yargısal kararlar karşısında belirtmek gerekir ki; 'hukuka aykırı biçimde' elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınmaz. Bu bakımdan, sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının Yerel Mahkemece hükme esas alınması isabetsiz bulunmuştur..."(Kararın tamamı için bkz., Adalet Bakanlığı, Uyap mevzuat Programı 9.0, İçtihat menüsü)

<sup>428</sup> 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 97. maddesi ve 2559 sayılı PYSK m.2/8.bent (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için,...Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir...)

de alınmadan ve sanığın aramaya muvafakat ettiği de belirtilmeden eşi Z'nin onayı ile sanığın evinde yapılan aramada damda 50-70 cm boylarında 50 kök hint keneviri bitkisinin ekili olduğu görülüp zapt edildiği, sanığın iki ay önce hint keneviri ektiği ve eskiden beri esrar kullandığı konusunda ikrarı olduğu ve ilk derece mahkemesinin de bu deliller ve başkaca bir delile dayanmayan mücerret ikrara dayanarak sanığın mahkûmiyetine karar verdiği, kararı sanığın temyiz ettiği, Yargıtay 7. CD' nin delillerin hukuka aykırı elde edilmesi ve ikrarın soyut olması sebebiyle kararı bozduğu, bu karara Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itiraz ettiği anlaşılmaktadır<sup>429</sup>.

Bu kararda üzerinde durulan sorun, hukuka aykırı bir arama sonucu elde edilen delilin kullanılması ile elde edilen diğer bir delilin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağıdır. Anglo-Amerikan hukukunda “zehirli ağacın meyvelerinin de zehirli olacağı” görüşünden hareketle, bu tür delillerin ceza yargılamasında kullanılmayacağı kabul edilmektedir<sup>430</sup>. Amerikan hukukuna ait bu ifade ve kavram İngiltere, Hollanda, Fransa'da kabul edilmiş; ancak Almanya'da ilke olarak kabul edilmemiştir<sup>431</sup>.

Sanığın ikametgâhında kenevir bitkisi ekildiği ihbarı üzerine, hâkim kararı alınmaksızın kolluk tarafından re'sen arama yapılmış ve yasa dışı ekilmiş 50 kök hint keneviri bulunmuştur. Bunun akabinde, şüphelinin ifadesine başvurulmuş, arama ile elde edilen suç unsuru karşısında şüpheli üzerine atılı suçlamayı ikrar etmiştir. YCGK, hâkim kararı olmaksızın yapılan ve hukuka aykırı olduğu kabul edilen böyle bir arama neticesinde elde edilen ifadenin de yargılamada tek başına delil olarak kullanılmayacağı sonucuna varmıştır. Hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen yasak delillerle köşeye sıkıştırılan şüphelinin, suçu ikrar eden ifadelerinin “yasak yöntem kullanılarak alınan ifadeler” kapsamında değerlendirileceği, yargılamada ispat aracı olarak kullanılmayacağı kabul edilmiştir. YCGK kararında bunu; “zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur” kuralıyla açıklamıştır<sup>432</sup>.

Hukuka aykırı olarak yapılan arama neticesinde elde edilecek delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağına dair CMK'nin aramaya ilişkin

<sup>429</sup> ERDAGÖZ, s.264

<sup>430</sup> ÖZBEK, Arama, s. 158.

<sup>431</sup> PRADEL, s. 180.

<sup>432</sup> AKSOY, s. 161

hükümlerinde sarıh bir düzenleme yoktur.

-Üçüncü örnek YCGK' nin 26.06.2007 tarih, 2007/7-147 esas, 2007/159 karar sayılı ilamıdır<sup>433</sup>. Karara konu olay şöyledir: İstanbul'da tekstil ürünleri satan bir iş

<sup>433</sup> Karar metninin bir bölümü "...Katılan vekilinin şikayeti üzerine, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca talep edildiğinden İstanbul 4. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 22.08.2002 gün ve 428 sayı ile 'verilen arama kararının usule uygun olduğu', bu karara göre; sanığa ait olduğu anlaşılan M... Tekstil isimli iş yerinde ürünler doğrultusunda, bir defaya mahsus ve gündüzleyin arama yapılmasına izin verildiği, bu karara istinaden belirtilen iş yerinde 22.08.2002 tarihinde 'iki adet polis memuru, müşteki vekili ve sanığın katılımıyla arama yapıldıktan sonra', elde edilen 6 adet bornozun yediemin olarak müşteki vekiline teslim edildiği, bunlardan 1 tanesinin numune olarak emanete alındığı, arama kararının ne şekilde infaz edileceğinin; aramanın yapıldığı 22.08.2002 tarihinde yürürlükte olan 1412 sayılı Yasanın 97. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği, 97. maddenin 2. fıkrasında; 'Hakim veya Cumhuriyet Müddeiumumisi hazır olmaksızın süknada veya iş görmeye mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur' hükmünün yer aldığı, oysa, dosyadaki uygulamaya bakıldığında; aramaya, iki adet polis memurunun, müşteki vekilinin ve sanığın katıldığı, bununla birlikte; Yasanın bulunmalarını emrettiği yukarıdaki kişilerden hiçbirisinin katılmadığının görüldüğü, öyleyse; varabileceğimiz ilk sonucun aramanın şeklen hukuka aykırı olduğu yönünde ortaya çıktığı', bu durumda; arama hukuka aykırı ise; arama sonucunda elde edilen delillerin kullanılabilmesi mümkün müdür, sorusuna yanıt bulmak gerektiği, 'Bu konuda yol gösterici yasal düzenlemenin 1412 sayılı CYUY'nın 254/2. maddesinde yer aldığı... Metne ilk bakıldığında oluşan kanaatin, usule aykırı yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılamayacağı yönünde olduğu', nitekim aynı konunun; Genel Kurulumuzun 29.11.2005 gün ve 144-150 sayılı kararında da tartışıldığı ve netice olarak 'arama kararı alınmadan hukuka aykırı biçimde yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamayacağına' karar verildiği, 'ancak, olayımızın daha farklı olduğu, zira; somut olayda, usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı', hatta, sanığın 'arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi iş yerinden ele geçirildiğine ili kin' açık ikrarının mevcut olduğu, 'daha da önemlisi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı, hal böyle iken; sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delilleri hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil olarak nitelenemeyeceği', Öğretide de; Prof. Bahri Öztürk, Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem ve Doç. Dr. Veli Özer Özbek tarafından hazırlanan Uygulamalı Ceza Muhakemesi isimli eserde bu konudan bahsedilirken; ikili bir ayırımın yapıldığı, 'bu tasnifte; hak ihlalinin niteliği üzerinde durularak', bir hukuk devletinde bazı hakların mutlak, diğer bazı hakların ise nisbi koruma altında bulundurulduğu belirtildikten sonra; buna bağlı olarak 'mutlak delil yasakları' ve 'nisbi delil yasakları' kavramlarının ortaya çıktığının ifade edildiği, buna göre; mutlak delil yasakları; 1-Sanığın kendisini suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, 2-Bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, 3-Sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının hatırlatılmaması (susma hakkı, müdafî tayini isteme hakkı gibi) 4-Hayatın gizli alanına (özel hayata değil) yapılan müdahaleler olarak sayıldığı, bunların dışında kalan durumlarda ise hakim tarafından oranlılık (ölçülülük) ilkesi göz önünde tutularak 'kamu yararı' bakımından bir değerlendirme yapılması gerekliliğinden bahsedildiği, bu bağlamda; illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin; 'herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını' gerektireceği için, böyle bir yaklaşımın uzun vadede son derece ağır sonuçları da birlikte getireceği, Prof. Dr. Öztürk'ün de ifade ettiği gibi; her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabulün doğru olmadığı, bu anlamda, 'olayımızda olduğu gibi hakim, savcı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu bulunmadan yapılan bir aramada, CYUY'nın 97. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de; herhangi bir hakkın ihlal edildiğini söylemenin son derece güç olduğu, Bu nedenlerle, yapılan arama sonucunda elde edilen bornozların



yerine sahip olan sanığın, katılan M... tekstil isimli firmaya ait tescilli desenleri taşıyan fakat bu firma tarafından üretilmemiş olan taklit bornozları satışa arz ettiği şikâyetinin alınması üzerine, usulüne göre alınmış hâkim kararı ile 22.08.2002 tarihinde sanığa ait iş yerinde ‘iki adet polis memuru, müşteki vekili ve sanığın katılımıyla işlem tanıkları bulundurulmadan arama yapıldığı’, arama sonrasında elde edilen 6 adet bornozun yediemin olarak müşteki vekiline teslim edildiği, bunlardan 1 tanesinin numune olarak emanete alındığı, yerel mahkemenin sanığın söz konusu bornozlar üzerindeki desenlerin taklit olduğunu bilemeyeceği gerekçesiyle beraat kararı verdiği, kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 7. Ceza Dairesince yerel mahkemenin beraat gerekçesinin kabul edilmediği, buna karşılık, yapılan aramanın usule aykırı olması nedeniyle arama sonucunda elde edilen bulguların *delil* olarak kullanılmayacağından bahisle, verilen beraat kararının değişik gerekçe ile onandığı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca ise gerek yerel mahkemenin, gerekse Özel Daire beraat gerekçelerinin “uzun süredir suçta konu alanda ticaret yapan kimselerin dava konusu malların tescile konu orijinal ürünlerin taklidi olduğunu bilebilecek durumda olduğunu kabul etmek gerektiği, ayrıca arama sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulunsaydı da delillerin takdirinde herhangi bir farklılık meydana çıkmayacağı” düşüncesiyle yerinde olmadığı belirtildikten sonra, mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği yönünde itirazda bulunulduğu anlaşılmaktadır<sup>434</sup>.

Yargıtay bu kararda herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama neticesinde ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil sayılmasının hakkaniyete uygun olmayacağını kabul etmiş ve arama sonunda ele geçirilen delilin muhakemede kullanılacağını belirterek, öğretide yapılan mutlak ve nisbi delil yasakları ayırımını da kabul ettiğini ifade etmiştir.

---

CYUY’nın 254. maddesi kapsamında hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil olarak mütalaa edilmemesi gerektiği, usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle ekle aykırı hareket edildiğinden bahisle hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil sayılmaları ve mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez...”(Kararın tamamı için bkz., Adalet Bakanlığı, Uyap mevzuat Programı 9.0, İçtihat menüsü)

<sup>434</sup> ERDAGÖZ, s.265, 266

Yukarıda belirtilen üç YCGK kararlarında esas alınan kanun maddesi mülga CMUK'nin 254/2. maddesi ise de CMK'nin 206. ve 217. maddeleri de mülga CMUK'nin söz konusu maddesi ile benzer olduğundan Yargıtay'ın CMK ile ilgili içtihatlarının da aynı şekilde olacağını düşünüyoruz. Zira her iki kanunda da hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin yargılamada değerlendirilemeyeceği bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında bu üç kararda CMK'nin konuya ilişkin maddelerine de değinilmiştir.

Yargıtay'ın bu üç kararı da değerlendirildiğinde; CMUK'nin 254/2 hükmünün delilin elde edilmesindeki her türlü hukuka aykırılığın, o delilin muhakemede tartışma dışı bırakılması biçiminde yorumlanmaması gerektiği, delilin basit hukuka aykırılıklar nedeniyle değerlendirme dışında tutulmasının, haksız beraat kararlarının verilmesine ve yargılamanın kilitlenmesine neden olabileceği, hâkimin, delilleri ve delillerin değerini taktir ederken, delil elde edilmesi sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakması gerektiği, sanığın haklarının ihlal edilmediği durumlarda, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri muhakemede kullanabileceği, sanığın haklarının ihlal edilmesi durumunda ise, ikili bir ayrıma giderek suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel zararın tartılması gerektiği, sanığın topluma verdiği zarar daha ağır ise hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin muhakemede kullanılacağı, aksi takdirde tartışma dışı bırakılması gerektiği yönünde bir içtihada ulaştığı kabul edilmelidir.

Burada özel kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen deliller hükümde kullanılabilir mi sorusu karşımıza çıkmaktadır. CMK'de yer alan ve konusu bakımından elde edilmesi yasaklanan deliller, devletin kovuşturma organlarını sınırlandıran hükümlerdir. Bu nedenle özel kişiler tarafından örneğin hırsızlık suretiyle elde edilen delillerin hükümde kullanılması, genellikle kabul edilmelidir. Ancak, bazı hallerde kullanılması imkânsızdır. Özellikle, özel kişinin kullandığı delil elde etme yöntemi kişi hak ve özgürlüklerini ağır bir şekilde ihlal eder nitelikte ise, o delil değerlendirme kapsamı dışında kalmalıdır<sup>435</sup>. Bu bakımdan özel kişiler tarafından insan onurunu ihlal eden mesela işkence yapmak suretiyle elde edilen delil

<sup>435</sup> KUNTER – YENİSEY - NUHOĞLU, s. 1071

kullanılamaz. Ayrıca üçüncü kişilerin ilgilinin özel hayatına müdahalesi haklı olarak kabul edilebiliyor, olayda bir hukuka uygunluk sebebi bulunuyorsa delilin kullanılması da imkân dâhilindedir. Mesela, şantaj veya tehdit suçuna maruz kalan kişinin kaydettiği ses delil olarak kullanılabilir<sup>436</sup>.

Bu konudaki görüşümüz bağımsız adli kolluk kurulursa; Anayasanın 38/6 maddesi sert bir şekilde uygulanmalıdır. Madde uyarınca, aramaya ilişkin olarak yapılacak kanuna aykırılıklar, kanuna aykırılığın niteliği ve boyutu ne olursa olsun, yapılan arama işlemini hukuka aykırı hale getirecek ve arama sonucu ele geçen delil sübut sorusunda kullanılamayacaktır. Aksi taktirde, yani adli kolluğun hali hazırdaki çok başlı ve insan hakları eğitiminden yoksun durumu devam ederse Yargıtay'ın üç tane YCGK ilamı ile belirttiğimiz görüşü kabul edilmelidir. Yani kişinin anayasal haklarını ihlal etmeyecek şekilde hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin muhakemede kullanılıp kullanılmaması mahkemenin takdirinde olmalıdır. Örneğin, arama kararında imza olmaması bir usul 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. Bu durum yargılamanın kilitlenmesi ve haksız beraat kararlarına yol açabilir.

#### 1.4. Tazminat sorumluluğu

Hukuk devletinde, idare faaliyetleriyle şahıslara ve kuruluşlara zarar vermesi halinde, bu zararları karşılamak zorundadır<sup>437</sup>. Gerek önleme gerekse adli arama, idarenin bir işlemi niteliğinde olduğundan, hukuka aykırı aramanın haksız veya suç niteliğinde olması durumunda aramayı icra eden kolluk görevlisi ve idare aleyhine tazminat davası açılabilecektir<sup>438</sup>. Nitekim Danıştay özetle “Davacının önleme tedbirleri kapsamında üst ve eşyalarının aranması, bir kamu hukuku kuralına dayalı olarak tesis edilen idari işlem niteliğindedir.<sup>439</sup>” şeklindeki bir kararıyla önleme aramasını idari bir işlem olarak kabul etmiştir. Tazminat davası ve koşulları aramanın adli veya önleyici olmasına göre farklı düzenlemelere tabidir<sup>440</sup>.

<sup>436</sup> ÖZBEK, Muhakeme, s. 676.

<sup>437</sup> ÖZER Atilla, Hukuk Devleti, PD, S.36, s.47

<sup>438</sup> ERYILMAZ, s.283

<sup>439</sup> Danıştay 10. Dairesi, 01/02/1994 T., 1992/2572E., 1994/392K.

<sup>440</sup> BİLEN, s.139

1982 Anayasasının temel hak ve hürriyetlerin korunması başlıklı 40. maddesinin üçüncü fıkrası; “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır” hükmünü getirmekle devletin haksız işlem sonucu vatandaşına verdiği zararı tazmin etmeyi kabul etmiştir. Anayasanın bu hükmünün bir yansıması olarak CMK’ nin 141. maddesinde de, koruma tedbirleri nedeniyle mağduriyete uğrayanların tazminat istemelerine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Bu madde bilindiği gibi adli amaçlı arama yani koruma tedbiri olan arama nedeniyle mağdur olanların tazminat istemelerine ilişkindir.

Tazminata ilişkin mevzuatımızda 01.06.2005 tarihinde yürürlüktün kaldırılan 466 sayılı kanun vardı. Bu kanunla düzenlenen tazminat istemi, sadece yakalama ve tutuklamadan doğan zararların tazminine ilişkindi. Zaten yasanın adı da “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun” idi. 5271 sayılı CMK’de ise yakalama ve tutuklamanın yanında, diğer koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararlar da tazminat isteminin kapsamına alınmıştır. Bu gelişme ülkemizde hukuk devletinin gelişmesi adına çok önemli bir kazanım olarak 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 açamıyorlardı. Yani mevzuatsal bir boşluk vardı. İşte CMK’deki bu hüküm adli arama konusundaki bu boşluğu doldurmuştur. CMUK’de böyle bir düzenleme olmamasına rağmen CMK’de bu yönde bir düzenlemenin yapılmış olması hukuk devleti adına çok olumlu bir gelişmedir<sup>441</sup>.

5271 sayılı CMK’nin birinci kitabının, dördüncü kısmının Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlıklı Yedinci Bölümünde yer alan 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’nin 119.maddesindeki başlıktan da anlaşılacağı üzere, hem hâkim kararı hem de Cumhuriyet Savcısının

<sup>441</sup> **GÜLŞEN Recep**, Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, [www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc](http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc) Erişim Tarihi, 25.01.2010.

yazılı emrini ifade etmektedir<sup>442</sup>. Bizce kolluk amirinin yazılı emri de arama kararı içinde sayılmalıdır.

Burada sözü edilen tazminat istemi, soruşturma ve kovuşturma aşamasında yapılan haksız işlemlere ilişkindir. Buna göre, aramanın ölçsüz şekilde gerçekleştirilmesi de maddi ve manevi her türlü tazminat isteminin konusu olabilir<sup>443</sup>. CMK’de ki düzenlemeye göre, aramaya maruz kalanın tazminat hakkı sadece arama kararının ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi haline münhasırdır. Yani adli amaçlı aramada aramanın şartları oluşmamasına rağmen, örneğin makul şüphe oluşmamasına rağmen arama kararı verilmesi, gecikmesinde sakınca bulunmamasına rağmen varmış gibi yazılı emirle arama emri verilerek arama yapılması halinde aramaya maruz kalanın tazminat hakkı yoktur<sup>444</sup>. Arama sırasında kişinin aranması gerekmeyen eşyasının aranması, aramaya maruz kalana orantısız kuvvet kullanılması veya aramanın gereksiz yere uzun tutulması durumunda, arama kararının ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi söz konusu olur ve bu gibi hallerde tazminat hakkı doğar. Tazminat hem maddi hem de manevi zararların tümünü kapsar<sup>445</sup>. Sadece ölçsüz bir şekilde aramanın icrası halinde değil, aynı zamanda hukuka aykırı arama halinde de kişi hürriyetine değer verilmesine istinaden devletten manevi tazminat istenebilmelidir<sup>446</sup>. Ayrıca burada “aranan şeyin niteliği” ölçüyü belirleyecektir<sup>447</sup>. Aramanın ölçsüz biçimde icra edilmesi ibaresi belirsiz bir ibaredir. Burada muhtemelen ölçülülük(oranlılık) ilkesine aykırılık kastedilmektedir. Buna göre arama faydalı, gerekli ve amaca uygun değilse ölçsüzdür. Bu ise aramanın şartlarının oluşmamasına rağmen gerçekleştirilmesini de kapsar. Mesela geceleyin arama yapılması için koşullar oluşmamış buna rağmen arama yapılmışsa arama ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilmiştir demektir<sup>448</sup>. Hüküm gereğince arama kararının hukuka aykırı veya haksız olması durumunda değil, kararın yerine getirilmesi sırasında gerekli özenin gösterilmemesi ve ölçsüz hareket edilmesi

<sup>442</sup> GÜLŞEN, a.g.m.

<sup>443</sup> AKSOY, s.166

<sup>444</sup> HAKERİ Hakan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat, HPD, S.03, Y.2005, s.109

<sup>445</sup> BİLEN, s.139,140

<sup>446</sup> GÜLŞEN, s.95

<sup>447</sup> KUNTER – YENİSEY - NUHOĞLU, s. 999.

<sup>448</sup> ÖZBEK, Muhakeme, s. 358.

dolayısıyla meydana gelen zararların devlet tarafından tazmini olanağı tanınmış bulunmaktadır<sup>449</sup>. Yine arama kararının haksız olması CMK kapsamında devletin sorumluluğunu doğurmayacaktır. Zira ‘ölçsüz biçimde icra edilmek’ten maksat örneğin, arama sırasında tüm eşyaların dağıtılması, eve ve eşyalara zarar verilmesi, etrafın kirletilmesi gibi ölçsüz davranışlardır<sup>450</sup>. CMK’nin 141/1-i. maddesinde belirtilen durum dışında kalan haksız arama işlemleri nedeniyle, genel hükümlere göre tazminat isteminde bulunulabilir<sup>451</sup>.

CMK’nin 142. maddesinde tazminat istemenin koşulları ve buna ilişkin usul hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre tazminat talebinin, ilgili kişi hakkındaki kararın veya hükmün kesinleşmesi üzerine yapılacak tebligattan itibaren üç ay ve her halde kararın veya hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde yapılması gerekir. Tazminat istemeye hak sahibi olan kimsenin hakkındaki soruşturma ve kovuşturmanın akıbetini ve kesin sonuca bağlanışını takip ederek, dava hakkını gecikmeden kullanması öngörüldüğünden bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür. Dava zarara uğrayanın kendisi, yasal temsilcisi veya vekili tarafından açılacak ve hazine davalı gösterilecektir. Davaya bakmakta yetkili ve görevli mahkeme davacının oturduğu yer ağır ceza mahkemesidir. Ancak tazminata konu asıl işlem bu mahkemeye yapılmış ise, o yerde başka ağır ceza mahkemesi varsa numara itibarıyla o mahkemeyi takip eden ağır ceza mahkemesi, eğer o yerde başka ağır ceza mahkemesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesi yetkili ve görevli olacaktır. Mahkeme öncelikle davacının dilekçesi ve ekindeki belgelerin yeterliliğine ilişkin bir inceleme yapacak ve eksiklik bulunması halinde davacıya eksikliği gidermesi için bir aylık süre tanıyacaktır. Bu süre içerisinde eksikliğin giderilmemesi halinde mahkeme dilekçeyi itiraz yolu açık üzere ret edecektir. Eksikliği olmayan veya verilen süre içerisinde eksikliği giderilen dava dilekçesi ekindeki belgelerin birer örneği devlet hazinesi temsilcisine tebliğ edilecek ve varsa beyan ve itirazlarını bildirmek üzere on beş günlük süre verilecektir. Bu işlemlerin tamamlanması üzerine mahkeme inceleme ve değerlendirmesini duruşmalı olarak yapacaktır. Mahkeme gerekli

<sup>449</sup> **HAKERİ Hakan - ÜNVER Yener**, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara 2008., s. 236.

<sup>450</sup> **YIRTIMCI Kaan**, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Hukuk Gündemi Dergisi, Sayı: 3, Aralık 2005, s. 35

<sup>451</sup> **AKSOY**, s.167

görmesi halinde tazminat talebine konu olaya ilişkin keşif yapabilecek, tanık dinleyebilecek ve bilirkişi incelemesi yaptırabilecektir. Mahkemece davacı ve davalının yokluğunda karar verilebilir. Mahkemenin yapacağı inceleme sonrasında vereceği karara karşı istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı ve hazine temsilcisi istinaf yoluna gidebileceklerdir. Açıktır ki Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçene kadar temyiz yoluna gidilecektir. İstinaf veya temyiz incelemesi öncelikle ve ivedilikle yapılacaktır.

Devletin, koruma tedbiriyle ilgili olarak ödediği tazminattan dolayı görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu edeceği de CMK'nin 143/2. maddesinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde açıklık olmamakla birlikte, bu konuda kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı mahkûmiyeti durumunda rücu mümkün olabilmelidir. Burada görevini icrai hareketle kötüye kullanan kamu görevlisine rücu edilmesi kabul edilmiş, ihmali davranışla görevin kötüye kullanılması kapsam dışı bırakılmıştır<sup>452</sup>. Ancak rücu konusunda idareye insiyatif tanınmamıştır. Buna göre, ödenen tazminat, haksız aramaya neden olan kamu görevlisine mutlaka rücu edilecektir<sup>453</sup>.

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 ölçsüz davranışları sonucu verilen zarar dolayısıyla devletçe ödenen tazminatın, kendilerine ödettilmesini içeren bu hüküm, aramanın daha ölçülü ve dikkatli gerçekleştirilmesini sağlayacaktır<sup>454</sup>.

Tazminat davası ve koşulları aramanın adli veya önleyici olmasına göre farklı düzenlemelere tabi olduğunu yukarıda belirtmiştir. Önleme araması niteliği gereği bir idari işlem olduğundan sorunun idare hukuku esaslarına göre incelenmesi gerekir. İdarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararlarından sorumlu tutulması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir<sup>455</sup>. İdarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna dair Anayasanın 125. maddesi gereğince, önleme aramaları

<sup>452</sup> 5271 sayılı CMK'nin 143. maddesi gerekçesinden

<sup>453</sup> **MALKOÇ İsmail - YÜKSEKTEPE Mert**, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005,s. 391.

<sup>454</sup> **GÜLŞEN**, a.g.m.

<sup>455</sup> **GÜNDAĞ**, s.243.

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 açıklanmıştır<sup>456</sup>. Buna göre, ister adli arama, ister önleme aramalarında olsun, şartları oluşmadan arama işlemine girişilmesi halinde idare aleyhine idari yargıda “tam yargı” davası açılabilir<sup>457</sup>.

İdare aleyhine kolluk görevlisinin işlem veya eyleminden kaynaklanan tazminat davası açılabilmesi için, idarenin işlem veya eylemden dolayı kusurlu sorumluluğunun bulunması gerekir. İdarenin kusurlu sorumluluğu ülkemizde *hizmet kusuru* kavramı ile açıklanmaktadır. Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade eder. Buradaki hizmet kavramı sadece idari faaliyetlerin belirli bir kısmı olan kamu hizmetini değil aynı zamanda kolluk faaliyetleri gibi hizmetleri de kapsar<sup>458</sup>.

Kolluk görevlisinin işlem veya eylemlerinden dolayı idarenin kusurlu sorumluluğunun olmadığı yani hizmet kusurunun söz konusu olmadığı hallerde kolluk görevlisinin *kişisel kusurundan* bahsedilir. Kamu görevlilerinin hizmetle alakası olmayan kusurlu tutum ve davranışları kişisel kusuru oluşturur. Ayrıca hizmet içinde dahi olsa kamu görevlilerinin suç teşkil eden davranışları, yargı kararlarına uymamaları, kötü niyetli davranışları ve ağır kusurlarının bulunması hallerinde kişisel kusur söz konusudur. Hizmet içindeki kişisel kusur hallerinden yargı kurallarına uymama hali hariç diğer bütün hallerde aynı zamanda idare açısından hizmet kusuru da söz konusu olur<sup>459</sup>. Danıştay 10. Dairesi işkence iddialarına ilişkin olarak vermiş olduğu birçok kararda personelin yeterli düzeyde eğitilmemesinin, yeterli ve etkili bir denetimle işkence ve benzeri olayların meydana gelmesine engel olunmaması için yeterli tedbirlerin idarece alınmamasının, hizmetin kötü biçimde

<sup>456</sup> ERYILMAZ, s. 287-288.

<sup>457</sup> AKSOY, s.167

<sup>458</sup> GÜNDAY, s.244

<sup>459</sup> GÜNDAY, s.249-250



işlemesine sebep olunmasının hizmet kusuru olduğunu vurgulamıştır<sup>460</sup>.

Hizmet kusurunun bulunması durumunda DMK'nin 13. maddesi ve 1982 Anayasasının 129. maddesine göre tazminat davası idare aleyhine ve idari yargıda açılabilir, memur aleyhine tazminat davası açılmayacaktır. Kişisel kusur bulunması durumunda memur aleyhine direkt adli yargıda BK'nin 41. vd maddelerine göre tazminat davası açılabilir<sup>461</sup>.

Bu nitelikte bir aramaya maruz kalan açısından CMK 141/1-i maddesindeki gibi bir kısıtlama söz konusu değildir. Bu durumda, örneğin makul sebep olmadan arama yapılması, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olmamasına rağmen hâkim kararı alınmadan arama yapılması, aramanın amacının ötesinde aranması gerekmeyen eşyanın aranması, aramanın gereksiz yere uzatılması veya arama sırasında aramaya maruz kalana orantısız kuvvet kullanılması tazminat sorumluluğunu gerektirecektir<sup>462</sup>.

## **2. Arama Kararı veya Emrine Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda arama tedbirine özgü ayrı bir kanun yolu belirtilmemiştir. Tabidir ki CMK'deki olağan kanun yollarına ilişkin hükümler arama kararı veya arama emri için de uygulanabilir<sup>463</sup>. Çünkü CMK'nin 260. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi kanun yollarının kapalı olduğu açıkça belirtilmeyen hallerde hâkim ve mahkeme kararlarına karşı kanun yolları açıktır.

### **2.1.Hâkim veya Mahkeme Tarafından Verilen Arama Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları**

Bunlar sırasıyla olağan kanun yolları olan itiraz ve temyiz ile olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozma (yazılı emir) yoludur.

#### **2.1.1. İtiraz ve Temyiz**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267. maddesine göre; "Hâkim

<sup>460</sup> Danıştay 10.D,12.02.1986T, 1984/2297E, 1986/253K., 01.06.1983T., 1982/2539E, 1983/1357K.,12/10/1999 T., 1997/3568E, 1999/4782K., (Aktaran, **BİLEN**, s.142)

<sup>461</sup> **BİLEN**, s.142

<sup>462</sup> **ERYILMAZ**, s.288

<sup>463</sup> **GÜLŞEN**, s. 93, dipnot 24

kararları ile kanunun açıkça gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına itiraz edilebilir” Buna göre, hâkimlik kararlarına itiraz kural olarak mümkün olmakla birlikte, mahkeme kararlarına itiraz ancak kanunun açıkça gösterdiği hallerde mümkündür. Dolayısıyla aramaya hâkim karar vermişse bu karara itiraz mümkündür. Aramaya mahkeme karar vermişse, mahkemenin verdiği arama kararlarına itiraz edilebileceğini kanun açıkça öngörmediğinden, itiraz mümkün değildir. Ancak mahkemeler tarafından verilen arama kararları tümüyle denetimden yosun değildir. Çünkü CMK’nin 287. maddesine göre; “Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da hükümlerle beraber temyiz olunabilir” Buna göre mahkeme kararı niteliğindeki arama kararlarına karşı esas hükümlerle birlikte temyiz yoluna gidilebilir. Hâkim kararı niteliğindeki arama kararına itiraz üzerine CMK’nin 268. maddesi gereğince işlem yapılacaktır. Kural olarak itiraz kararın yerine getirilmesine engel olmaz(CMK md 269).

### **2.1.2. Kanun Yararına Bozma(Yazılı Emir)**

Arama kararına veya emrine karşı kanun yararına bozma yoluna da gidilebilmesi mümkündür. CMK’nin 309. maddesine göre; “Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtay’ca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir” Buna göre, hâkim ve mahkemeler tarafından verilen ve istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlarda, hukuka aykırılık bulunması halinde bunu öğrenen Adalet Bakanının, o karar ve hükmün Yargıtay’ca bozulmasını sağlamak için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, o karar ve hükmün bozulmasını gerektiren yasal nedenleri içerir yazıyla başvurabilir. Burada ‘Adalet Bakanlığı’ kelimesinden Adalet Bakanı anlaşılır.

## **2.2. Hâkim veya Mahkeme Kararı Olmaksızın Yapılan Aramaya Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları**

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile yapılan arama işlemlerinin 24 saat içinde görevli hâkim onayına sunulması

zorunluluktur (CMK m. 127/3). Arama emrinin hâkim onayına sunulmasıyla arama emri, arama kararına dönüşeceğiinden bu karar hakkında itiraz, temyiz ve kanun yararına bozma yoluna başvurulabilecektir. Bu şekilde denetim sağlanarak keyfilik önlenecektir<sup>464</sup>. Bu nedenle aramaya muhatap kalanında hâkim onayına sunulma ile birlikte arama kararına itiraz hakkı vardır. CMK'nin 119. maddesinde “Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir” hükmü varsa da, savcının veya kolluk amirinin yazılı arama emrinin hâkim onayına sunulması düzenlenmemiştir. Oysa Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde, yetkili merciin yazılı arama emrinin 24 saat içinde hâkim onayına sunulacağı belirtilmektedir. Bu boşluk Anayasanın kendiliğinden uygulanabilecek hükmü ile doldurulmalı ve bu tür emirler derhal hâkim onayına sunulmalıdır<sup>465</sup>.

### **2.3.Önleme Aramasına Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları**

Önleme araması kararlarına karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı ve başvurulacaksa nereye başvurulacağı hususunda mevzuatımızda kanun düzeyinde açık bir düzenleme yoktur. 1982 Anayasasının 20. maddesi hâkim kararı olmadıkça kimsenin üstünün, eşyasının ve özel kâğıtlarının aranamayacağını belirtmektedir. Yine yetkili merciin kararının 24 saat içinde hâkim onayına sunulması gerektiğini belirtmiştir. Burada arama kelimesi seçilerek bizce hem adli hem de önleme araması ifade edilmektedir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 20/4. maddesi “Hâkim tarafından verilen kararlar aleyhine, mülkî âmir tarafından kanun yollarına başvurulabilir” hükmünü içermektedir.

PVSK'nin 9. maddesi uyarınca önleme aramasının sulh ceza hâkiminden talep edilebileceği kabul edilmiştir. Önleme araması hâkim tarafından verildiğinde önleme araması sonucunda mağdur olanlar ya da önleme araması talebinin reddi halinde veya kısmen reddi halinde mülki amir tarafından 5271 sayılı CMK'nin 267 ve devamı maddeleri uyarınca itiraz yoluna başvurmak mümkündür. Zira 267. madde de “hâkim” veya “mahkeme” kararından bahsetmektedir. Hâkim veya mahkeme kararların içeriğine göre bir kanun yolundan bahsetmemektedir. Önleme aramasının niteliği gereği idari bir işlem olması önleme araması kararı hakkında CMK

<sup>464</sup> GÜMÜŞAY, s. 197.

<sup>465</sup> KUNTER – YENİSEY – NUHOĞLU, s. 949.

hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Aksi bir durum temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması anlamına gelen önleme arama kararlarını hukuki denetimin dışında bırakır. Denetimsizliğin hukuk devletinde yeri yoktur<sup>466</sup>. Zira denetimsizlik baskı ve otoriteyi getirir.

Burada “hâkim” veya “mahkeme” kararından ne anlaşılması gerektiği, “hâkim kararı” ile “mahkeme kararı”nın farklı mı? Olduğu sorulabilir. Bizce “hâkim kararı” ile “mahkeme kararı” aynı anlamdadır. Zira 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 2. maddesi ilk derece mahkemelerinin hukuk ve ceza mahkemeleri olduğunu, 8. maddesi ceza mahkemelerinin “sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleri” olduğunu, 9. maddesi “Sulh ceza ve asliye ceza mahkemeleri tek hâkimlidir. Ağır ceza mahkemesinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Bu mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır” hükümlerini getirmiştir. Buradan “hâkim kararı” ile “Mahkeme kararı”nın farklı olmadığı anlaşılmaktadır. Zaten uygulamada her türlü karar başlığında(esastan, değişik iş, ek karar v.b.) mahkeme ismi yazar. Örneğin Sulh Ceza Hâkimi kararı yazmaz Sulh Ceza Mahkemesi kararı yazar.

Önleme aramasının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amir tarafından yazılı olarak verilmesi halinde hâkim onayına sunulup sunulmayacağı belirtilmemiştir. Bizce bu husus Anayasanın doğrudan uygulanabilen 20. maddesi uyarınca 24 saat içinde hâkim onayına sunulmalıdır. Böylece mülki amir tarafından verilen karar hâkimin onayı ile hukuki denetime açık hale gelecektir. Aksi bir düşünce önleme araması verme yetkisinin hâkimlerden yasanın dolanılması yoluyla alınmasıdır. Bu ise temel hak ve hürriyetlerin korunmasının geriye gitmesidir. Mülki amir tarafından gecikmesinde sakınca bulunan halde verilen yazılı önleme arama emri hâkim onayına sunulmadığı durumda ise bu işlemin idari işlem olma özelliği artacağından artık idari yargı denetimine tabi tutulmalıdır. Zira Anayasanın 125. maddesi uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemleri yargı yoluna tabidir. Burada mülki idare amirinin verdiği önleme araması kararı iptal davası ile arama sonucu mağdur olanların zararına yönelik talepler ise tam yargı davası ile karşılaşacaktır.

<sup>466</sup> Aksi görüş için bakınız **BİLEN**, s.146

Yine her halde önleme araması kararlarına karşı hüküm ile birlikte istinaf ve temyiz yoluna gidilebilecektir. Zira birçok önleme araması sonucu ceza kanunu yönünden suç olduğu anlaşılmakta ve iddianame düzenlenmektedir.

Ancak bu anlatılanlar uygulama birliğinin sağlanmasına yetmemektedir. Bunun çözümü ise anayasa ile yönetmeliğin arasındaki bağı kurmaktır. Bu ise yasal düzenleme ile sağlanabilir. Bilen'e göre mülki idare amirinin itiraz hakkı bulunmamaktadır<sup>467</sup>. Bilen bu sonuca CMK'nin 260. maddesinde kanun yoluna başvurma hakkı olanların sayıldığını bu düzenlemeye mülki idare amirinin girmediğinden ulaşmaktadır. Burada haklılık payı bulunmaktadır. İşte bu nedenle yasal düzenleme gerekmektedir. CMK'nin 268. maddesinde "ilgililer"ın kararı öğrenmelerinden itibaren 7 gün içinde itiraz edebilecekleri belirtilmiştir. Burada 260. maddeye bir atıfta yoktur. İlgiler kelimesinden ne anlaşılması gerektiği maddede ve gerekçesinde belirtilmemiştir. Bizce bir yüksek yargı içtihadı ile ilgili kavramından kimlerin anlaşılacağı belirtilmeli ve mülki idare amirlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği saptanmalıdır. Böyle bir durumda yasa değişikliğine de gerek kalmayacaktır.

---

<sup>467</sup> BİLEN, s.146

## SONUÇ

Korkulan bir zarar olasılığına karşı alınan önlemlere tehlike tedbiri denir. Tehlike tedbirleri iki kısımdır. Birincisinde uzak tehlike önlenmeye çalışılır ve önleme tedbiri denir. İkincisinde tehlike yakındır ve kendimizi artık sadece tehlikeli sonuçtan koruyabiliriz. Buna ise koruma tedbiri denir. Gizlenen ve/veya saklı tutulan bir kimsenin ve/veya nesnenin önleme veya adli amaçlarla ortaya çıkarılması için yapılan arama faaliyetinden söz edildiğinde öncelikle bir tehlike tedbiri olduğu düşünülmelidir. Devletin sosyal düzeni korumak, tehlikeyi önlemek için genel asayişin korunması amacıyla, suç işlemeden önce yürüttüğü faaliyet önleme aramasını, suçun işlenmesinden sonra suç delillerinin ve suçlunun bulunması için adli görev kapsamında yürüttüğü faaliyet ise koruma tedbiri niteliğindeki adli aramayı ifade etmektedir. Ortada henüz bir suç yok ise başvurulacak arama önleme aramasıdır ve daha çok idari nitelik taşır.

Tarihsel süreç içinde arama tedbirine, önceleri bağımsız bir kurum biçiminde olmasa da başvurulmuştur.19. yüzyıldan itibaren hak ve hürriyetlere yönelik müdahale oluşturan arama ceza mevzuatlarında ayrı bağımsız bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bununla da kalmayarak uluslararası sözleşmelere de konu olmuştur.

Karşılaştırmalı hukukta, Almanya, İngiltere, Fransa ve İtalya gibi ülkelerde arama için kural olarak hâkim kararı arandığı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kolluğa doğrudan arama yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Hukukumuzda ise kural, hâkim kararı olmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emrinin aranması ve kolluğa hiçbir şekilde önleme arama kararı verme yetkisi verilmemesi karşısında; ülkemizdeki sistemin Avrupa ülkelerindeki sistemlerden daha fazla temel hak ve hürriyetleri korumaya matuf olduğu söylenebilir.

Arama, birtakım temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir tedbirdir. Özel hayatın gizliliği, insan haysiyetinin dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, kişi hürriyeti aramanın temas ettiği başlıca hak ve özgürlüklerdendir. Bu belirtilen hak ve özgürlükler başta BMİHEB ve AİHS olmak üzere birçok uluslararası düzenleme ile koruma altına alınmıştır. Ülkemiz bu düzenlemelere taraftır. Bu düzenlemeler doğrultusunda ve Avrupa Birliğine uyum

süreci içinde temel hak ve özgürlükler ile ilgili başta anayasamız olmak üzere mevzuatımızda çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile insan hak ve özgürlükleri güçlendirilmeye çalışılmıştır. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili en kapsamlı uluslararası düzenleme AİHS'dir. AİHS anayasamızın 90. maddesi uyarınca iç hukuk kuralı haline gelmiştir. Yine bireysel başvurunun kabul edilmesi hak ve hürriyetlere ülkemizin verdiği önemi ortaya koymaktadır.

Arama ile ilgili temel düzenleme anayasamızda bulunmaktadır. 2001 yılında 4709 sayılı kanunla, Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde yapılan değişikliklerle; arama yapılabilmesi için kural olarak hâkimden karar alınması, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması şartı koşulmuştur. Adli arama için en teferruatlı düzenleme Ceza Muhakemesi Kanunudur. CMK tam 19 maddesini bu konuya ayırmıştır. Tez konumuz olan önleme araması için yasal düzenleme Polis Vazife ve Selahiyet Kanunudur. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ise uygulamayı göstermek üzere hazırlanmıştır.

Arama tedbirine gerek başvurulmasında ve gerekse yerine getirilmesinde aramaya hâkim olan ilkelerin her zaman göz önünde bulundurulması gerekir. Bu ilkelere riayet edilmemesi halinde insan haysiyetini zedeleyen hukuka aykırı bir arama ortaya çıkar. Yine bu ilkeler arama icra edenlere davranış standartları getiren ilkelerdir. İnsan onuru hukukumuzda temel kavram olarak benimsenmiştir.

Aramanın esaslı iki şartı vardır. Adli ve önleme araması için müşterek şart, aramanın hâkim kararına dayanmasıdır. Adli arama açısından ikinci şart makul şüphenin varlığıdır. Önleme araması açısından ise ikinci şart aramayı haklı kılan makul sebeplerin varlığıdır. Makul şüphe ve sebebin tespitinde objektif verilere dayanılması aramaya maruz kalacaklar açısından birer güvence niteliğindedir. Bir arama faaliyetinin hukuka uygun yapıp yapılmadığını saptayabilmek için ilk önce onun ne araması olduğunu tespit etmek gerekir. Önceden de belirttiğimiz gibi arama adli ve önleme araması olarak ikiye ayrılır. Hukuk devleti olarak temel hak ve hürriyetlerle birebir ilgili olan arama tedbirini ayrıntıları ile yasalarda düzenlemek gerekir. Öte yandan aramaya muhatap olan bireylerin yapılan işlem hakkında yargısal denetim yoluna başvurabilme olanağı bulunmalıdır. Bu bağlamda bireysel başvuru hakkının tanınması önemli bir gelişmedir. Nihayet, hukuka aykırı arama sonucu elde

edilen deliller yargılamada kullanılmamalıdır.

Adli arama gece ve gündüz yapılabilir. CMK'nin 118/2. maddesinde belirtilen istisnalar haricinde ev, işyeri ve kapalı alanlarda gece adli arama yapılamaz. Önleme araması için zaman sınırlaması yoktur. Ancak önleme araması konutta, yerleşim yerinde, kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde yapılamaz.

Önleme araması aramanın icra edileceği yerin en büyük mülki amirinin talebi üzerine Sulh Ceza hâkimince verilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emri ile de önleme araması yapılabilir. Mülki amirin yazılı arama kararı Anayasanın doğrudan doğruya uygulanabilir hükümleri uyarınca 24 saat içinde hâkim onayına sunulmalıdır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8., 9. ve 30/1. maddeleri herhangi bir karar alınmaksızın yapılabilecek aramaları düzenlemiştir. Bunlar genellikle suçüstü haller ile gecikmesinde sakınca olan hallere ilişkindir. Fakat gerek Anayasaya, CMK'ye ve PVSŞ'ye bakıldığında aramanın hâkim kararı ile olması kuralına istisnalar getirilebileceğinin öngörülmediği görülür. Anayasa ve kanunla öngörülmemiş hususların bir yönetmelikle düzenlenmesi yönetmeliğin konu ve sebep unsuru yönünden sakat olması sonucunu doğurur. Bu açıdan yönetmelik Anayasa ve CMK'ye ve PVSŞ'ye aykırıdır. Kaldı ki bu aykırılığı Danıştay 10. Dairesi 13.03.2007 tarihli ve 2005/6392 E. ve 2007/948 K. sayılı ilamı ile belirtmiş ve yönetmeliğin 8. ve 30. maddelerinin bazı hükümlerini iptal etmiştir. Uygulamadaki tartışmaları gidermek için ya Anayasa ve PVSŞ yönetmelikteki kuralları içine alacak şekilde düzenlenmeli ya da yönetmelik mevcut anayasa ve PVSŞ'ye uygun hale getirilmelidir.

Aramanın başta Anayasa olmak üzere yasalarda belirtilen şartlara uygun olarak yapılması gerekir. Arama kararı ve uygulaması açısından belirtilen şartlara riayet edilmemesi halinde yapılan arama hukuka aykırı bir arama olacaktır. Hukuka aykırı arama halinde ele geçirilen deliller ise mahkemede kullanılmayacaktır. Ayrıca hukuka aykırı arama halinde aramaya maruz kalanın tazminat hakkı doğacak ve yapılan işlem suç teşkil edecektir. Yine hukuka aykırı arama yapan görevliler için disiplin soruşturması da yapılabilecektir.

Arama hâkim kararı niteliğinde ise bu karara itiraz, mahkeme kararı ise ancak esas hükümlerle birlikte temyiz kanun yoluna ya da temyiz edilmeksizin kesinleşmiş ise



yazılı emir yoluna başvurularak denetlenmesi mümkündür.

Son olarak tüm halkımıza özgürlük içinde onurlu güvenlik diliyorum.

## KAYNAKLAR

- 1924 Anayasası Metni, <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>  
(22.01.2010)
- 1961 Anayasası Metni, <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>  
(24.01.2010)
- Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı,  
[http://www.canaktan.org/hukuk/insan\\_haklari/yirminciyuzyilda/](http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminciyuzyilda/) afrikali\_insan.htm  
(20.01.2010).
- AIHS ve AIHM Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku, PD, S.36, s.328  
**AKSOY Şemsettin**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslar arası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007
- AKSOY Şemsettin**, Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- ARMAĞAN Servet**, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Ankara 1996
- ARTUK Mehmet Emin - GÖKCEN Ahmet - YENİDÜNYA Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2005
- ATASOY Ömer Adil**, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu, Anayasa Yargısı Dergisi, 2002
- AVCI Mustafa**, “Yeni Düzenlemelere Göre Tutuklama”, HPD, S.3, Nisan 2005
- AVCI Mustafa**, “Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i maruf) Uygulaması”, Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi, S:147, Aralık 2003
- Avrupa için Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma;  
<http://www.abgm.adalet.gov.tr/abanayasa%20ikinci%20bolum.pdf> (20.01.2010).
- AYDIN Murat**, Arama ve Elkoyma, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara 2009

- BAKICI Sedat**, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- BALTA T.Bekir - KUBALI H.Nail**, Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı, AÜSBFD, Eylül 1960,S.39, C.XV
- BECCARİA M.Cesare**, Suçlar ve Cezalar( Çev. M.GÖKLÜ ), İstanbul 1964, s.313
- BIYIKLI Hasan İ. - BOUZAT Pierre**, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları, Yargıtay Dergisi, Y.1977, S.1
- BİLEN Mesut**, Adli ve Önleme Araması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2006
- BOZER R.Turgay**, Önleme Araması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2001
- CENTEL Nur**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2002
- CENTEL Nur - ZAFER Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003
- CİHAN Erol - YENİSEY Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukuku İstanbul 1996 ve 1997 Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- CİN Halil - AKGÜNDÜZ Ahmet**, Türk Hukuk Tarihi, Kamu Hukuku, Konya 1989
- CURT Frank** , Dic Durchsuchung, Diu., Würzburg, 1925
- 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](http://www.egm.gov.tr/egitim/eskisayi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/cemil_camlibel.htm)), Erişim Tarihi 21.01.2010.
- ÇEÇEN Anıl**, Devlet ve İnsan Hakları, TBBD, S.6
- ÇİMEN Ahmet**, Türk Hukukunda Arama(Konu-Yetki-Sorumluluk), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1989
- ÇOKMUTLU Metin**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri olarak Arama ve Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2007
- ÇOR Yaşar**, Polisin Durdurma ve Arama Yetkilerinin Sınırı, PD, S.34
- EGM Dış ilişkiler Dairesi Başkanlığı Tercümesi(EGM), APK Dairesi

Başkanlığı, O-M Şube Müdürlüğü arşivi

**DERDİMAN Ramazan Cengiz**, Türk Hukuku'nda Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkının Hukuki İstisnası Olarak Adli Arama ve İnsan Hakları, Doktora Tezi, <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm> (25.01.2010).

**DÖNMEZER Sulhi**, “Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Notlar”, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, C I, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2004

**DÖNMEZER Sulhi - ERMAN Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I ve II, İstanbul, 1999.

**DÖNMEZER Sulhi - YENİSEY Feridun**, İnsan Hakları ve Devletin Yetkileri, Denizli Semineri, Bahçeşehir 2004

**DÖNMEZER Sulhi - YENİSEY Feridun**, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, AII. 14 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, En Son Değişiklikler, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

**ERDAGÖZ Özcan**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri olarak Arama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2008

**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

**ESENER Turhan**, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1998

**ESER Albin**, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, [http://www.freidok.unifreiburg.de/volltexte/4349/pdf/Eser\\_Alman\\_ve\\_Tuerk\\_ceza\\_muhakemesi\\_hukukunda.pdf](http://www.freidok.unifreiburg.de/volltexte/4349/pdf/Eser_Alman_ve_Tuerk_ceza_muhakemesi_hukukunda.pdf) (20.01.2010).

Fetavayı Hindiyeye, Çeviren, Mustafa Efe, C. 6, Ankara, 1985

**GÖKCEN Ahmet**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994

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

**GÖLCÜKLÜ Feyyaz**, İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında

Devletin “Olumlu”(Pozitif)Yükümü, PD, S.37

**GÖREN Zafer**, Temel Hak Genel Teorisi, Ankara 1995

**GÖZLER Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, 3.bs, Bursa Eylül 2005

**GÖZLER Kemal**, İdare Hukuku(İdare), C.2, Bursa 2003,

**GÖZÜBÜYÜK A.Şeref**, Türkiye'nin Yönetim Yapısı(Türkiyenin), Ankara 2001

**GÖZÜBÜYÜK A.Şeref**, Yönetim Hukuku(Yönetim), 19.Bası, Ankara 2004

**GÖZÜBÜYÜK A. Şeref - GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokola Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4. bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 2003.

**GHUNTER Edgard**, Die Durchuchung von Raeumen und Sachen, Diss., Frankfurt am Main, 1973

**GÜLŞEN Recep**, Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, [www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc](http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc) Erişim Tarihi, 25.01.2010.

**GÜLŞEN Recep**, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, Hukuki Perspektifler Dergisi, No:3., İstanbul Nisan 2005

**GÜNDAY Metin**, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 1999, 2003

**GÜMÜŞAY Mert**; Anayasa Değişiklikleri Işığında Arama Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004.

**HAFIZOĞULLARI Zeki**, Türk Hukuk Düzeninde “Hukukun Üstünlüğü Prensibi”(Üstünlük) Sorunu, ABD 2002, S.1

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

**HAKERİ Hakan**, Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat, HPD, S.03, Y.2005,

**HAKERİ Hakan - ÜNVER Yener**, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler(Temel), Adalet Yayınevi, Ankara 2008

**İMRE Zahit**, Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin

Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM,C.XXXIX, S.1-4, 1974

**İNCEOĞLU Sibel**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, İstanbul, 2005

**İNCEOĞLU Sibel**, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği(Etik), Şen Matbaa, Ankara Kasım 2007, s. 78, 79

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi;  
<http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iheb.html> (20.01.2010).

**KABAOĞLU İbrahim Ö.**, Özgürlükler Hukuku, Ankara, 2002

**KAHRAMAN Mehmet**, “Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Yargıtay Dergisi, Cilt 33, Sayı 3, Temmuz 2007

**KAPANİ Münci**, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993

**KAYMAZ Seydi**, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara, 1997

**KİLKELLY Ursula**, AİHS'nin 8.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz(Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı),İnsan Hakları El Kitapları No:1,2003

**KORKUSUZ M. Refik**, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1998

**KUNTER Nurullah - YENİSEY Feridun**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Bası, İstanbul 1998 ve 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. bs., İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006

**KÜÇÜK Adnan**, “Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, 2. Baskı, Mayıs 2008

**KOPARAN Mehmet Reşat**, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, (Çevrimiçi)  
<http://www.taa.gov.tr/serbestkursu/SerbestKursu/html> 2 Ocak 2010.

**MALKOÇ İsmail - GÜLER Mahmut**, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Kanunu, C.1, Ankara, 1994

- MALKOÇ İsmail**, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1998
- MALKOÇ İsmail**, Açıklamalı- İçtihatlı Memur Yargılaması, Ankara, 2006
- MALKOÇ İsmail - YÜKSEKTEPE Mert**, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005
- MERAN Necati**, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası”, Adalet Dergisi, Yıl: 97, Ocak 2006, Sayı: 24
- MÜFTÜOĞLU Güneş**, Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti, Ankara, 1996  
NTV Tarih Dergisi (Necdet SAKAOĞLU), 13. Sayı (Şubat 2010), Osmanlı Dedektifi, s.92,
- OPTİCAN Scoot** “Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar,” Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2006
- ÖZBEK Veli Özer**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama(Arama),Ankara, 1999
- ÖZBEK Veli Özer**, Ceza Muhakemesi Hukuku(Muhakeme), Seçkin Yayınevi, Ankara 2006
- ÖZBEK Veli Özer**, CMK İzmir Şerhi, Ankara, 2005
- ÖZBUDAK Coşkun**, Önleyici Arama, JD, Eylül 2002, S. 99, s. 32
- ÖZBUDUN Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin yayınları, 7. baskı
- ÖZDEMİR Kenan**; “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Adalet Dergisi, Yıl: 97, Sayı: 23, Eylül 2005
- ÖZDEN Yekta Güngör**, Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu Açılış Konuşması, in; Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu ve Semineri, İBY, 1. Bası İstanbul, Ekim 1996
- ÖZER Atilla**, Hukuk Devleti, PD, S.36
- ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006
- ÖZTÜRK Bahri** "Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", ([http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/1\\_13.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/1_13.doc)), ([www.ceza-bb.adalet.gov.tr](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr).)Adalet Bakanlığı, 12.10.2009.

- ÖZTÜRK Bahri** "Özgürlük İçinde Güvenlik: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu" (Özgürlük) Hukuki Perspektifler Dergisi, 3. Sayı, İstanbul, 2005
- ÖZTÜRK Bahri**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Koğuşturma), DEÜHF. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara. 1991
- ÖZTÜRK Bahri**, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 1992
- ÖZTÜRK Bahri**, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar(Öntasarı), Manisa Barosu Dergisi, Y.6, S.22
- ÖZTÜRK Bahri**, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları(Delil), AÜSBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995s. 27, 28.
- ÖZTÜRK Bahri – ERDEM M. Ruhan**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- ÖZTÜRK Bahri – ERDEM M. Ruhan – ÖZBEK Veli Özer**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004
- ÖZTÜRK Bahri - ERDEM M.R. - SIRMA Özge - SAYGILAR Yasemin S.**, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, 4.bs.
- PARLAR Ali - HATİPOĞLU Muzaffer**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. I, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007
- PRADEL Jean**, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, Beta Yayınları, Çev:Sulhi Dönmezer, İstanbul 2000
- SAĞLAM Fazıl**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982
- SAVAŞ Vural - MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık**, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C. 1 ve 2, Ankara, 1995
- SAVAŞ Vural - MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu(TCK), Ankara 1999
- SCHROEDER Friedrich Christian**, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi,"
- SELMAN Dursun**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Proje Yön. Kayıhan çel, Yayına Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004
- SOKULLU AKINCI Füsün**, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi,



Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, Gümüş Basımevi, İstanbul 1990

**SOKULLU AKINCI Füsün**, Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları(Aranma),İdare Hukuku İlimleri Dergisi, Prof.Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, S.1-3, 1988

**SOYASLAN Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2006

**SOYASLAN Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.207

**ŞAFAK Ali – BIÇAK Vahit**, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Ankara 2005

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, s.4

**ŞAHBAZ İbrahim**, Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2006/1, Yıl: 64

**ŞAHİN Cumhur - ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Birinci Baskı 2007

**ŞAHİN Cumhur**, Ceza Muhakemesi Hukuku -I,(Cumhur) Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

**ŞAHİN İlyas**, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Ankara, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

**TAHIROĞLU Bülent**, Roma Hukukunda Furtum, İstanbul 1997

**TEZCAN Durmuş**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Dizi 5, EGM Yayınları, Ankara, 1998

**TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan - ÖNOK R. Murat**, 5237 Sayılı TCK'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006

**TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan - SANCAKDAR Oğuz**, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004

**TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan - SANCAKDAR Oğuz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2004

**TOROSLU Nevzat**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, 2003

- TOSUN Öztekin**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri(Suç) C. I, Genel Kısım, 4. Bası, Acar Matbaası, İstanbul 1984
- TURAN Belgin**, Polisin Arama Yetkisi, Türk İdare Dergisi, Sayı 417, İç İşleri Yayınları, Ankara 1999
- UMUR Ziya**, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, C. I, İstanbul 1987
- WERNER Beulke**; “Muhakeme İlkeleri”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Çev: Sevim Ordueri, Seçkin yayınları, Ankara 2004
- YENERER Özlem**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996
- YENİSEY Feridun**, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987
- YENİSEY Feridun**, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukukunda Hazırlık Soruşturması ve Polis(Hazırlık 1993), İstanbul 1993
- YENİSEY Feridun**, Ceza Yargısında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, İstanbul 1983
- YENİSEY Feridun**, Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları(Güncel), A II, İstanbul, Ekim-2001, s.AII.12/1,2.
- YENİSEY Feridun**, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma(İfade), Ankara, 1995
- YENİSEY Feridun**, Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi(Fair Trial), İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul, 1999
- YENİSEY Feridun**, Avrupa Birliğine Uyum Yasaları Çerçevesinde Polisin Arama Yetkisi “Tebliğ”(Kayseri Polis Meslek Yüksek Okulu Konferansı 3 Mayıs 2004)(Kayseri) ,in:Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, C III.5
- YENİSEY Feridun - NUHOĞLU Ayşe – GÜZEL İdris**, Kolluk Yetkileri Güvenlik ve Hukuk, İstanbul, Nergis Yayınları, 2004
- YERDELEN Erdal**, Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, Ankara, Adil Yayınevi, 2006, s. 19
- YILDIZ Ali Kemal**, Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle “Adli ve

Önleme Aramaları Yönetmeliği” Çerçevesinde Arama ve Uygulaması, PD, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, Y.9, S.36,

**YILMAZ Ejder**, Hukuk Sözlüğü, 4. bs, Ankara, 1992

**YURTCAN Erdener**, CMK Şerhi(Şerh), İstanbul, 2005

**YURTCAN Erdener**, Şahsi Dava ve Uygulaması(Şahsi), İstanbul 1990

**YURTCAN Erdener**, Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu ve Şerhi ve İlgili Mevzuat(1995), C.1.,1995

**YURTCAN Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku: Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yazılmış(Muhakeme), 11. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık Yayınları, 2005

**YURTCAN Erdener**, Cumhuriyet Savcısının ve Cumhuriyet Yargıcının Başvuru Kitabı(Savcı), 5. Bası, Ankara 2007

**YIRTIMCI Kaan**, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Hukuk Gündemi Dergisi, Sayı: 3, Aralık 2005

**YÜCE Turhan Tufan**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları(Hukuk Devleti), Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1968

**YÜCE Turhan Tufan**, Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri(Ümanist) TBBD, 1988, S.1



T.C.  
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



### Özgeçmiş

Adı Soyadı:	Hüseyin YALÇIN			
Doğum Yeri:	Ermenek/Karaman			
Doğum Tarihi:	30.08.1983			
Medeni Durumu:	Evli-Bir kızı var			
Öğrenim Durumu				
Derece	Okulun Adı	Program	Yer	Yıl
İlköğretim	Dutağacı Mahallesi İ.O.		Ermenek/Karaman	1995
Ortaöğretim	Orhan Cemal Fersoy İ.Ö.O.		Yenimahalle/Ankara	1998
Lise	İvriz A.Ö.L.	EA	Ereğli/Konya	2001
Lisans	Selçuk Üniversitesi	Hukuk	Konya	2005
Yüksek Lisans	Selçuk Üniversitesi	Kamu Hukuku	Konya	2010
Becerileri:				
İlgi Alanları:	Tarih, Spor, Kitap okuma			
İş Deneyimi:	Temmuz 2006 tarihinde Ankara adliyesinde stajyer hâkim savcı olarak başladığı mesleğini, Ekim 2007 tarihinden beri sırasıyla Sarız ve Eleşkirt hâkimliği olarak devam ettirmektedir.			
Aldığı Ödüller:	---			
Hakkımda bilgi almak için önerebileceğim şahıslar:	Prof. Dr. Mehmet AYAN - Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN			
Tel:	05067006600			
E-Posta:	h-yalcine@hotmail.com			
Adres	Eleşkirt Adliyesi- Eleşkirt/AĞRI			