

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ARAMA

Yüksek Lisans Tezi

ADEM İRMAK

İSTANBUL, 2016

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ARAMA

Yüksek Lisans Tezi

ADEM İRMAK

Tez Danışmanı: Prof. Dr. FERİDUN YENİSEY

İSTANBUL, 2016

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tezin Adı: CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ARAMA
Öğrencinin Adı Soyadı: ADEM İRMAK
Tez Savunma Tarihi:

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

.....
Enstitü Müdürü
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

.....
Program Koordinatörü
İmza

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

İmzalar

Tez Danışmanı

Üye

Üye

ÖZET

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ARAMA

ADEM İRMAK

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. FERİDUN YENİSEY

2016, 104

Özellikle, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı gibi birçok müdahale niteliği taşıyan arama tedbiri başta Anayasa ve CMK olmak üzere birçok kanunda yer almıştır. Ayrıca bu konuda Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği çıkartılarak uygulamada kolaylık sağlanması amaçlanmıştır.

Konunun özelliği ve önemi gereği gelişen toplum şartları çerçevesinde zaman zaman değişikliklere ve yeniliklere uğrayan arama koruma tedbiri en son 02.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanun ile önemli değişikliğe uğramıştır. Tezin konusu arama tedbiri 02.12.2014 tarihinde yapılan değişiklikle son halini almıştır.

Arama koruma tedbirinin kişilerin özel hayatı, aile hayatı, konut dokunulmazlığı gibi birçok hak ve hürriyete müdahale ettiğinden insan haklarıyla yakından ilgili olması nedeniyle tez çalışmamızın konusunu oluşturmuştur. Tez çalışmamızla, kanunlarda yapılan son değişiklikler de dikkate alınarak, arama tedbirinin ilke ve şartları tüm yönleriyle ortaya konmaya çalışılmıştır.

Bu çerçevede yüksek lisans tezi üç bölümden oluşmaktadır. Tezin birinci bölümünde, arama kavramı, hukuki niteliği, aramaya hakim olan ilkeler incelenmiştir. İkinci bölümde, aramanın amacı, şartları, kişi, yer ve zaman bakımından özellikleri incelenmiş olup, üçüncü bölümde ise, aramanın icrası, sona ermesi, hukuka aykırı arama ve kanun yolları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, CMK, Arama, Özel Hayat

ABSTRACT

SEARCH IN THE CRIMINAL PROCEDURE LAW

ADEM İRMAK

Department of Public Law

Thesis Supervisor: Prof. Dr. FERİDUN YENİSEY

2016, 104

The search measure which constitutes an interference with number of rights such as the right to respect for private life and for home has been envisaged in the Turkish laws, particularly in the Constitution and the Code of Criminal Procedure. Furthermore, the Regulation on Judicial and Preventive Searches was adopted in order to ensure ease of implementation in this respect.

The legislation concerning the search and protection measure addressed in our study has, from time to time, been subject to changes and amendments within the framework of the conditions of the developing society in view of the nature and importance of the issue. The relevant legislation has taken its final form with the latest amendment introduced by the Law no. 6572 of 2 December 2014

The search and protection measure at issue has become the subject of our study as is closely related to human rights since it constitutes an interference with a large number of rights and freedoms such as the right to respect for private and family life and for home. Our thesis study is intended to set forth the principles and conditions of the search measure in all its aspects in the light of the latest amendments introduced to the laws.

In this connection, the master's thesis consists of three parts. In the first part, the concept of search, its legal nature and the relevant principles have been examined. The second part deals with the purpose and conditions of the search and its procedures in terms of persons, places, and times. The third part addresses the execution and termination of the search, the unlawful search, and the legal remedies available in this respect.

Key Words: Constitution, Code of Criminal Procedure, Search, Private Life

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	V
1. GİRİŞ	1
2. ARAMA KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ARAMAYA HAKİM OLAN İLKELER	3
2.1. ARAMA KAVRAMI.....	3
2.2. ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	4
2.3. ARAMAYA HAKİM OLAN İLKELER.....	6
2.3.1. Genel Olarak	6
2.3.2. Hukuk Devleti İlkesi	6
2.3.3. İnsan Haysiyetinin Dokunulmazlığı İlkesi	7
2.3.4. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi	9
2.3.5. Dürüst İşlem (Adil Yargılanma) İlkesi.....	11
2.3.6. Orantılılık (Ölçülülük) İlkesi	12
2.3.7. Suçsuzluk Karinesi İlkesi	13
2.3.8. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi.....	13
3. ARAMANIN AMACI, ŞARTLARI, KİŞİ, YER VE ZAMAN BAKIMINDAN ÖZELLİKLERİ	15
3.1. ARAMANIN AMACI.....	15
3.1.1. Genel Olarak	15
3.1.2. Yakalama	15
3.1.3. Delil Elde Etme.....	17
3.1.4. El Koyma	18
3.2. ARAMANIN ŞARTLARI.....	19
3.2.1. Genel Olarak	19
3.2.2. Makul Şüpheler.....	20
3.2.3. Yetkili Makamca Verilen Arama Kararı Veya Emri	244
3.2.3.1. Hakim Kararıyla Arama	25
3.2.3.2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emriyle Arama.....	27
3.2.3.2.1. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal	27
3.2.3.2.2. Yazılı Emir.....	28
3.2.3.3. Kolluk Amirinin Yazılı Emriyle Arama	29
3.2.3.4. Kolluğun Re'sen Arama Yapması	30

3.2.3.4.1. Durdurma, Kontrol Araması Ve Araçta Arama.....	30
3.2.3.4.2. Yakalanan Kişinin Üstünün Aranması.....	32
3.2.3.4.3. Gıyabi Tutuklama Kararı, Yakalama Emri, Zorla Getirme Kararı Ve Aranan Kişinin Yakalanması Amacıyla Arama	33
3.2.3.4.4. Kaçak Kişinin Takibi Sonucunda Girdiği Yerde Arama	34
3.2.3.4.5. Kapalı Yerlerde Gelen Yardım Çağrılarında Cevap Verme	35
3.3. DİĞER YASALARDAKİ DÜZENLEMELER	36
3.3.1. Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu	36
3.3.2. Sıkıyönetim Ve Olağanüstü Hal Kanunu.....	37
3.3.3. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu	38
3.3.4. Jandarma Teşkilat Görev Ve Yetkileri Kanunu	39
3.3.5. Vergi Usul Kanunu	39
3.3.6. İl İdaresi Kanunu.....	40
3.3.7. Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun.....	40
3.3.8. Orman Kanunu	41
3.3.9. Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu	41
3.4. ARAMANIN YAPILACAĞI YER	41
3.4.1. Genel Olarak	41
3.4.2. Konut, İşyeri Ve Eklentilerinde Arama	42
3.4.3. Kişilerin Üst Ve Eşyalarında Arama.....	45
3.4.4. Araçlarda Arama	46
3.4.5. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama.....	48
3.4.6. Askeri Mahallerde Arama.....	51
3.4.7. Ceza İnfaz Kurumlarında Arama	54
3.4.8. Nezarethanelerde Arama	54
3.4.9. Avukat Bürolarında Arama.....	55
3.5. ARAMANIN YAPILACAĞI ZAMAN.....	57
3.5.1. Genel Olarak	57
3.5.2. Aramanın Gündüz Yapılması Kuralı.....	57
3.5.3. Gece Arama Yapılabilecek Haller	58
3.5.3.1. Genel Olarak	58
3.5.3.2. Suçüstü Hali.....	59
3.5.3.3. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Haller.....	59
3.5.3.4. Firar Eden Kişi Veya Tutuklunun Veya Hükümlünün Tekrar Yakalanması Amacıyla Yapılacak Aramalar	60

3.5.3.5. Geceleyin Herkesin Girip Çıkabileceği PVSK m.7’de Sayılan Umuma Açık İstirahat Ve Eğlence Yerleri	60
3.6. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİLER.....	61
3.6.1. Genel Olarak	61
3.6.2. Şüpheli Veya Sanık	61
3.6.3. Şüpheli Ve Sanık Dışındaki Kişiler	63
3.6.4. Belirli Sıfattaki Kişilerin Araması.....	64
3.6.4.1. Cumhurbaşkanı.....	64
3.6.4.2. Diplomatik Temsilciler	65
3.6.4.3. Yargı Mensupları	67
3.6.4.4. Milletvekilleri	68
3.6.4.5. Avukatlar	69
3.6.4.6. Noterler	71
3.6.4.7. Asker Kişiler.....	71
3.6.5. Tüzel Kişiler	72
3.6.5.1. Dernekler	72
3.6.5.2. Vakıflar	73
3.6.5.3. Üniversiteler	73
3.6.5.4. Siyasi Partiler	74
3.6.5.5. Sendikalar	74
4. ARAMANIN İCRASI, SONA ERMESİ, HUKUKA AYKIRI ARAMA VE KANUN YOLLARI	75
4.1. ARAMA YAPACAK KİŞİLER	75
4.1.1. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yapılan Arama	75
4.1.2. Kolluk Tarafından Yapılan Arama.....	76
4.2. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİYE BİLGİ VERİLMESİ	77
4.3. ZOR KULLANMA YETKİSİ	78
4.4. ARAMADA HAZIR BULUNABİLECEKLER.....	80
4.4.1. Aranılan Yerin Sahip veya Zilyedi, Temsilcisi, Ayırt Etme Gücüne Sahip Hısımları, Birlikte Oturduğu Kimse veya Komşu	80
4.4.2. İşlem Tanıkları.....	82
4.4.3. Avukat.....	83
4.5. ARAMA SIRASINDA ELE GEÇEN KİŞİ VE DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER.....	84

4.6. ARAMA SIRASINDA ELE GEÇEN BELGELERİ İNCELEME YETKİSİ.....	85
4.7. TESADÜFEN ELE GEÇEN DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER	86
4.8. DEVLET SIRRI İÇEREN BELGELERİN İNCELENMESİ	89
4.9. ARAMA TUTANAĞI VE İÇERİĞİ.....	90
4.10. ARAMA SONUNDA BELGE VERİLMESİ	91
4.11. ARAMANIN SONA ERMESİ.....	92
4.12. HUKUKA AYKIRI ARAMA	93
4.12.1. Genel Olarak	93
4.12.2. Hukuka Aykırı Arama Neticesinde Elde Edilen Delillerin Mahkemede Kullanılmaması.....	94
4.12.3. Hukuka Aykırı Arama Halinde Memur Veya İdare Hakkında Tazminat Hakkı	96
4.12.4. Hukuka Aykırı Aramanın Suç Teşkil Ettiği Haller	98
4.13. ARAMA KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI	99
5. SONUÇ.....	102
KAYNAKÇA	104

KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÖAY	:	Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
As.Yrg.	:	Askeri Yargıtay
As.C.K.	:	Askeri Ceza Kanunu
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYİM	:	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
A.Y.D.	:	Askeri Yargıtay Dergisi
Av.K.	:	Avukatlık Kanunu
C	:	Cilt
CGİK	:	Ceza ve Güvenlik Tedbirleri İnfazı Hakkında Kanun
CMK	:	Ceza Muhakemeleri Kanunu
D	:	Daire
DEÜHF	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E	:	Esas
GBE	:	Güvenlik Bilimler Enstitüsü
İHEB	:	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
J.Atđm.	:	Jandarma Asteğmen
K	:	Karar
m.	:	Madde
PVSK	:	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RG	:	Resmi Gazete
S	:	Sayı
s	:	Sayfa
SBE	:	Sosyal Bilimler Enstitüsü
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu

TL	:	Türk Lirası
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TSK	:	Türk Silahlı Kuvvetleri
vb	:	vebenzeri
vd	:	vedevamı
vs	:	vesaire
y	:	Yıl
YTL	:	Yeni Türk Lirası
Y.K	:	Yargıtay Kanunu





1. GİRİŞ

Toplumdaki ilişkilerin düzen içinde yürütülmesi, toplumsal yaşamın zorunlu bir sonucudur. Toplumun gelişmesi, ortak çıkarların daha da artması toplum ilişkilerinin bir düzen içinde yürütmesini zorunlu kılmıştır. Sosyal düzenin yerleşmiş olduğu, suç ve suçluluğun etkin mücadele araçlarıyla en aza indiği bir toplumda yaşamak, her insanın başta gelen dilek ve gereksinimidir. Suçla ilgisi olmayan insanlar, sağlıklı bir düzenin olduğu toplumda, keyfi bir müdahale olmaksızın, özgür ve güven içinde yaşamak isterler. Suç işleyen insanlar ise, nasıl bir muamele ile karşı karşıya kalacağını, nasıl bir ceza alacağını önceden bildiği bir toplumda yaşamak isterler.

Bu nedenlerle, hukuk devletinde bireylerin sadece hakları değil, toplumsal yaşamın sağlıklı bir şekilde devam etmesi için bir takım yükümlülükleri vardır. Böylece bireyler bir yandan temel hak ve özgürlüklerini kullanırken, diğer yandan diğer bireylerin kanunlarla tanınmış haklarını ihlal etmeyerek yükümlülüklerini de yerine getirmiş ve toplumsal düzenin bozulmamasını sağlamış olacaklardır.

Toplumsal düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, suç işlendikten sonra kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi için gerek duyulan tedbirlerden biri de arama tedbiridir. Birçok temel hakka müdahaleyi gerektiren arama tedbiri, önemi nedeniyle ulusal ve uluslar arası hukukta üzerinde hassasiyetle durulmuştur.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin (İHEB) 12'nci maddesinde, "hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, evine ya da yazışmasına keyfi olarak karışılmayacağı, onuruna ve adına saldırılmayacağı, herkesin, bu gibi müdahale ya da saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı bulunduğu" belirtilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 8'inci maddesinde de, "herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu, bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesinin, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerin korunması sebepleriyle ve demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilecektir" hükmüne yer verilmiştir.

Arama müessesesi uluslar arası sözleşmelerin yanında ulusal düzeyde de başta anayasa olmak üzere birçok kanunda ayrıntılı olarak yer bulmuştur. 1982 Anayasasının 13'üncü maddesinde, "temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı" hüküm altına

alınmıştır. 20'nci maddesinde, "Herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı", 21'inci maddesinde ise, "konut dokunulmazlığı" kabul edilmiş, bu hak ve özgürlüklere ancak "millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" sebepleriyle müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeler ile anayasa arama tedbirine cevaz vermektedir. Bu konunun anayasada yer alması konunun önemini göstermektedir. Bu tedbir anayasanın yanında Ceza Muhakemesi Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ve birçok özel kanunda ayrıntılı olarak yer almaktadır.

Görüldüğü gibi önemi nedeniyle "arama" müessesesi gerek ulusal düzeyde, gerekse de uluslar arası düzeyde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışma, son değişiklikleri de içine alacak şekilde arama tedbirinin ilke ve şartlarını tüm yönleriyle ortaya koymayı hedeflemektedir.

Üç bölümden oluşan bu tezin birinci bölümünde, arama kavramı, hukuki niteliği, aramaya hakim olan ilkeler incelenmiştir. İkinci bölümde, aramanın amacı, şartları, kişi, yer ve zaman bakımından özellikleri incelenmiş olup, üçüncü bölümde ise, aramanın icrası, sona ermesi, hukuka aykırı arama ve kanun yolları ele alınmıştır.

2. ARAMA KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ARAMAYA HAKİM OLAN İLKELER

2.1. ARAMA KAVRAMI

“Arama”, birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak; “aramak” ise bu iş için yapılan faaliyetleri ifade eder¹. Arama hukuk sözlüğünde birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak olarak tanımlanmıştır². Koruma tedbiri anlamındaki arama, saklanan kişinin veya gizli tutulan bir eşyanın önleme veya adli amaçlarla ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen kamusal bir faaliyettir³. Arama, kişilerin durdurularak üzerlerinin aranması veya ev, iş yeri, araç, eşya ve diğer kapalı yerlerinin aranması şeklinde gerçekleşebilir⁴.

Anayasada ve aramaya ilişkin hükümler içeren kanunlarda aramanın herhangi bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde adli ve önleme araması ayrımını netleştirmiş ve adli aramanın tanımını yapmıştır. Yönetmeliğin 5’inci maddesinde adli arama ve kapsamı şu şekilde tanımlanmıştır: “Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir”.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde adli aramanın tanımı yapılmış iken önleme aramasının tanımı yapılmamıştır. Önleme araması, makul ve kabul edilebilir bir sebebe bağlı olarak milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde ve eşyanın tespiti için, kişinin üstünde, üzerinde bulunan özel kâğıtlar ve diğer eşyalar ile aracında kural olarak hakim kararı ile, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise mülki amirin vereceği yazılı emir üzerine yapılan araştırmadır⁵.

Aramada amaç gizli ve saklı şeyleri ortaya çıkarmak olduğundan, kişinin gizli tutmadığı, kendisinin alenileştirdiği şeyler için yapılan işlemler veya birisine ait

¹ <http://tdk.gov.tr/>, 04.01.2016

² Yılmaz, E., 1992, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı., Ankara, s.74

³ KUNTER, N., YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2010. Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı., İstanbul: Beta Yayınevi, s.1033

⁴ SOYASLAN, D., 2006. Ceza Muhakemesi Hukuku. 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, s.292

⁵ BİLEN, M.,2006. Adli Arama ve Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi SBE., s.14

korunması gereken özel bir gizlilik alanı söz konusu olmadığından sahipsiz eşya üzerinde yapılan işlemler arama değildir. Örneğin aracın arka koltuğunda duran silahı görerek aracı durdurup silaha el koymak arama işlemi değildir⁶.

Arama niteliği gereği anayasa ile güvence altına alınan birçok temel hakka müdahaleyi gerektirmektedir. Bu nedenle aramanın koşulları Anayasada gösterilmiştir. Dolayısıyla, Anayasada gösterilen belli nedenlerden bir veya bir kaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları, eşyası ve konutu aranmaz ve buralarda bulunan eşyalara el konulamaz.

Arama toplum menfaatleriyle bireyin menfaatlerinin karşı karşıya kaldığı bir durumda toplum menfaatlerinin korunması düşüncesiyle ve bireylerin bazı temel haklarının sınırlandırılmasına sebep olacak şekilde yürütülen bir faaliyettir. Aramayla özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve vücut dokunulmazlığı başta olmak üzere birçok hak sınırlandırılabilir.

Arama yakalama veya suç delillerini elde etmek için yapılabileceği gibi, suç işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla da yapılabilir⁷. Aramanın suç işlenmesini önlemek ve işlenmiş suçlarla mücadele gibi önemli fonksiyonları bulunmaktadır.

Bazı durumlarda diğer müesseseler ile arama müessesesi iç içe girmiş olabilir. Örneğin suçüstü hallerinde kaçan bir kişinin peşinden girdiği eve girilerek şahsın yakalanması yakalama işleminin bir parçası olduğundan arama değil iken, gözden kaçırılan şahsın saklandığı düşünülen evde araştırma yapılması için arama müessesinin şartlarına uyulması gerekmektedir⁸.

2.2. ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik tedbirlerden biri olan arama müessesesi başta anayasa olmak üzere birçok özel kanunda düzenlenmiştir⁹. Aramanın ceza muhakemesindeki yerine baktığımızda koruma tedbirlerinin içerisinde düzenlendiği görülmektedir. Bu bakımdan aramanın da bir koruma tedbiri olduğu söylenebilir.

⁶ YALÇIN, H.,2010. Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi SBE., s.7

⁷ CENTEL, N., ZAFER, H., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 12. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, s.335

⁸ AKSOY, Ş., 2007. Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama. Ankara: Seçkin, s.21

⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu(PVSK), Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun(CGİK), Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Olağanüstü Hal Kanunu vs.

Koruma tedbirleriyle ulaşılmak istenen amaç; delillere ulaşmak, muhakemeyi sağlıklı yapıp maddi gerçeğe ulaşmak ve verilen kararların kağıt üzerinde kalmasını nlemektir¹⁰.

Muhakemenin mümkün olduğunca hızlı sürmesi adil yargılanmanın olmazsa olmazlarından. Ceza muhakemesinde başvurulan koruma tedbirleri muhakemenin hızlı sürmesi amacını gerçekleştiren en önemli araçlardır.

Arama müessesesi de koruma tedbirleri gibi muhakemenin amacına hizmet etmektedir. Yani gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sağlayan bir koruma tedbiridir. Aramanın koruma tedbiri olarak özellikleri şunlardır;

- Hüküm verilmeden önce temel bir hakkı sınırlar¹¹.
- Diğer koruma tedbirleri gibi amaca ulaşılmakla kendiliğinden son bulur, yani geicidir¹².
- Hüküm vermek için başvurulan bir araçtır. Arama başlı başına bir amaç değil, amaca varmak için başvurulan bir aratır¹³.
- Kesin olarak haklı olup olunmadığı yargılama sonucunda anlaşılacağından, görünüşte bir haklılık olmalıdır¹⁴. Aramanın yapılması için makul şüphe var ise haklılık var sayılır.
- Arama tedbirine başvurmakla elde edilecek yarar ile arama sonucunda ortaya çıkabilecek zarar arasında makul bir dengenin olması gerekmektedir. Yani orantılılık ilkesine uygun olmalıdır¹⁵.
- Bu tedbirin hangi şartlarda uygulanabileceği, önceden kanunla düzenlenmiş olması gerekmektedir¹⁶.

¹⁰ AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin, s.22

¹¹ ERDAGÖZ, ., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.13

¹² ERDAGÖZ, ., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.12

¹³ ERDAGÖZ, ., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.13

¹⁴ ÖZELCE, C.,2010. Koruma Tedbirleri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Polis Akademisi GBE.

¹⁵ YILDIZ, H.S.,2010. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE., s.17

¹⁶ ERDAGÖZ, ., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.12

Diğer taraftan arama, kişilerin isteğine bağlı olmayıp, bir zorlama tedbiridir. Ancak arama, müdahale ettiği hakların önemi nedeniyle hakim kararına bağlanmıştır. Kural, aramanın hakim kararıyla yapılmasıdır¹⁷.

2.3. ARAMAYA HAKİM OLAN İLKELER

2.3.1. Genel Olarak

Ceza Muhakemesinin bir işlemi olan arama müessesine niteliği gereği bir takım ilkeler egemendir. Bu ilkeler arama işleminin tüm aşamalarında geçerli olup, bunların ihlali aramanın hukuka aykırı olmasına yol açacaktır¹⁸. Arama müessesine egemen olan bu ilkelere burada kısaca değinilecektir.

2.3.2. Hukuk Devleti İlkesi

1982 Anayasasının 2'nci maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğunu belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, hukuk devletini; “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” olarak tanımlamıştır¹⁹. Buna göre hukuk devleti, kişisine hukuki güvenlik sağlamayı, devletinde kendi eylem ve işlerinde hukuk kurallarına bağlılığı simgeler²⁰. Bu aynı zamanda hukuk devletini polis devletinden ayıran başlıca özelliktir.

Hukuk devletinde, kişilere hak ve hürriyetlerinin tanınması yeterli olmayıp bunların korunması ve uygulamaya geçirilmesini sağlamak esastır. Ancak bu hak ve özgürlüklerin, toplum halinde yaşamaktan kaynaklı bir takım sınırları vardır. Toplum halinde yaşamının ön şartlarından olan güvenlik ve sosyal düzen aynı zamanda hukuk

¹⁷ AKSOY, Ş., 2007. Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama. Ankara: Seçkin Yayınları, s.24

¹⁸ AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin, s.25

¹⁹ Anayasa Mahkemesi. 29.01.1980, 1979/38 E., 1980/11 K., Anayasa Mahkemesi Karar Dergisi, S.18, s.99.

²⁰ ÖZBUDUN, E., 2008. Türk Anayasa Hukuku. 9. Baskı, Ankara: Yetkin Basımevi, s.125

devletinin de ön şartıdır²¹. İnsan haklarının yaşatılabilmesi için öncelikle sosyal düzenin sağlanması gerekmektedir.

Hukuk devletinde, yürütmenin eylem ve işlemlerinde yasalara uygun hareket etmesinin yanında, yürütmenin bu eylem ve işlemlerinde yasalara uygunluğunun bağımsız yargı organlarınca denetlenmesi gerekmektedir. İdare, sosyal düzeni sağlama çabası çerçevesinde kişilere tanınan hak ve hürriyetleri sınırlarken, bunun yasalarda belirlenen çerçevede olup olmadığını, bağımsız mahkemeler denetleyecektir. Böylece bireyin özel yaşamına idarenin keyfi olarak müdahalesi engellenmiş olacaktır.

Bu açıklamalar ışığında arama tedbirine baktığımızda; kişilerin özel yaşantısına bir müdahale anlamına gelmektedir. Bu nedenle arama tedbiri öncelikle kanunlar ile sıkı bir şekilde düzenlenmeli, ancak bununla yetinilmeyip hukuk devletinin bir sonucu olarak yapılan arama işleminin kontrolü için iyi bir denetim mekanizması oluşturulmalı. Böylece, arama işlemiyle bir yandan kişilerin bir takım hakları ihlal edilse de, hukuk kurallarına bağlı kalan devlet, toplum düzenini sağlayarak başka kişilerin haklarını korumuş olacaktır.

2.3.3. İnsan Haysiyetinin Dokunulmazlığı İlkesi

İnsan haysiyetinin ne olduğu kanunlarda yer bulmamaktadır. Doktrinde insan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh, manevi güç, hür irade olarak tanımlanmaktadır²². Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi insan haysiyeti kavramını, insanın hangi durum ve koşullar arasında bulunursa bulunsun, sırf insan olmasının kendisine tanıtıp kazandırdığı değer, gerek öteki bireyler, gerekse toplumca tanınmasını ve sayılmasını anlatır²³. Bu nedenle arama işlemi insan haysiyetine yaraşır bir şekilde yerine getirilmelidir.

İnsan haysiyeti, yer aldığı uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5'inci maddesinde "hiç kimse işkenceye, zalimane, gayri insani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz" hükmü yer almaktadır. Aynı hüküm hem Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 7'nci maddesinde, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3'üncü maddesinde tekrarlanmıştır.

²¹ ÖZTÜRK, B., 2005. Özgürlük İçinde Güvenlik: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu. İstanbul: Hukuki Perspektif Dergisi, S.3, s.5

²² ÖZBEK, V.Ö., 1999. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Arama). Ankara: Seçkin, s.33

²³ Anayasa mahkemesi, 06.04.1971 tarihli, 1971/2 E., 1971/36 K. (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)

İnsan haysiyeti, uluslar arası sözleşmeler de olduğu gibi iç hukukumuzda da koruma altına alınmıştır. 1982 anayasasında bu hüküm açıkça bir temel hak olarak düzenlenmemiştir. Ancak bu ilke çeşitli hükümler arasında yer almıştır. 1982 Anayasasının başlangıç metninin altıncı paragrafında “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” belirtilmiştir. Anayasanın 2’nci maddesine göre ise Türkiye Cumhuriyeti “insan haklarına saygılı bir devlettir. Yine Anayasanın 17’nci maddesinde “kimse insan onuru ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” hükmü bulunmaktadır. Bunlarla birlikte Anayasanın birçok maddesinde insan onurunun dokunulmazlığıyla ilgili hükümler yer almaktadır. Bu nedenle yapılan tüm işlemler evrensel insan haklarına uygun olmalı, insan haysiyetine zarar vermemelidir.

İnsan haysiyeti bu şekilde dokunulmaz olmakla birlikte, tamamıyla sınırsız değildir. İnsan haysiyetinin varlık sebebi olan hukuk devleti ilkesi, aynı zamanda onun sınırlarını da belirler²⁴. Hukuk devletinde kişilerin sadece hakları değil bir takım yükümlülükleri de vardır. Gerektiği takdirde ceza muhakemesinin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacıyla hukuk devleti ilkesine bağlı olarak temel hak ve özgürlüklere bazı sınırlandırmalar getirilebilir²⁵. Buda insan haysiyetinin sınırsız olmadığını gösterir. Bu amaçla arama ve el koyma tedbirinin kişilere uygulanması insan haysiyetinin ihlali anlamı taşımamaktadır.

Bu ilke, özellikle arama işlemini icra edenlerin, aramaya maruz kalan kişilere karşı davranışlarında dikkate alması gereken bir ilkedir. Arama tedbirine maruz kalan kişiler onur kırıcı muamelelere maruz bırakılmamalı, arama tedbirini icra edenler söz ve davranışlarıyla bu ilkenin ihlal edilmemesine dikkat etmelidirler. Örneğin arama kararı olmadan arama yapılması, arama kararının dışına çıkılması, aramanın keyfî olarak uzatılması, gereksiz yere zor kullanılması, arama esnasında kişilere hakaret edilmesi, üst araması esnasında kişinin tamamen soyundurulması durumlarında insan haysiyeti zedelenmiş olacaktır.

Anayasada bağlayıcı bir kural olan insan onurunun ihlali sonucunda bir olayın aydınlatılmasına yarar delil elde edilmiş olsa bile, bu deliller kabul görmeyecek, bunlar geçersiz kabul edilecektir.

²⁴ BİLEN, M.,2006. Adli Arama ve Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi SBE.

²⁵ Anayasa mahkemesi, 31.03.1987 tarihli, 1986/24 E., 1987/8 K., (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)

2.3.4. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

Hukuk devletinde fertlere, maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi geliştirip geliştirebilecekleri hür bir alan tanınır. Devletin müdahalesinde korunmuş bu alan ne kadar geniş ise ülkede var olan siyasi rejim o kadar hürriyetçi ve demokratik, ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoritedir²⁶.

İnsan toplum içinde yaşayan sosyal bir varlık olması nedeniyle hayatının tamamının gizli veya özel olması düşünülemez. Doktrinde insan hayatının iki yönü bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlardan biri hayatın genel yönü, diğeri ise özel yönüdür. Hayatın özel yönü ise özel hayat ve hayatın gizli yönü olmak üzere ikiye ayrılır²⁷.

Hayatın genel yanı toplumsal hayata katılmanın gereği olarak herkese açık, diğeri toplum bireyleriyle paylaşılan bir alan olduğundan ve korunacak bir gizliliği bulunmadığından konumuz bakımından bir özelliği yoktur.

Hayatın özel yönü, her hukuk devletinde koruma altına alınmıştır²⁸. Kişinin özel hayatı, ailesi ve yakın ilişkiler içinde bulunduğu kişilerle paylaştığı, maddi ve manevi kişiliğini geliştirme imkanı bulduğu yaşam alanıdır. Bu alan topluma karşı ödevlerden dolayı, nispi koruma altındadır. Bu nedenle, Anayasada belirtilen sebeplere ve kanunlara bağlı olarak kişinin özel hayatına müdahale edilebilir²⁹.

Hayatın gizli alanı ise, bir iç sorgulama alanıdır ve başkalarını hiçbir şekilde ilgilendirmez. Kişinin yalnız kalma hakkı olan bu alan her türlü müdahalenin dışında tutulmalıdır. Kişinin cinsel hayatı ve cinsel tercihleri, düşünce ve inançları hayatın gizli yönünü oluşturur³⁰.

Kişi hak ve hürriyetleri arasında önemli bir yeri olan özel hayatın gizliliği, Anayasamızca güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasasının “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında bu konu üç madde ile düzenlenmiştir. Buna göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı, 21. maddesinde kimsenin konutuna dokunulamayacağı, 22. maddesinde herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu, haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hüküm altına alınmıştır.

²⁶ GÖKÇEN, A., 1994. Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma. Ankara: DEÜHF Döner Sermaye Yayınları, s.43

²⁷ ÖZBEK, V.Ö., 1999. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Arama). Ankara: Seçkin, s.28

²⁸ ÇOKMUTLU, M.,2007. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi SBE.

²⁹ YENERER, Ö., 1996. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE.

³⁰ AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin, s.27

Özel hayatın gizliliği, önemi nedeniyle birçok uluslararası metinde de yerini bulmuş ve koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 12. maddesinde, “hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışma hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz. Herkesin bu karışmalara karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.” denilmektedir. Yine Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 17. maddesinde, “hiç kimsenin özel hayatı, ailesi, hayatı yada haberleşmesine keyfi yada yasa dışı saldırıda bulunulamaz. Herkesin bu karışmalara yada saldırılara karşı kanun tarafından korunma hakkına sahiptir.” denilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde de “herkes özel ve aile hayatına, meskenine ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” denilerek özel hayatın gizliliği güvence altına alınmıştır.

Kişilik haklarına yapılacak her saldırının kural olarak, mutlak korunan çekirdek alanı ihlal ettiği söylenemez. Hangi fiil veya işlemin gizlilik alanını ihlal ettiği hususu ülkeden ülkeye ve her somut olayda farklılık arz eder.

Konumuz açısından baktığımızda; hayatın gizli alanının mutlak dokunulmaz olması, bu alana arama koruma tedbiri ile yapılacak müdahale aramayı hukuka aykırı kılar. Mesela bir arama kararının konusunu, kişinin cinsel yaşamını ortaya çıkaracak belgelerin aranması oluşturmaz. Bunun yanında devletin suçla mücadelesinin bir gereği olarak hayatın özel alanına arama koruma tedbiri ile müdahalesi mümkündür. Ancak orantılık ilkesi dikkate alınmalıdır. Yani aramayla elde edilecek fayda ile ihlal edilen menfaat arasındaki denge gözetilmek zorundadır. Denge ihlal edilen menfaat lehine bozulduğu an hayatın özel alanı ihlal edilmiş sayılacaktır. Bu noktada devletin suçla mücadele etme gerekçesi ortadan kalkmış olacaktır³¹.

Peki, kişilerin çöpe attıkları eşyaların incelemesi özel hayatın ihlalini oluşturur mu? Şüphesiz kişilerin terkettiği şeyler ile ilgili özel hayatın gizliliği hakkından feragat ettikleri şeklinde bir sonuç çıkarılamaz. Bu nedenle çöpe atılmış eşyalar üzerinde dahi olsa, özel hayatın korunması hakkına yönelik saldırılar özel hayatın gizliliğinin ihlaline sebep olur. Yani bu şeyler üzerinde inceleme yapılarak kişilerin özel durumlarını ortaya çıkarmak özel hayatın ihlalini oluşturur³².

³¹AÇAR, M., 2010. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi SBE.

³²BOZLAK, A., 2013. Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.109, s.61

2.3.5. Dürüst İşlem (Adil Yargılanma) İlkesi

Hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olan dürüst işlem ilkesi ceza muhakemesi açısından önemli bir yere sahiptir. Bu ilke, ceza muhakemesi işlemlerinin, kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunla öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde yapılmasıdır³³.

Dürüst işlem, AİHS'nin "Adil Yargılanma Hakkı" başlığı altında 6'ncı maddesinde yerini bulmuştur. Bu madde de adil yargılanma hakkının bir kısım unsurları sayılmıştır. Bunlar; davanın a) kanunla kurulan, b) bağımsız ve tarafsız, c) mahkeme önünde, d) makul sürede, e) açık duruşmada görülmesidir. Ayrıca, davanın "hakkaniyete uygun" olarak görülmesinden bahsedilebilmesi için, adil yargılanma hakkının maddede sayılanlar dışında da bazı zımni unsurları da içerdiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, "silahların eşitliği" gibi bazı ilkeleri ve demokratik yönetimin temel öğelerinden biri olan "hukukun üstünlüğü" ilkesi de, adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer almaktadır³⁴.

Bu ilkenin yansımaları daha önceden hukuk sistemimize hakim olmasına karşın, AB uyum yasaları sürecinde anayasa ve kanunlarda açıkça zikredilmiştir³⁵. 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle Anayasanın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresi eklenerek, bu kavram anayasal teminat altına alınmıştır. Bu ilke birçok Yargıtay kararında da yerini bulmuştur.

Hukukumuzda kabul edilmiş bu ilkenin arama tedbiri açısından da önemi büyüktür. Çünkü arama tedbiri maddi gerçeğe ulaşmak için sıklıkla başvurulanan bir yoldur. Ancak maddi gerçeğe ulaşmak ilkesi, her ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşmak değildir. Dürüst işlem ilkesi bu araştırmanın sınırını oluşturmaktadır. Hile ile veya temel hakların ihlali sonucu elde edilen bir delil dürüst ve adil değildir. Bu yolla elde edilen deliller savunma hakkını da ihlal etmektedir. Sonuç olarak bu ilkeye aykırılığın sonucu, elde edilen delilin kullanılmamasıdır. Böyle bir kabul bu ilkeye aykırı aramaları önleyecektir³⁶.

³³ BAKI, Y., 2007. Adli Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE.

³⁴ GÖZÜBÜYÜK, A.Ş., GÖLCÜKLÜ, A.F., 2003. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 4. basım. Ankara: Turhan Kitapevi, s.265

³⁵ ATASOY, Ö.A., 2002. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyuma Zorunluluğu. A.Y.D., s.113

³⁶ ÖZBEK, V.Ö., 1999. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Arama). Ankara: Seçkin Yayınları, s.33

2.3.6. Orantılılık (Ölçülülük) İlkesi

Hukuk devletinin en önemli özelliklerinden biri, eylem ve işlemlerinin orantılı olmasıdır. Orantılılık ilkesi, bir ceza muhakemesi işleminin yapılması ile ulaşılmak istenen yarar ve ortaya çıkması olanak dahilinde bulunan zarar arasında bir oranın bulunması şeklinde tanımlanır³⁷. Bu anlamda, kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge bulunması gerektiğinden, doktrinde bu ilke aşırılık yasağı olarak da adlandırılmaktadır³⁸. Bu ilkeyle öze girmeden yapılan işlemin hukuka uygunluğu orantılılık ilkesi açısından da denetlenir³⁹.

Alman Anayasa Mahkemesi içtihatları çerçevesinde, ölçülülük ilkesinin üç alt unsurunun olduğu benimsenmiştir. Bunlar “elverişlilik”, “gereklilik” ve orantılıktır⁴⁰.

Orantılılık ilkesi, hakların sınırlandırılmasında “sınırlandırmanın sınırı”nı oluşturma işlevi yüklenmektedir. Bu ilkenin temel amacı, kamu gücünün hak ve hürriyetler lehine sınırlandırılması, sınırlandırmada aşırılığın önlenmesi yoluyla hakların teminata kavuşturulmasının sağlanmasıdır⁴¹.

Arama koruma tedbiri temel hakları ihlal ettiğinden aramada orantılılık ilkesi çok daha özel bir öneme sahip olur. Kanaatimce başka tedbirlerle istenen amaca ulaşabilmek mümkün ise, arama tedbirine başvurulmamalıdır. Orantılılık ilkesinin gereği olarak arama tedbiri uygulanırken aşırıya kaçınılmamalı, tedbire ancak gerekliyse başvurulmalıdır. Arama işlemi kanuni bir zorunluluk olmamakla birlikte, bir zorunluluk sonucu olmalıdır. Arama koruma tedbirine başvurmada ki temel amaç, yakalama ve delil elde etme olduğu için, arananlar yakalanmış veya deliller elde edilmiş ise artık bu tedbire başvurulmamalıdır. Buna rağmen arama tedbirine başvurulmuş ise, temel hak ve özgürlükler ihlal edilmiş olacaktır. Çünkü tedbire başvurmak gerekli ise, temel haklara müdahale meşru hale gelir. Arama tedbirinden beklenen yarar, temel hak ve özgürlüklere vereceği muhtemel zararlardan az ise, bu tedbirden vazgeçmek veya daha az zarar veren başka tedbirlere başvurmak orantılılık ilkesinin gereğidir. Bu ilke

³⁷ ÖZTÜRK, B., KAZANCI, B.E., GÜLEÇ, S.S.,2013. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.25

³⁸ ŞAHİN, İ., 2004. Türk Ceza Yargılama Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.115

³⁹ TANÖR, B., YÜZBAŞIOĞLU, N., 2012. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. 12. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, s.154

⁴⁰ İNCEOĞLU, S., 2013. “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa(Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme). 1. Baskı. Ankara: Şen Matbaa, s.39

⁴¹ KÜÇÜK, A., 2008. “Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal. Ankara: Adres Yayınları, s.359

gereğince failin başka yöntemle tespit edileme imkanı varsa arama müessesesine başvurulmamalıdır(AİHM Buck-Almanya kararı)⁴².

Kanaatimce, arama kararında aranacak kişi veya şey kararda tereddüde yer bırakılmayacak şekilde açıkça gösterilmesi, her olayda ilk çare olarak arama tedbirine başvurulmaması, suçun ağırlığının yanında elde edilmek istenen delilin hüküm açısından önem arz etmesi orantılılık ilkesi gereğidir.

2.3.7. Suçsuzluk Karinesi İlkesi

Uluslararası birçok metinde düzenlenen bu ilke, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve ilgili cezaların uygulanabilmesi için o kişinin kesin hükümle mahkum olması anlamına gelmektedir. Bu ilke, suç şüphesi altındaki bir kimsenin, gerçeğin araştırılması aşamasında halkın suçlu belirleme güdüsüne hukukun bir engelidir.

Bir evrensel hukuk ilkesi olan bu ilke Anayasamızın 38/4'üncü maddesinde "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" şeklinde düzenlenmiştir. Yine Anayasamızın 15'inci maddesine göre, savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bile suçluluğu mahkeme kararı ile saptanuncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Bu ilkenin iki temel sonucu vardır. Bunlardan biri kişinin kendisinin suçsuz olduğunu ispatlamak zorunda olmaması, diğeri ise ispat yükü kişide değil karşı tarafta olmasıdır⁴³.

Böylelikle kişiler önyargılardan uzak, kendini herhangi bir baskı altında bulmadan, hür bir şekilde savunma hakkını elde etmiş olacaktır. Bu ilke soruşturma ve kovuşturma makamlarına kişilerin suçsuz olduğunu düşünerek ona göre hareket etme zorunluluğu getirir.

2.3.8. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Ceza yargılamasının amacı, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Yani sanığın suçlu olup olmadığını araştırmak, suçlu ise cezalandırmak, masum ise beraat ettirmektir⁴⁴. Böylelikle bir yandan suçsuzlar korunmuş, suçluların cezalandırılması sağlanmış olacaktır.

⁴² YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.395

⁴³ FEVZİOĞLU, M., 1999. Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. AÜHFD, C.48, S.1-4, s.135 vd.

⁴⁴ BAKİ, Y., 2007. Adli Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE., s.25.

Ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma evreleri sonunda bir doğru ortaya çıkar. Hükmün kesinleşmesi ile bulunan bu sonuç maddi gerçek olarak adlandırılır. Bu gerçek mutlak gerçek değildir. Bu, muhakeme sonucunda ulaşılmış olan gerçektir. Ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma organlarının görevleri, adil yargılanma hakkı ilkesine uygun olarak gerekli araştırmaları yaparak ve bu araştırma sonucunda elde edilen delilleri tartışarak maddi gerçeğe ulaşmaktır⁴⁵.

Maddi gerçek araştırılırken delillere ihtiyaç duyulur. CMK'nın 217/2'nci maddesine göre yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Ancak gerçeğe ulaşmak için başvurulacak delillerin akla uygun olması, olayla ilgili ve sonuca etkili olması ve hukuka uygun olması gerekmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda arama işlemi de maddi gerçeğe ulaşmak için delil elde etmeye yarayan bir araç olarak kullanılmaktadır.

Ancak her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin araştırılmasından söz edilemez. Bazı delil yasaklarıyla bu ilkeye sınırlandırmalar getirilmiştir. Kanuna aykırı delillerin kabul edilemeyeceği gerek anayasamızda, gerekse kanunlarımızda hüküm altına alınmıştır.

Bazı delillerin özünde hukuka aykırılık varken, bazı delillerin ele geçiriliş aşamasında yapılan yanlışlıklar nedeniyle sonradan hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır.

Kişi hayatının gizli alanına ilişkin deliller, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler arasındaki mektuplar, avukat müvekkil arasındaki avukat-müvekkil ilişkisinden kaynaklanan yazışma ve belgeler özü itibarıyla hukuka aykırılık taşıyacağından, bunlar maddi gerçeğe ulaşmak için delil olarak kullanılamayacaktır.

Öte yandan, işkence sonucu elde edilen bilgiler, bu bilgiye dayanarak yapılan aramada elde edilen bilgi ve belgeler elde ediliş usulü nedeniyle maddi gerçeğe ulaşmak için delil olarak kullanılamayacaktır.

Sonuç olarak, ceza muhakemesinde amaç, şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğin araştırılmasıdır⁴⁶.

⁴⁵ AKSOY, Ş., 2007. Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama. Ankara: Seçkin, s.43

⁴⁶ CENTEL, N., ZAFER, H., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 12. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, s.246

3. ARAMANIN AMACI, ŞARTLARI, KİŞİ, YER VE ZAMAN BAKIMINDAN ÖZELLİKLERİ

3.1. ARAMANIN AMACI

3.1.1. Genel Olarak

CMK'nın 116'ncı maddesinde "Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir" şeklinde bir ifade kullanmıştır. Buna göre aramanın yakalama, delil elde etme ve elde edilen delile el koyma gibi üç temel amacı vardır. Arama koruma tedbiri bu amaçlardan hepsine yönelik olabileceği gibi sadece bu amaçlardan birine yönelik olabilir.

Aramanın amaçlarına bakıldığı zaman, ayrı bir koruma tedbiri oldukları görülecektir. Dolayısıyla arama tedbiri, yakalama ve el koyma tedbirlerinin bir ön basamağını oluşturur. Bu da aramanın amaç değil, bir araç olduğunu gösterecektir.

3.1.2. Yakalama

Yakalama, şüpheli veya sanığın hakim kararına gereksinim duyulmaksızın özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır^{47 48}. Yakalama, hakkında suç şüphesi bulunan kişinin, gözaltı ve muhafaza altına alma işlemlerinden önce, geçici olarak özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurur. Bir kişinin yakalanması ancak dört halde mümkündür;

- Bir suç işlediği sırada suçüstü tespiti,
- Hakkında yetkili mercilerce yakalama emrinin çıkarılmış olması,
- Hakkında tutuklama kararının bulunması,
- Hakkında zorla getirme emrinin olması gerekmektedir.

⁴⁷ ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.384

⁴⁸ YENİSEY, F., 2003. "Yeni Arama Hukukumuz", Polis Dergisi. Aralık, S.37, s.8

Suçüstü halinde yapılan yakalamalar, beklenen bir durum olmadığından, bir karar veya emre dayanmaz. Bu sebeple, suçüstü halinde kaçan şüphelinin yakalanması için takip edildiği sırada girdiği yerleri aramak için karar gerekmez. Suçüstü hali olmayan yakalamalarda ise yetkili makamlarca verilmiş bir karara ihtiyaç vardır.

Yakalama sırasında üst arama yetkisi de kendiliğinden doğar. Ancak buradaki arama sadece kaba arama niteliğinde olmalıdır. Vücudun mahrem yerlerini kaplamaksızın sadece, üzerindeki ceket, pantolon, palto, kazak gibi elbiselerin genel aranmasıdır. Kaba üst aramasından sonra ince arama gerekiyor ise artık arama kararı gerekecektir. Örneğin, kişinin üzerindeki kazak, pantolon gibi elbiselerin çıkarılması isteniyor ise artık ince arama yapılmak isteniyor demektir. Bu arama için artık arama kararı gerekecektir⁴⁹.

Yakalama amaçlı arama hem herkesin yakalama yapabildiği durumları hem de herkesin yakalama yapamadığı durumları kapsar⁵⁰.

CMK'nın 90'ncı maddesinde hangi hallerde, kimlerin yakalama yapabileceği düzenlenmiştir. Birinci fıkrasında herkes tarafından yapılabilecek yakalamanın koşulları, ikinci fıkrasında ise kolluk görevlilerinin hangi hallerde yakalama yetkisine sahip oldukları gösterilmiştir.

Herkes tarafından yakalama yapılabilmesi için; suçüstü hali veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğinin belirlenme olanağının bulunmaması gerekir(CMK m.90/1-a,b). Bu hallerde herkes geçici olarak yakalama yapabilir.

Herkesin yakalama yetkisine sahip olduğu durumlarda kolluğun yakalama yetkisinin olup olmadığının tartışılmasının bir anlamı olmayacaktır. Bu durumlar dışında CMK'nın 90/2'nci maddesi gereği tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, kolluk görevlileri yakalama yetkisine sahiptirler. Yani, suçüstü hallerinde yakalama herkes tarafından yapılabilmekte iken, suçüstü olmayan hallerde yakalamayı sadece kolluk görevlileri yapabilir⁵¹.

5271 sayılı CMK, herkes tarafından yapılabilen yakalamadan bahsetmiş iken herkes tarafından yapılabilen aramadan bahsetmemiştir. Şartlar oluştuğu zaman herkes yakalama yapabilmekte, ancak arama sadece yetkili kılınan kişiler tarafından

⁴⁹ KUNTER, N., YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2010. Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı., İstanbul: Beta Yayınevi, s.1068

⁵⁰ ÖZBEK, V.Ö., 1999. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Arama). Ankara: Seçkin, s.54

⁵¹ YILDIZ, H.S.,2010. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE., s.34

yapılabilmektedir. O halde bir suç işledikten sonra bir eve giren faili yakalamak amacıyla, olaya tanık olan bir kişinin eve girerek arama yapması mümkün değildir.

Ayrıca bir kişinin yakalanması amacıyla arama kararı verilebilmesi için o kişinin saklanıyor olması ve aranacak yerde olduğu konusunda makul şüphenin bulunması gerekmektedir. Müdahale ettiği haklar dikkate alınarak, her olayda arama tedbirine başvurmamak gerekmektedir. Orantılılık ilkesine dikkat edilerek, elde edilecek yarar ile müdahale edilecek hak arasında ki denge göz ardı edilmemelidir.

Diğer taraftan bir kişinin veya aracın durdurulması yakalama anlamına gelmez. Yakalama sayılması için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekmektedir⁵².

3.1.3. Delil Elde Etme

Ceza muhakemesinde, gerçeğin araştırılmasında bazı araçlara başvurmak gerekmektedir. Maddi gerçeğin araştırılmasında, yani suçun gerçekten işlenip işlenmediğinin araştırılmasında yararlanılan her türlü araç delil olarak adlandırılır. Ceza muhakemesinde delil serbestliği kabul edildiğinden her türlü delilden yararlanılabilir⁵³.

Deliller kural olarak soruşturma aşamasında toplanır ve mahkeme huzuruna sunulur. Ancak kovuşturma aşamasında da ortaya çıkan yeni bir delilin veya eksik olan bir delilin toplanması söz konusu olabilir. Bu nedenle her iki aşamada da arama kararı verilebilir. Kovuşturma aşaması bittikten sonra delil araştırmasının bir manası kalmadığından, arama kararı verilmesinin imkanı yoktur. Ancak yargılanmanın yenilenmesine karar verilmesi halinde, delil elde etmek amacıyla arama kararı verilebilir⁵⁴.

Delilleri ele geçirmek için arama yapılması, kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahaleye neden olmaktadır. Bu nedenle elde edilecek delilin orada olduğunu gösteren makul şüphenin varlığı gerekmekte, ayrıca elde edilen delilin maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından önemli bir delil olmasına dikkat edilmelidir. Bunun dışında elde edilecek delil ile ihlal edilen hak ve özgürlükler arasındaki denge, hak ve özgürlükler yararına değerlendirilmelidir. Yani orantılılık ilkesine özenle dikkat edilmelidir⁵⁵. O halde olayın aydınlatılmasına faydası olmayacak bir delilin bulunması için yapılacak olan arama işlemi hukuka aykırı sayılmalıdır.

⁵² ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAŞIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.282

⁵³ ÖZELCE, C.,2010. Koruma Tedbirleri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Polis Akademisi GBE., s.37

⁵⁴ ÖZTÜRK, B., ERDEM, M.R., 2006. Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s.369

⁵⁵ KAYMAZ, S., 1997. Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara: Seçkin Yayınları, s.137

Ceza muhakemesinde, maddi gerçeği bulmaya yarayacak her şey delil olarak aramanın konusu olabilir. Bu nedenle aramanın konusu, yazılı belgeler (not defteri, senet vs.), görüntü ve ses kayıtları, fotoğraflar, bilgisayar kayıtları, bıçak, saç kılları, kan lekesi gibi birçok şey olabilir.

Delilin doğrudan delil olması da şart değildir. Asıl delili bulmaya yarayan dolaylı delillerde aramanın konusu olabilir. Örneğin bir yazının kime ait olduğunu bulmak için şüpheli veya sanığın yazı örneklerini bulmak için de arama tedbirine başvurulabilir.

3.1.4. El Koyma

İspat vasıtalarından olup da ceza muhakemesinde gerçeğin ortaya çıkması bakımından faydalı görülen veya müsadereye tabi bulunan eşyanın, eşyayı elinde bulduranın rızası bulunmamasına rağmen adliyenin eli altına alınmasına el koyma denmekte, bu işlem zilyedin rızası ile yapıldığında da muhafaza altına alma olarak adlandırılmaktadır⁵⁶. Bir başka deyişle zilyedin rızası olmamasına rağmen eşya üzerinde tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır⁵⁷.

İspat aracı olarak kullanılan her türlü eşya CMK'nın 123'üncü maddesi gereğince elkoymanın konusunu oluşturabilir. Bu delillerin muhafaza altına alınması halinde elinde bulduranın rızasıyla vermesi söz konusu olduğundan arama tedbirine gerek olmayacaktır. Ancak kendi rızasıyla teslim etmediği malzemeler için arama müessesesine başvurulacaktır. Arama sonucunda elde edilen malzemeye elkonulabilecektir.

Elkoyma, bir koruma tedbiri olduğundan geçicidir⁵⁸. İstenen amaca ulaşılması halinde el konulan deliller ya zilyedine iade edilir veya hakkında müsadere kararı alınır. Bu yönüyle müsadereye ayrılır. Çünkü müsadereyle artık devletin mülkiyeti söz konusu iken, el konulan deliller amaca ulaşılacak ile zilyedine devredilir. Diğer taraftan müsadere cezalandırma amacı güderken, el koyma bir koruma tedbiridir.

El koyma yasağı nedeniyle bazı hallerde yapılan arama sonucu el koyma işlemi yapılamaz⁵⁹. Devlet sırrı niteliğinde bilgiler içeren belgeler (CMK m. 125/1), şüpheli, sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki mektuplar ve belgeler (CMK m.

⁵⁶ ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAĞSIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.350

⁵⁷ YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.408

⁵⁸ ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.73

⁵⁹ ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAĞSIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.350

126), basımevi ve eklentileri ile basın araçları (Anayasa m.30), şüpheli ve sanığın müdafii ile yaptığı yazışmalara (CMK m. 154) el konulamaz.

Her ne kadar CMK'nın 125'inci maddesi devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemeden gizlenemeyeceğini, bunların hakim veya mahkeme tarafından incelenebileceği düzenlenmiş ise de, aynı maddenin 3'üncü fıkrası alt sınırın 5 yıl ve daha üstü suçlarda bu hükmün uygulanacağını belirtmesi, 5 yılın altındaki suçlarda devlet sırrı içeren belgelerin incelenemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle alt sınırı 5 yılın altında olan suçlarda devlet sırrı içeren belgelere el konulamayacaktır.

Şüpheli, sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki mektuplar ve belgelerin el koyma yasağının içine girebilmesi için, bu mektup ve belgelerin şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecek kişilerin yanında, meskeninde, aracında veya işyerinde olması gerekmektedir. Bu belgelerin üçüncü kişilerin yanında, meskeninde, aracında veya işyerinde bulunması halinde el konulabilecektir.

Şüpheli veya sanık ile müvekkili arasındaki konuşmalar ve yazışmalar denetlenemeyeceğinden, bu yazışmalara da el konulamayacaktır.

Anayasanın 30'uncu maddesi; “ Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz” demek suretiyle basın özgürlüğü korunmaya çalışılmıştır. Bu madde nedeniyle el koyma amaçlı aramada yapılamayacaktır.

El konulan mal taşınır mal ise emanete alınır, taşınmaz ise tapu kaydına şerh edilir. Böylelikle el konulan taşınır veya taşınmaz mallar hem güvenceye alınıp korunmuş olacak, hem de gerektiği zaman mahkemenin incelemesine hazır halde tutulmuş olacaktır⁶⁰.

3.2. ARAMANIN ŞARTLARI

3.2.1. Genel Olarak

Arama müdahale ettiği temel hak ve özgürlüklerin önemi nedeniyle ulusal ve uluslararası düzenlemelerde bazı şartlara bağlanmıştır⁶¹. Bu şartlar ulusal düzeyde gerek anayasada, gerekse de kanunlarda düzenlenmiştir. Bu şartlar aynı zamanda aramaya

⁶⁰ YAŞAR, O., OTACI, C., 2015. (Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu)Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Cilt, s.513

⁶¹ ŞAHİN, C., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları,

maruz kalan kişilere bir güvence vermektedir. Bu sınırlamalar öncelikle Anayasanın 13'üncü maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başlığı altında "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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" şeklinde düzenlenmiştir. Arama tedbiri de temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına neden olduğu için öncelikle bu sınırlamalara tabidir. CMK'ya baktığımızda ise, aramanın düzenlendiği 116'ncı vd. maddelerinde bazı şartların öngörüldüğü görülmekte. Bunlar "makul şüphe" ve "yetkili makamca verilen arama kararı veya emri" olarak düzenlenmiştir.

3.2.2. Makul Şüphe

Şüphe, kelime anlamı olarak, bir şeyin gerçekleştiği konusunda var olan şüphedir⁶².

Ceza muhakemesinde şüphe ise, soruşturma aşamasında yetkililerin delillere dayanan bir tahmininden ibaret iken, kovuşturma aşamasında iddiayı destekleyen delillerin yetkililere eşit değerde görünmesinden ve bu yüzden savunma veya iddia lehinde veya aleyhinde net bir kanıya varamamalarından ibarettir⁶³.

Başvurulan tedbirin türüne göre şüphenin kuvvet derecesi de farklılık gösterir⁶⁴. Ceza muhakemesinde şüphe genel olarak kuvvet derecesine göre dörtlü ayrıma tabi tutulmuştur⁶⁵. Bunlar; basit şüphe⁶⁶, makul şüphe⁶⁷, yeterli şüphe⁶⁸ ve kuvvetli şüphedir⁶⁹.

⁶² ÖZELCE, C.,2010. Koruma Tedbirleri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Polis Akademisi GBE., s.41

⁶³ BAKI, Y., 2007. Adli Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE., s.42

⁶⁴ YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.395

⁶⁵ BİLEN, M.,2006. Adli Arama ve Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi SBE., 41

⁶⁶ CMK'nın 160/1'inci maddesine göre, "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."

⁶⁷ CMK'nın 116'ncı maddesine göre, "Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."

⁶⁸ CMK'nın 170/2'nci maddesine göre, "Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler."

⁶⁹ CMK'nın 134/1'inci maddesine göre, "Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir."

Basit şüphede bir ihbar veya şikayet yeterli olacaktır. Bir suçun işlendiği izlenimi veren haldir. Yeterli şüphe, yapılan yargılamada mahkumiyet ihtimalinin, beraat ihtimalinden daha fazla olduğu haldir. Kuvvetli şüphe ise kesin olmamakla birlikte somut delillerle desteklenmiş kesinlik boyutuna yaklaşmış şüphedir⁷⁰.

CMK'nın 2/1-e maddesine göre, soruşturma yetkili mercilerin suç şüphesini öğrenmesi ile başlar.

CMK'nın 116'ncı maddesine göre ise, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe⁷¹ varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.

21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanununun 9'uncu maddesiyle yapılan değişiklik öncesi kanun, arama için sadece makul şüphe arar iken, değişiklikle birlikte şüphenin derecesini arttırarak kuvvetli şüphe varlığını aramıştır. Sadece şüphenin derecesi arttırılmamıştır. Kuvvetli şüphenin somut delillere desteklenmesi gerektiği benimsenmiştir. Ancak 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanununun 40'ıncı maddesiyle CMK'nın 116'ncı maddesinde tekrar değişikliğe gidilerek eski düzenlemeye dönmüştür. Yani "somut delillere dayalı kuvvetli" ibaresi "makul" şeklinde değiştirilmiştir. Daha sonra makul şüphenin subjektif bir kavram olduğu, kamu otoritesinin kişilerin özel hayatına, konut dokunulmazlığına ve aile hayatının mahremiyetine keyfi olarak müdahalede bulunmasına olanak sağlayacağından anayasaya aykırılık nedeniyle iptal talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Yapılan değişikliğin gerekçesinde, arama kararı verilebilmesi için gerekli olan somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin, uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması nedeniyle makul şüphe şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede, aramanın amacı, suç işlediği şüphesi altında bulunan kimsenin yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi suretiyle ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlenmesini ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamak olduğunu, kanun koyucunun, arama tedbirinin daha işlevsel hale getirilmesi amacıyla arama kararı verilebilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe yerine, makul şüphenin varlığını yeterli gördüğü, makul şüphenin her bir olayın özelliğine göre değişkenlik göstereceğinden hangi koşullarda gerçekleşeceğinin önceden öngörülebilmesinin mümkün olmadığı, makul şüphenin bulunup bulunmadığını belirleme yetkisini arama kararı vermeye yetkili mercilere bırakılmış olduğu, ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.11.2014 tarihli ve E.2013/610, K.2014/512 sayılı kararında, makul şüphenin somut olgulara dayanması

⁷⁰ ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAŞIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.280

⁷¹ 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanununun(6 Mart 2014 tarihli 28933 sayılı Resmi Gazete) 9 uncu maddesiyle bu fıkarda yer alan "makul" ibaresi "somut delillere dayalı kuvvetli" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra eski düzenlemeye dönülerek 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanununun(12 Aralık 2014 tarihli 29203 sayılı Resmi Gazete) 40 ıncı maddesiyle bu fıkarda yer alan "somut delillere dayalı kuvvetli" ibaresi "makul" şeklinde değiştirilmiştir.

gerektiğini ifade ettiğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de somut olayın şartlarına göre değişmekle birlikte gözaltı ve tutuklama kapsamında "makul" şüpheden bahsedebilmek için kişinin suç işlediği konusunda objektif bir gözlemciyi tatmin edecek emare ve bilgilerin gerekli olduğunu kabul ettiğini (*Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, 30/9/1990, B.No:12244/86, § 32), arama kararı verilebilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe yerine makul şüphenin yeterli görülmesi, soruşturma veya kovuşturmalarda arama tedbirine daha kolay bir şekilde başvurulabilmesine olanak tanımakla birlikte bu husus tek başına kuralı Anayasa'ya aykırı kılamayacağı, arama tedbiriyle özel hayata ve konut dokunulmazlığına yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığının, makul şüphe koşulu yanında, kanunda yer alan diğer güvencelere bakılarak bir bütünlük içinde değerlendirilmesi gerektiği, arama tedbiriyle kişinin özel hayatına ve konut dokunulmazlığına müdahalede bulunulduğundan gerek Anayasa'da gerekse de 5271 sayılı Kanun'da arama tedbirine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilerek anılan haklara keyfi olarak müdahalede bulunulmasını önleyici güvenceler getirildiği, dolayısıyla dava konusu kuralın, yetkili mercilere arama kararı verebilmeleri için sınırsız bir takdir hakkı tanıyarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerine keyfi olarak müdahalede bulunma imkanı tanımadığı, bu açıklamalar çerçevesinde, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlemesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla arama kararı verilebilmesi için makul şüphenin yeterli görülmesinde, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının özüne dokunan ya da bu hakların kullanımını ölçsüz şekilde sınırlandıran bir müdahale bulunmadığı değerlendirmesinde bulunarak iptal talebinin reddine karar verilmiştir⁷². Böylelikle CMK'nın 116'ncı maddesi, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir şeklini almıştır.

Arama için sadece basit bir şüphenin mi yoksa daha kuvvetli bir şüphenin mi gerektiği konusunda tartışmaların olması yanında, kanaatimce arama için azda olsa şüphenin belli başlı olgularla desteklenmesi gerekmektedir. Çünkü aramayla, başta kişilerin özel hayat ve konut dokunulmazlığı olmak üzere birçok kişisel hakkına bir müdahale söz konusu olduğundan aranan şeyin veya kişinin orada olduğunu gösteren belli başlı olgu, olayların olması aranmalıdır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, biz burada şüpheden bahsettiğimizden, bir şeyin veya kişinin orada olduğunu ispatlayan kesin olgular aranmamalıdır. Aksi halde arama müessesesi uygulanamaz hale gelecektir.

AÖAY'nin 6'ncı maddesinde makul şüphenin ne olduğu tanımlanmıştır. Buna göre;

“Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.

⁷² Anayasa Mahkemesi. 23.12.2015, 2014/195 E., 2015/116 K., 29.01.2016 tarihli 29608 sayılı Resmi Gazete

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

Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.

Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.

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

“Makul şüphe” ile, “makul sebep” arasında da fark vardır: Makul sebep, bir konunun uzmanı olan kişi tarafından değerlendirilen olgulardır. Somut bir olguyu o konuda bilgi sahibi olan bir kişi gördüğünde, buna bir anlam verebilir. Çok sayıda uzmanın aynı görüşü paylaşabildiği hallerde, “makul sebep” bulunduğu kabul edilir (PYSK 4A/2). “Makul şüphe” ise, sıradan bir vatandaşın yapacağı değerlendirmeye dayanır. Makul ve orta zekalı çok sayıda insanın, somut bir olguyu aynı yönde değerlendirebildikleri durumlarda, bu değerlendirme suç ile ilgili ise, “makul şüphe” vardır⁷³.

İhbarın makul şüphe sayılması için üç temel nokta söz konusudur. Birincisi ihbarda bulunan kişinin kendi açık kimliğini de bildirmiş olması gerekmektedir. Çünkü gerçekleri yansıtmayan bir ihbar, iftira suçuna vücut verebilecektir. İkincisi ihbarda ayrıntılı olay bilgisi verilmelidir. Üçüncüsü ise ilk iki unsurun gerçekleşmediği bir ihbarda, ihbarda bulunan şahsın güvenilir bilgi vermiş olması veya eldeki bazı delilleri destekler ihbarların bulunması gerekmektedir⁷⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1983 yılında vermiş olduğu Gates kararı ile muhbirin verdiği bilgilerin güvenilirliği için, önceden vermiş olduğu bilgilerin güvenilirliğini yeterli bulmamış, bunun yanında verdiği bilgileri destekleyen (örneğin evde uyuşturucu olduğunu bizzat görmüş olması lazım) başka delillerinde gerekliliğine karar vermiştir⁷⁵.

Makul şüphenin kararda gerekçelendirilmesi şarttır. Makul şüphenin kararda gerekçelendirilmemiş olması aramayı hukuka aykırı hale getirecektir.

Arama kararında aranılacak şeye dair delil ve emareden bahsedilmelidir. Genel soyut nitelikli iddialardan ziyade somut deliller ileri sürülerek makul şüpheyi haklı kılan unsurlar ileri sürülmelidir. Yani şüphe bir iddiadan ibaret olmamalı, belirli olgulara dayanmalıdır. Aksi halde makul şüphe boyutuna varmayan iddiadan ibaret şüpheye dayanılarak yapılan arama keyfiliğe kaçan, kişilerin hukuk güvenliğini ihlal eden yasaya

⁷³ YENİSEY, F., 2013. Adli Arama. Ankara: Çağın Polisi Dergisi, Aralık, S.144, s.15

⁷⁴ YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.396

⁷⁵ YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s.539

aykırı bir karar olur ki böyle bir arama sonucu ulaşılan deliller hukuka aykırı hale gelecek ve bu arama sonucu ele geçen deliller hükme esas alınamayacaktır⁷⁶.

Burada aranan şüphenin kuvvetli şüphe olmaması nedeniyle arama yapılan yerlerde çoğu zaman istenen amaca ulaşılamayabilir. Ancak öğretide, arama kararının verilebilmesi için basit de olsa aranan kişi veya delilin orada bulunduğu dair bir şüphenin olması gerektiği, aranan şeylerin suçla bağlantısı olması ve aranılacak şeyin arama yapılacak yerde bulunduğu umulması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁷⁷.

Makul şüphe her halükarda uyulması gereken bir kuraldır. İster hakim tarafından verilen bir karar olsun, ister gecikmesinde sakınca bulunan bir hal nedeniyle Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle veya Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı durumlarda kolluk tarafından verilen yazılı emirle olsun, isterse de herhangi bir karar veya emre gerek olmaksızın kolluğun yapabileceği aramalar olsun her halükarda bu şartın sağlanması gerekmektedir.

Eldeki bulgulara göre makul şüphenin olmadığı gerekçesiyle arama talebinin reddedilmesi halinde yeni bulgular eklenerek talep yenilenebilir.

Aramaya, suç şüphesi altında olmayan kişiler nezdinde de başvurulabilir. Suç şüphesi altında olmayan kişilerle ilgili arama bakımından daha yoğun bir şüphe aranmaktadır⁷⁸. Üçüncü kişiler nezdinde yapılacak arama daha sıkı şartlara bağlandığından aranılacak yerde şüpheli veya delillerin olduğunu gösterir somut olayların varlığı gerekmektedir. Burada şüpheden ziyade bir belirlilik söz konusu olmalıdır. Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.

3.2.3. Yetkili Makamca Verilen Arama Kararı Veya Emri

Anayasanın 20'nci maddesinde “usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz”, yine 21'inci maddesinde “usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin konutuna girilemez ve aranamaz” denilmek suretiyle arama kararı için hakim kararı veya yetkili merciin yazılı emri şartı getirildiği görülmüştür.

⁷⁶ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 27.11.2013, 2013/5178 E., 2013/23749 K.(UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)

⁷⁷ AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.30

⁷⁸ PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., 2008. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu., Ankara: Yayın Matbaacılık, 1. Cilt, s.473

3.2.3.1. Hakim Kararıyla Arama

Arama, hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı bir işlem olduğundan, kural olarak hakim kararı gereklidir⁷⁹. Ancak ileriki konularda değinileceği gibi bunun birkaç istisnası vardır. Bu durumların gerçekleşmesi halinde hakim kararı olmadan yapılacak arama hukuka uygun kabul edilmiştir. Anayasanın 20/2'nci maddesine, CMK'nın 119/1'inci maddesine ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 7'nci maddesine göre arama kararı verme yetkisi hakimindir. Kural olarak hakim kararı olmadıkça arama işlemi yapılamaz⁸⁰. Bu durum hukuk devletinin bir gereğidir. Aynı zamanda arama kararının hakim kararına bağlanması kişiler açısından da bir güvencedir⁸¹. Yani arama kararının hakim kararına bağlanması kişileri, hak ve hürriyetlerine müdahale edileceği endişesinden bir nebze uzaklaştırır. Hakim kararı alınmasını engelleyecek halin varlığını gösteren tespit, bilgi ve belge kararda gösterilmeden yapılan arama hukuka aykırı olacaktır⁸².

Burada bahsedilen hakim, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma aşamasında ise olaya bakan mahkemedir. CMK'nın 162/1'inci maddesi hükmüne göre, soruşturma sırasında hakim kararıyla yapılabilecek işlemler hakkında işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hakimliğinden karar alınması gerektiğinden, soruşturma sırasında arama kararı verme yetkisi de, arama işleminin yapılacağı yerdeki sulh ceza hakimindedir⁸³. Böylece soruşturma sırasında, farklı bir ilde yapılması gereken bir arama işlemi için talep evrakları işlemin yapılacağı il savcılığına gönderilmeli, bu yer savcılığınca sulh ceza hakimliğinden arama kararı alınarak gerekli faaliyetler yapıp, sonuç ilgili soruşturma savcılığına gönderilmelidir.

Eğer arama işlemi kovuşturma aşamasında yapılacak ise, aramanın nerede yapılacağına bakılmaksızın davaya bakan mahkeme kararı vermelidir. Verilen karar icra edilecek yer savcılığına gönderilir. Kolluk tarafından yapılan işlemlerin sonucu, kovuşturmayı yapan mahkemeye gönderilir.

⁷⁹ KUNTER, N., YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2013. Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu., 1. Baskı., İstanbul: Beta Yayınevi, 1. Cilt, s.1229

⁸⁰ ÖZTÜRK, B., ERDEM, M.R., 2006. Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s.540

⁸¹ ÖZBEK, V.Ö., 2006. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları, s.330

⁸² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.11.2009, 2009/7-160 E., 2009/264 K. (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)

⁸³ AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.33

Arama kararının nasıl alınacağı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 7'nci maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, suç ilk önce kolluğa bildirilmiş ise kolluk makul şüphenin varlığını ve aranan eşyanın niteliğini içeren ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve savcılığa sunar. Savcılık da gerekli görmesi halinde, arama kararı için hakime başvurur. Kovuşturma aşamasında, mahkeme doğrudan arama kararı verecek ise savcının yazılı veya sözlü görüşü alındıktan sonra karar verecektir. CMK'nın 163'üncü maddesi gereğince bazı durumlarda sulh ceza hakimi savcının yetkilerini kullanmaktadır. 163'üncü maddeye göre, "Suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. Kolluk âmir ve memurları, sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve araştırmaları yerine getirirler" demektedir. Ancak kolluğun, hazırlamış oldukları arama istek raporunu, gerek görülmediğinden savcılıkça reddedilmesi nedeniyle doğrudan hakime başvurma yetkileri yoktur. Aramanın amacını tehlikeye düşüreceğinden, arama kararı ilgiliye tebliğ edilmez. Aramanın hemen öncesinde ilgiliye bilgi verilir⁸⁴.

Hakim, talebi kabul veya ret edebilir. Hakimin kararı ret etmesi halinde savcının kendiliğinden arama yapması mümkün değildir. Talebin ret edilmesinden sonra yeni deliller çıkar ve arama ihtiyacı doğar ise tekrar hakimden arama kararı talep edilebilir. Bu durumda da hakim kararı kabul veya ret edebilir.

Arama kararı dosya üzerinde incelemeyle verilir. Soruşturma evresinde alınan arama kararına itiraz edilebilir (CMK m.267). Ancak kural olarak bu itiraz arama kararını durdurmaz(CMK m.269). Mahkeme kararlarına karşı ancak kanunda açıkça belirtilen durumlarda itiraz edilebildiğinden(CMK m.267), kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından verilen kararlara itiraz yolu kapalı olacaktır. Arama kararına karşı ancak son kararla birlikte temyiz yoluna başvurulabilir.

Suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra 5271 sayılı CMK kuralları uygulanması gerektiğinden, arama işleminin önceden alınmış bulunan önleme araması kararına göre değil CMK kurallarına göre icra edilmesi gerekmektedir⁸⁵.

Hakimin vereceği arama kararında CMK'nın 119'uncu ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 7'nci maddeleri gereği;

- Aramanın nedenini oluşturan fiil,
- Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,

⁸⁴ ONAN, O.,2009. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama. Yüksek Lisans Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi SBE., s.37

⁸⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.11.2014, 2013/610 E., 2014/512 K. (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)

- Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,
- Aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağı, açıkça gösterilir.

Arama kararının bu şekilde sınırlarının belirlenmesi, aramanın müdahale ettiği hak ve hürriyetlere verilen önemden kaynaklanmaktadır. Genel nitelikli bir arama kararı hukuka uygun değildir⁸⁶.

Hakim kararı veya aramaya ilişkin diğer şartlar olmaksızın yapılacak arama, Anayasaya, CMK'ya ve ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırı olacağından, böyle bir karar icra edenler TCK'nın 120'nci maddesinde düzenlenen haksız arama veya diğer ilgili suçlar(konut dokunulmazlığını ihlal) ile suçlanabileceklerdir.

3.2.3.2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emriyle Arama

Arama işleminin niteliği gereği, kimi zaman hakim kararı almaya yetecek zaman olmayabilir. Ancak bu istisnai durumlarda bile anayasamız katı bir düzenlemeye giderek yazılı emir sistemini getirmiştir(Anayasa m.20). CMK'nın 119'uncu maddesi de anayasadan aldığı yetkiye dayanarak, bu istisnai durumlarda, Cumhuriyet savcısına ve kolluk amirine yazılı emir verme yetkisi tanımıştır.

Cumhuriyet savcısının arama kararı verebilmesi için, makul şüphenin yanında şu şartların da oluşması gerekmektedir;

- Gecikmesinde sakınca bulunan hal,
- Yazılı emir.

Cumhuriyet savcısının makul şüphenin varlığı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde vereceği sözlü talimat yeterli olmayıp, bu kararı yazılı olarak vermesi gerekmektedir. Şimdi bu iki şartı yakından inceleyelim;

3.2.3.2.1. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal

Arama kararı ancak hakim kararıyla mümkündür. Cumhuriyet savcısının arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için ön şart olarak, gecikmesinde sakınca

⁸⁶ ERYILMAZ, M.B., 2003. Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama. Ankara: Seçkin Yayınları, s.151

bulunan bir halin olması gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan halden maksat ise, hakime başvurup karar aldıktan sonra, aramanın uygulanamaz duruma gelmesi veya beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır⁸⁷.

Kanun maddesinde de açıkça bahsedildiği gibi (CMK m.119/1) arama işlemi için mutlaka hakim kararına gerek yoktur. Gecikmesinde sakınca bulunana hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk arama işlemini yerine getirebilir.

Arama kararı almak için hakime başvurup ve onun kararını ilgili birime ulaştırmasına yetecek zamanın olmaması durumlarında gecikmesinde sakınca var demektir. Gecikmesinde sakınca bulunması, her somut olaydaki şartlar içinde değerlendirilir. O sırada arama işlemi yapılmadığı zaman kişi kaçacak veya delil yok olabilecek ise gecikmede sakınca var demektir. Hangi hallerin gecikmesinde sakınca bulunacağını takdiri Cumhuriyet savcısına aittir⁸⁸.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu da kararda belirtilmelidir. Gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu belirtilmeden, hakim kararı da olmaksızın yapılan arama hukuka aykırı hale gelecektir. Bu şekilde elde edilen deliller hükme esas alınmayacaktır⁸⁹.

3.2.3.2.2. Yazılı Emir

CMK'nın 161/3'üncü maddesi, Cumhuriyet savcılarının adli kolluk birimlerine verecekleri emrin nasıl olacağını düzenlemiştir. Buna göre "Cumhuriyet savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı, acele hâllerde, sözlü olarak verir, sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir" demek suretiyle sözlü emirlerinde verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

CMK'nın 161/3'üncü maddesi, genel bir düzenlemedir. Bu hüküm özel bir düzenlemenin olmadığı durumlarda uygulanacaktır. Arama emrini vermeyi düzenleyen Anayasanın 20'nci maddesi, CMK'nın 119'uncu maddesi, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 7'nci maddesi Cumhuriyet savcısının vereceği arama emirlerinin yazılı olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bunun yanında sözlü emir verilebileceği konusunda herhangi bir istisna getirilmemiştir. Bu nedenle arama işlemi için Cumhuriyet savcısının talimatının yazılı olması zorunludur. Önce sözlü talimat verilmesi, daha sonra verilen talimatın yazıya dökülmesi de mümkün değildir. Ayrıca

⁸⁷ BAKI, Y., 2007. Adli Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE., s.49.

⁸⁸ KAHRAMAN, M., 2007. "Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", Yargıtay Dergisi. Temmuz, C.33, S.3, s.348

⁸⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.11.2005, 2005/7-144 E., 2005/150 K. (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.11.2009, 2009/7-160 E., 2009/264 K. (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)

telefon görüşmesinin tutanağa bağlanarak arama yapılmasının da imkanı yoktur. Bu tür aramalar hukuka aykırıdır. Ancak iletişim araçları (e-mail, sms vb.) kullanılarak talimatlar verilebilmelidir. Bu durumlarda arama işlemi bitmeden bu talimatlar yazıya dökülmelidir.

3.2.3.3. Kolluk Amirinin Yazılı Emriyle Arama

CMK'nın 119/1'inci maddesinde "Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir" şeklinde düzenlenmiştir.

Düzenlemeden de görüldüğü gibi kolluk amirinin arama emri verebilmesinin iki şartı bulunmaktadır. Bunlardan biri gecikmesinde sakınca bulunan hal, diğeri ise Cumhuriyet savcısına ulaşamamasıdır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 7/3'üncü maddesi gereği Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hâllerde kolluk âmirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen arama ve elkoyma işlemi üzerine; ilgili kolluk görevlilerince neden Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı, Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla arandığını belirten ayrıntılı tutanak düzenlenerek ilgili soruşturma evrakına eklenir.

Kolluk amirlerince konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama kararı verilemez. Bu yerlerde ancak hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısınca arama kararı verilebilir. Ancak 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçlar bakımından, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz(AÖAY. m.7/4).

Kolluk amirlerinin emri üzerine yapılan arama neticesinde herhangi bir sonuç elde edilip edilmediğine bakılmaksızın derhal Cumhuriyet savcılığına bildirilmelidir. Bu şekilde keyfiliğin önüne geçilmiş olacaktır⁹⁰.

Emrin yazılı olması konusunda yukarda Cumhuriyet savcısı için yapılan açıklamalar aynen kolluk amiri içinde geçerlidir.

Anayasamızda yetkili merciin vereceği arama kararı 24 saat içinde hakim onayına sunulması hükmü yer almasına rağmen, CMK'nın 119'uncu maddesinde ise kolluk

⁹⁰ ÇOLAK, H., TAŞKIN, M., 2005. Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu. Ankara: Seçkin Yayınları, s.381

amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir hükmü bulunsa da, Cumhuriyet savcısının ve kolluğun yazılı emri ile yapılan arama işlemi hakim onayına sunulması düzenlenmemiştir. Kanaatimce arama işlemi kişi hak ve hürriyetlerine yaptığı müdahale düşünüldüğü zaman, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından verilen arama emrinin hakim onayına sunulmaması bir eksikliklerdir.

3.2.3.4. Kolluğun Re'sen Arama Yapması

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, arama işlemini yapabilmek için kural olarak hakim kararı gerekmektedir. Şartları oluşması halinde ise Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emri ile de arama işlemi yapılabilir. Ancak bazı durumlarda ne hakim kararına, ne de Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emrine ihtiyaç vardır. Bu hallerde arama kararı veya emri olmadan da arama işlemi yapılabilir. Bu durumlar kimi zaman işin niteliğinden, kimi zaman bir kanun hükmünden kaynaklanan durumlar olabilir. Şimdi bu durumları kısaca inceleyelim;

3.2.3.4.1. Durdurma, Kontrol Araması Ve Araçta Arama

Kanun koyucunun arama müessesini bazı şartlara bağlamasının yanında bazı durumlarda polise bu şartları aramadan arama yetkisi tanımaktadır. Kanun koyucu 2559 sayılı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu madde 4/A'da ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği madde 27'de bu konuyu düzenlemiştir. Buna göre polis, kişileri ve araçları, suç işlenmesini önlemek, işlenen suçun faillerini bulmak veya hakkında yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişileri tespit etmek için durdurabilecek ve gerekli soruları sorabilecektir(PVSK m. 4/A).

Polis bu yetkisini kullanırken, tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebeple durdurma yetkisini kullanacaktır. Burada aramadaki kadar olmasa da basit bir şüphenin olması gerekmektedir⁹¹. Ancak bu durum süreklilik arz etmemeli, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılmamalıdır. Bir kişiyi geçici olarak durdurmak, yakalama sayılmayacaktır. Yakalama sayılması için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir.

Polis, öncelikle kendini tanıtan kimliğini göstermeli ve durdurma sebebini durdurduğu kişiye bildirmelidir. Akabinde durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir ve kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir. Bu durumda istenen belgeler memura ibraz edilmelidir. Polis yapması gereken işlemi makul bir sürede tamamlamalıdır. Durdurma sebebinin ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir.

⁹¹ YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.293

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu çerçevede kişilerin üzerleri el ile dışarıdan(sıvazlama şeklinde) kontrol edilebilir, araçların görünen tarafları kontrol edilebilir. Ancak, 27.03.2015 tarihli 6638 sayılı kanunla yapılan değişiklikle polise görünmeyen bölgelerde de silah araması yapma yetkisi verilmiştir. Yani bu duruma istisna getirilerek kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilecektir. Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur.

Yoklama suretiyle kontrol, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılır. Yoklama suretiyle kontrol, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Ancak başka yere götürülerek kontrol yapılamaz.

Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet Savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usûlü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır. Yani gözaltına alma yetkisi polise verilmemiştir. Bu nedenle tutulan kişinin kimliğinin tespiti amacıyla parmak izi alınabilecek ve resmi çekilebilecektir⁹². Kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra istemi halinde, tutulma sebebine ve süresine dair bir belge verilir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, gözaltı veya tutukluluk haline derhal son verilir.

Polisin, hiçbir karar ve emir almadan durdurma ve kontrol araması yapmasını, önleme aramasıyla karıştırmamak gerekmektedir. Belli noktalarda, belirli saatler arasında geçici kontrol noktaları konulması, belirli yerlerden geçen herkesin durdurulması bir önleme aramasıdır. Burada hakim kararı veya yazılı emir gerekmektedir. Polisin hiçbir karar ve emir almadan durdurma ve kontrol araması yetkisi süreklilik arz edecek şekilde kullanılamaz⁹³. O anda polisin, tecrübesine ve edindiği izlenime dayanarak kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda makul sebebin varlığı halinde kullanılabilen bir yetkidir. Polis burada makul bir sürede işlemini bitirmelidir. Kişinin bulunduğu yerde uzunca bir süre bekletilmesi kanuna aykırıdır. Aynı zamanda bu bir yakalama da değildir.

Polise verilen bu yetki silah araması olduğundan sınırlı bir yetkidir. Yukarıda belirtildiği gibi bu yetki bir hakim kararı veya yazılı emir söz konusu olmadığından bir önleme araması da değildir. Burada kişilerin veya kamunun uğrayacağı bir zarar

⁹² YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.293

⁹³ AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.43

ihtimalini kendi tecrübesine ve yanında somut olaylara dayanarak fark eden memurun bu tehlikeyi ortadan kaldırma yetkisidir. Böyle bir durumda bir hakim kararı veya yazılı emir almak beklenemeyecektir. Özellikle ülkemizde birçok terör gruplarının faal olarak eylemler yaptığı göz önüne alındığında polise bu yetkinin verilmesi gerekmektedir.

3.2.3.4.2. Yakalanan Kişinin Üstünün Aranması

Anayasanın “özel hayatın gizliliği ve korunması” başlıklı 20’inci maddesinde usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstünün aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak CMK’nın 90/4’üncü maddesi, kolluğun, yakalanan kişinin, kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri alması gerektiğini hüküm altına almıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8/b maddesi ise hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst aramasını hakim kararı veya yazılı emir olmadan yapabileceğini belirtmiştir. Yine Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 6/2’inci maddesinde yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılarak, silâh ve bunun gibi unsurlardan arındırılması sağlanır hükmü yer almıştır. Yakalanma üzerine kişilerin üzerlerinin aranması kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacı taşıdığından bir gerekliliktir. Ancak herhangi bir karara bağlı olmaksızın kişilerin üzerinin aranması hükmünün yönetmelikle düzenlenmesi bir eksikliktir.

Görüldüğü gibi, yakalama niteliği gereği üst aramasını da beraberinde getirir. Kişinin yakalanması durumunda yasanın imkan verdiği ölçüde arama yapılması için ayrıca hakim kararına veya yazılı emrine ihtiyaç duyulmayacaktır. Ancak buradaki arama sadece kaba üst araması şeklindedir⁹⁴. Kişinin elbiselerinin çıkarılarak vücutta arama yapılması bu durumda mümkün değildir. Burada amaç yakalanan kişinin etkisiz hale getirilerek kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemektir. Detaylı arama için yukarıda bahsettiğimiz gibi ya hakim kararı yada şartların gerektirdiği durumlarda yazılı emir gerekmektedir.

⁹⁴ AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.46

Yakalama sonrası kişilerin üzerlerini hakim kararı almadan aranabilir ve silah bulunup bulunmadığını incelenebilir, fakat cep telefonlarındaki dijital verileri hakim kararı almadan incelenemez(Amerikan Yüksek Mahkemesinin Riley V. California Kararı)⁹⁵

3.2.3.4.3. Gıyabi Tutuklama Kararı, Yakalama Emri, Zorla Getirme Kararı Ve Aranan Kişinin Yakalanması Amacıyla Arama

CMK, kural olarak gıyabi tutuklamayı kaldırmıştır. Ancak CMK'nın 248'inci maddesi ve 5320 sayılı Kanunun 5'inci maddeleri uyarınca yurt dışında bulunan kaçaklar hakkında gıyabi tutuklama kararı verilebilir.

CMK'nın 98'inci maddesi yakalama emrine, 146'ncı maddesi ise zorla getirmeye yönelik hükümleri düzenlemektedir. Bu kişilerin bulunup yakalanması ve yetkili merciler önüne çıkarılması gerekmektedir. Bu amaçla, bu kişilerin araçlarında, konutlarında, iş yerlerinde, yerleşim yerlerinde ve bunların eklentilerinde arama ihtiyacı doğabilmektedir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8'inci maddesi bu tür durumlarda arama yapılabilmesi için arama kararına veya arama emrine ihtiyaç duyulmayacağını düzenlemiştir.

Yönetmeliğin 8'inci maddesinin (a) bendinde, hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde yapılacak aramada arama emri ya da kararı aranmayacağını hükme bağlamıştır.

Burada bahsedilen arama, yukarda da bahsettiğimiz gibi kaba aramadır. Burada amaç, yakalanan kişinin etkisiz hale getirilerek kaçması, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemektir. Detaylı arama için ya hakim kararı, yada şartların gerektirdiği durumlarda yazılı emir gerekmektedir.

Yönetmeliğin 8'inci maddesinin (a) bendinin ilk halinde yer alan “yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada” ibaresi Danıştay⁹⁶ tarafından iptal edildiğinden, bu yerlerde yakalama amacıyla arama, hakim kararıyla veya yazılı emirle yapılabilecektir. Yani buradaki arama sadece yakalananın üstüyle sınırlıdır. Kaçağın yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında hakim kararı

⁹⁵ DEĞİRMENCİ, O., 2016. “Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Riley V. Alifornia* Kararı Sonrası Amerikan Hukukunun Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. S.24, s.59-82

⁹⁶ Danıştay 10. Dairesi, 13.03.2007, 2005/6392 E., 2007/948 K., (İstanbul Barosu Dergisi, Y.2007, C.81, S.5, s.2417-2429)

veya şartların oluşması halinde yazılı emir olmadan yapılacak arama hukuka aykırı olacaktır.

3.2.3.4.4. Kaçak Kişinin Takibi Sonucunda Girdiği Yerde Arama

Kaçak kişinin takibi sırasında girdiği yer ve eklentileriyle araçlarında yapılacak arama Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8/d maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda hakim kararı veya yazılı emir gerekmeksizin arama işlemi yapılabilecektir.

Bu hüküm incelendiğinde, hakim kararı veya yazılı emrin gerekmediği iki durumun olduğu görülecektir. Bunlardan biri yakalanmış birinin kaçması halinde tekrar yakalanabilmesi ve suç delillerinin tespiti için yapılan aramadır. Diğeri ise suçüstü durumunda kaçan kişinin yakalanması ve suç delillerinin tespiti için yapılan aramadır.

Bu durumlarda kişinin kaçarken girdiği bina ve eklentilerinde yapılacak arama için hakim kararı veya yazılı emir gerekmemektedir. Bu tür durumlarda hem kolluğun yakalama yetkisi doğmasından, hem de kaçağın, kaçarken girdiği yerlerdeki kişilere verebileceği zarar dikkate alındığında yakalamaya göre daha alt bir tedbir olan arama işlemi için hakim kararına veya yazılı emre gerek duymadan, kolluğun arama yetkisi bulunmaktadır.

Bu tür yerlerde delil araması da yapılabilir. Çünkü kaçak, girdiği yerlerde suç eşyalarını düşürmüş veya bilerek saklamış olabilir.

Ancak burada bahsedilen arama, kaçağın kaçmasının ardında yapılan kesintisiz takip sonrasında girdiği yerlerdeki aramadır. Ancak kaçağın takip sonrasında izinin kaybedilmesi ardında, girebileceği düşünülen yerlerde yapılacak arama için hakim kararı veya şartları oluşması halinde yazılı emir gerekmektedir⁹⁷. Örneğin yakalanan kişinin kolluğun elinden kaçması üzerine girdiği evde yapılan arama için hakim kararı veya yazılı emre gerek bulunmamakta, ancak kaçağın izini kaybettirmesi halinde evine girme ihtimaline yönelik bu evde arama yapılabilmesi için hakim kararı veya şartlar oluşması halinde yazılı emir gerekmektedir.

Ayrıca kaçan kişinin girdiği yerde arama yapabilmek için, daha önce hukuka uygun bir yakalama olmalı veya suçüstü hali olmalıdır. Hukuka aykırı yakalama sonrasında kaçan

⁹⁷ ÖZELCE, C.,2010. Koruma Tedbirleri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Polis Akademisi GBE., s.57

kişinin, yakalanması amacıyla girdiği yerlerde hakim kararı veya yazılı emir olmadıkça arama yapılamayacaktır⁹⁸.

3.2.3.4.5. Kapalı Yerlerde Gelen Yardım Çağrılarına Cevap Verme

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8/f maddesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24'üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25'inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26'ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için arama kararına veya emrine gerek yoktur demektedir.

Danıştay, maddede “ilgilinin rızası” ibaresi ile ilgili önce yürütmenin durdurulmasına, daha sonra iptaline karar vermiştir⁹⁹.

Bu hüküm, Anayasa ve CMK'da yer alan hükümlere istisna taşımaktadır. Bu hükümde yer alan durumlar şunlardır;

- Kanunun hükmünü icra ve amirin emrini yerine getirme hali
- Meşru savunma ve zorunluluk hali
- Hakkın kullanılması
- Toplum veya kişiler için hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek

Kanun hükmünü, amirin emrini yerine getirme, meşru savunma, zorunluluk hali ve hakkın kullanılması hallerinin burada tekrar edilmesinin bir anlamı olmadığı kanaatindeyim. Zaten yukarda sayılan hallerin varlığı halinde gerek hakim kararı, gerek Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emri doğrultusunda, gerekse de şartların oluşması durumunda hiçbir karar ve emir olmadan yapılacak aramalarda bahsedildi. Kanun hükmünü, amirin emrini yerine getirme, meşru savunma, zorunluluk hali ve hakkın kullanılması hallerinde de hiçbir karar ve emir olmadan kolluk konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girecektir.

⁹⁸ ÖZELCE, C.,2010. Koruma Tedbirleri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Polis Akademisi GBE., s.58

⁹⁹ Danıştay 10. Dairesi, 13.03.2007, 2005/6392 E., 2007/948 K., (İstanbul Barosu Dergisi, Y.2007, C.81, S.5, s.2417-2429)

Kanaatimce, arama koşullarının bu kadar sıkı bir şekilde düzenlendiği bir ortamda, yönetmelikle kolluğa bu kadar geniş ve soyut yetki verilmesi, arama işlemi ile ulaşılmak istenen menfaati ve kişilerin hak ve hürriyetlerini ihlal edebilir.

Ancak, aynı hüküm içinde yer alan toplum veya kişiler için hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek cümlesinin yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyim. Bu tür durumlarda hakim kararı veya yazılı emir olmasına gerek yoktur. Aslında bu bir arama değildir. Bu tür durumlarda kolluk yardım amaçlı hakim kararı veya yazılı emir almaksızın konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girecek, tehlikeyi ortadan kaldıracaktır. Herhangi bir arama yapması söz konusu değildir.

3.3. DİĞER YASALARDAKİ DÜZENLEMELER

3.3.1. Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu

Polisin, arama tedbirinin en önemli uygulamacısı olduğundan şüphe yoktur. Polisin görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma esasları Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda düzenlenmiştir.

Polisin öncelikli görevi, düzeni sağlamak ve korumakla görevli olup, bu düzenin bozulması halinde eski haline getirmektir. Polisin aramayla ilgili görevi ise, Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 9'uncu maddesinde önleme araması adı altında düzenlemiştir.

PVSK m. 9 ile polise suç işlenmesinin önlenmesi için kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arama ve gerekli tedbirleri alma yetkisi verilmiştir. Ancak polis bu yetkiyi hakim kararı¹⁰⁰ veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle kullanabilecektir. Arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte arama talep yazısında gösterilmesi gerekmektedir.

Ancak hakim kararı ile dahi, konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacaktır¹⁰¹. Bunlar dışındaki diğer yerlerde önleme araması yapılabilecektir.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi. Şubat 2007, S.43, s.117 (22.02.2006 tarih, E.2003/26, K.2006/24; önleme aramalarında hakim kararı aranması kişilerin özel hayatlarına müdahaleyi sınırlayan Anayasanın 20'nci maddesi gereğince Anayasaya aykırı değildir, kuvvetler ayrılığı ilkesine de ters düşmemektedir)

¹⁰¹ ÇİÇEK, İ., 2009. Arama (Adli ve Önleme Araması). 1. Baskı. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, s.29

Kanun bazı özel durumları gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak sayıp, bu durumlarda hakim kararı aramamıştır. Bu özel durumlar; spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerdir.

Yine polis aynı madde gereği, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmayacaktır. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar.

Önleme aramasının sonucunda arama kararı veya emri veren merci veya makama sonuçla ilgili bir tutanak verilir. Bu düzenlemeyle önleme araması, kararda belirtilen sebeplere bağlı ve sınırlı bir şekilde uygulanması ve sonucunu kararı veren makama yazılı olarak bildirilmesi hükme bağlamıştır.

3.3.2. Sıkıyönetim Ve Olağanüstü Hal Kanunu

Sıkıyönetim Kanununun 3/1-a maddesi ile herhangi bir talep veya başvuruya ihtiyaç olmadan veya herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmadan Sıkıyönetim Komutanına aramayla ilgili sınırsız yetkiler verilmiştir. Her türlü konut, işyeri, özel, veya tüzel kişiliklere haiz teşkilatları, tüm iletişim araçlarını ve kişilerin üzerlerini herhangi bir müracaat, talep ve karara lüzum olmaksızın aramak ve bunlara elkoymak yetkisi Sıkıyönetim Komutanına verilmiştir. Tüm bu yetkiler Olağanüstü Hal durumlarında İl Valisine veya Bölge Valisine verilmiştir. Ayrıca Olağanüstü Hal Kanununun 11/c maddesi kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak yükümlülüğü altında tutmaktadır.

Sıkıyönetim ilanıyla kişiler bir çok yükümlülüğün altına girmiş olacaktır(para, mal, çalışma vb.). Ayrıca temel hak ve hürriyetler kısmen veya tamamen kısıtlanabilecektir¹⁰². Sıkıyönetim Komutanına, İl Valisine veya Bölge Valisine verilen sınırsız yetki her zaman keyfiliğe yol açabilir. Bu kadar geniş yetki verilecek ise de en azından bu yetkinin çerçevesi belirlenmelidir. Burada yargı mercilerine ait yetkiler Sıkıyönetim Komutanına, İl Valisine veya Bölge Valisine geçmiştir. Böylece kişilerin konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi birçok temel hak ve hürriyetler hakim kararına gerek kalmaksızın kısıtlanmış olacaktır.

¹⁰² GÖZLER, K., 2008. Türk Anayasa Hukuku. Bursa: 12. Baskı, Ekin Kitabevi, s.334

3.3.3. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 19'uncu maddesi ile bu kanunu uygulayacak kişilerin kimler olduğu belirtilmiştir. Bunlar Mülki Amirler, Gümrük Müsteşarlığı personeli, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personelleridir.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9'uncu maddesi, arama ve elkoyma tedbirini düzenlemiştir. Bu maddeyle gümrük kapılarındaki aramalarla diğer yerlerdeki aramalar farklı düzenlenmiştir.

Bu maddenin ilk fıkrası CMK'ya atıf yaparak 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 Ceza Muhakemesi Kanununa göre arama yapılacaktır. Burada arama yapılan yer gümrük salonları ve gümrük kapılarının bulunduğu yerler dışındaki yerlerdir.

İkinci fıkrasında ise gümrük salonları ve gümrük kapılarında yapılacak aramadan bahsetmiştir. Bu yerlerde kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranacaktır. Burada gümrük memurlarının kanundan kaynaklı bir araması mevcuttur. Arama kararına veya emrine gerek duyulmaksızın arama yapabileceklerdir.

Üçüncü maddesi ise gümrük bölgesine, belirlenen kapılar dışında girilmesi durumunda yapılan aramadan bahsetmiştir. Gümrük bölgelerine sadece Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan girilebileceğinden, 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 aranacaktır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.

Birinci fıkra ile arama işlemi CMK çerçevesinde genel hükümlere tabi olacağı belirtilmiş ve gümrük bölgeleri dışında yapılacak aramadan bahsedilmiştir. 2'nci ve 3'üncü fıkralar ise gümrük bölgeleri ve giriş çıkışlarda genel hükümlerden ayrılarak istisnalar getirmiştir. Bu fıkralar gereği gümrük görevlilerine arama yapma görevi verilmiştir.

Burada gümrük bölgesinin ne olduğunun belirtilmesi gerektiği kanaatindeyim. Gümrük, sınır kapılarında denetim ve gözetim işlerinin yapıldığı yer¹⁰³ olarak tanımlanmıştır. Gümrük bölgesi o ülkenin karasularını, iç suları ve hava sahasını da kapsayan ülke topraklarına verilen isimdir(Gümrük Muhafaza Yönetmeliği m.2). Gümrük bölgelerine girişte Türkiye Gümrük Bölgesinin giriş noktalarındaki gümrük kapıları ile içeride

¹⁰³ <http://tdk.gov.tr/>, 04.01.2016

bulunan gümrük kapıları arasında belirli yolların takip edilmesi zorunludur. Giriş ve çıkış kapıları ile bunları birbirine bağlayan yollar ve hava taşıtlarının Türkiye Gümrük Bölgesinde inebilecekleri gümrük işlemi yapılan havalimanları ilgili kamu kuruluşlarının görüşleri alınarak, Müsteşarlıkça tespit edilerek Resmi Gazetede yayımlanır(Gümrük Kanunu m. 33).

3.3.4. Jandarma Teşkilat Görev Ve Yetkileri Kanunu

Aramayla ilgili Jandarma Teşkilat Görev Ve Yetkileri Kanununda açık bir hüküm yoktur. Ancak bu kanuna dayanarak çıkarılan Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinin 31 vd. maddeleri ile 113 vd. maddeleri genel hükümler çerçevesinde jandarmaya arama yapma yetkisi vermiştir. Kolluk olarak daha çok polis ve jandarmadan yararlandığından Jandarma Teşkilat Görev Ve Yetkileri Yönetmeliğindeki düzenlemeye de bakmak gerekmektedir.

Buna göre bu konu ilgili yönetmeliğin 31, 32 ve 33'üncü maddeleri jandarmanın önleme aramalarındaki yetkilerinden bahsetmektedir. Bu düzenlemeler polisin aramayla ilgili yetkilerini düzenleyen PVSK'ile paralellik taşımaktadır. Yönetmeliğin 113, 114 ve 115'inci maddeleri ise jandarmanın adli görevleriyle ilgili aramalarını düzenlemektedir. Bu düzenlemeler aramayla ilgili genel düzenlemeler içeren CMK hükümleriyle paralellik arz etmektedir.

Şunu belirtmek gerekir ki jandarma askeri yerlerde, güvenlik ve kolluk kuvveti olarak arama yapamaz. Burada jandarma, polis gibi adli görev icra ettiğinden bu aramalarda askeri yetkililer bulunmalıdır.

3.3.5. Vergi Usul Kanunu

Vergi Usul Kanununun 142-147'nci maddeleri aramaya ilişkin hükümleri düzenlemiştir.

İhbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunursa, vergi incelemesi yapmaya yetkili kişilerin uygun görmesi üzerine sulh ceza hakimliğinden alınan kararla, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde arama yapılabilir. Vergi Usul Kanununun da açıkça belirtilmeyen haller ile ilgili CMK hükümleri uygulanacaktır.

Ancak şunu belirtelim ki yürütülen bir ceza sorgulamasında bu maddeler uygulanmaz. CMK hükümleri uygulanır¹⁰⁴.

3.3.6. İl İdaresi Kanunu

İl İdaresi Kanununun da aramaya ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre;

İl sınırları içinde bulunan bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiri olan vali, suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır. Bütün kolluk, amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdürler(İl İdaresi Kanunu m.11).

Bu kapsamda valiye aramayla ilgili verilen yetkiler Ek madde 1’de düzenlenmiştir. Vali, vereceği yazılı emirle veya daha sonra yazıya dökülmek şartıyla ivedi hallerde sözlü verilen emirle 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. Vali vereceği emirde aramanın kimler tarafından yapılacağı kaydını da düşer.

Görüldüğü gibi valiye verilen arama yetkisi önleme aramasıyla ilgilidir. Ayrıca, valiye yazılı emir zorunluluğu getirilmemiş, ilk önce sözlü verilen emir derhal yerine getirilebilecek, daha sonra bu emir yazıya dönüştürülebilecektir.

3.3.7. Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 36’ncı maddesinde ceza infaz kurumlarında arama hükmüne yer verilmiştir. Buna göre kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir.

Buradaki arama işlemi yasal zorunluluktan kaynaklandığından hakim kararı veya yazılı emir şartına bağlı değildir.

¹⁰⁴ Danıştay 3. Daire, 24.06.2010, 2009/3629 E., 2010/2287 K.(UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)

3.3.8. Orman Kanunu

Orman Kanununun 88'inci maddesi, orman kanununda tanımlanan suçlarla ilgili olarak yapılacak aramalarla ilgili CMK hükümlerinin uygulanacağı belirtmiştir. Ancak Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde arama, orman şefinin yazılı emrine göre yapılacağı kanunda belirtilmiş ise de Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 25.09.2006 tarihli 2006/9884 ve 2007-6845 Esas Karar sayılı kararı gereğince 5271 Sayılı CMK.nın 119. maddesi ve yönetmeliğinin 4.maddesine göre orman muhafaza memurları kolluk tanımı içerisinde yer almadıklarından orman muhafaza amirinin emri ile arama yapılamayacaktır.

3.3.9. Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılanması Usulü Kanununu askeri mahallerde aramayla ilgili ayrıca bir düzenlemeye başvurmuştur. Bu konu üzerinde aşağıda incelenecek olan "Askeri Mahallerde Arama" başlığında ayrıntılı olarak durulacaktır.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki; 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununu, bütün usul hükümlerini kapsayan bir kanun olduğu göz önünde tutulduğunda, bu kanunun CMK'ya nispetle daha özel bir kanun olmayıp, bundan ayrı bir kanun olduğu ve sadece özel olarak atıf bulunan konularda CMK'nın hükümleri askeri mahallerde uygulanabilmektedir¹⁰⁵.

3.4. ARAMANIN YAPILACAĞI YER

3.4.1. Genel Olarak

1982 Anayasasının aramayı düzenleyen 20'nci ve 21'inci maddelerinde anayasada belirtilen sebeplere bağlı olarak, kişi üzerinde, özel kağıtlarında, eşyalarında ve konutunda arama yapılabileceği, 5271 sayılı CMK'nında ise üst, eşya, konut, işyeri ve ona ait diğer yerlerin aranabileceği belirtilmiştir.

¹⁰⁵ DENGİZ, H., 2003. "Askeri Mahallerde ve Asker Kişiler Hakkında Arama", Askeri Yargıtay Dergisi. S.15, s.77

Arama, suçluların ve kanıtlarının ele geçirilmesi için, kişilerin üstlerinde, eşyalarında, işyerlerinde, konutlarında ya da eklentilerinde veya ona ait diğer yerlerde yapılan araştırmadır.

3.4.2. Konut, İşyeri Ve Eklentilerinde Arama

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

Eğer şartlar sağlanmadan konuta girilerek arama işlemi icra edilecek ise, bu TCK’da yer alan konut dokunulmazlığını ihlal suçuna vücut verecektir. Konut dokunulmazlığını ihlal suçu açısından kanun koyucunun korumayı amaçladığı hak maddi bir şey olan konutun bizatihi kendisi değil, özel hayatın gizliliği ve kişi özgürlüğü haklarıdır¹⁰⁶.

Konut bir kimsenin geçici veya sürekli olarak oturduğu yer olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁷. Burada bahsi geçen konut yerleşim yeriyle karıştırılmamalıdır. Yerleşim yeri Türk Medeni Kanununda bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olarak tanımlanmıştır. Ceza hukukunda, bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı yer konut olarak tanımlanmıştır. Ayrıca konutun taşınmaz olmasına da gerek yoktur. O halde ev, otel odası, yurt odası, kayak, çadır vb. yerler konut olarak sayılır.

Yine konutun gece istirahati için kullanılması şart olmadığı gibi devamlı olarak bu yerde kalınması da şart değildir. Kahvehane, lokanta vb. yerler genel kullanıma sunulmuş olduklarından bu yerler konut olarak değerlendirilmezler. Ancak bu yerlerin bir bölümü kişilerin yerleşimine veya barınmasına tahsis edilmiş ise bu yerler de konut niteliği alacaktır. Ayrıca bodrum, garaj, kiler, bahçe gibi eklentilerde konut kavramına dahildir. Ancak bu yerler ile konut arasında bağlantı bulunmalı ve ya müşterek olarak inşa edilmiş olmalıdır¹⁰⁸.

¹⁰⁶ KIZILKAYA, E., 2010. “Türk Hukuku ve Karşılaştırılmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi. Temmuz-Ağustos, Y.23, S.89, s.513

¹⁰⁷ ÇINAR, A.R., 1999. Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s.2

¹⁰⁸ YILDIZ, H.S.,2010. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE., s.84

İşyeri ise bir kimsenin içinde sanatını icra ettiği yer olarak tanımlanabilir¹⁰⁹. Eklentileri de aynı maiyette sayılır. İşyerinin faaliyeti devamlılık arz etmek zorunda olmadığı gibi, kişinin geçimini sağlamak amacıyla kazanç elde etmesi de şart değildir¹¹⁰.

İşyeri niteliğinde ki avukat büroları özelliği gereği normal işyeri aramasından farklı hükümlere tabidir. Bununla ilgili özel hükümlere aşağıda değinilecektir.

CMK'nın 119/4'üncü maddesi Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde arama yapılabilmesi için işlem tanıklarının bulundurulmasının zorunlu olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu itibarla, kanun koyucu esasen Cumhuriyet savcısı tarafından arama yapılabileceğini zımni olarak kabul etmiştir¹¹¹. Konutta yapılan arama, hakim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından veya ihtiyar heyetinden veya komşularından iki kişi bulundurulmaksızın gerçekleştirilmesi sonucu ele geçen belgeler hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olacaktır¹¹². Ancak bunların hükme esas alınıp alınmayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu konu üzerinde ilerde durulacaktır.

Konut ve işyerinde hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle adli amaçlı arama yapılması mümkün iken, önleme araması yapılamaz(AÖAY m.19/son). Ancak bunun tek istisnası, kapalı yerlerde imdat çağrısı gelmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin olması ya da ağır cezalı bir suçun işlenmesini önlemek için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girilmesidir.

Arama ile gizli veya saklı bir şeyin ortaya çıkarılması amaçlandığından, terk edilen evlere girilmesi teknik anlamda arama değildir. Ayrıca herkesin ortak kullanımına açık apartmanın merdivenlerine bakılması da arama sayılmaz¹¹³.

Arama kararında aramanın yapılacağı yer açıkça belirtilmelidir. Arama kişinin üzerinde, evinde veya işyerinde yapılabileceği gibi hepsinde birlikte yapılabilir. Ancak bu kararda açıkça belirtilmelidir. Kararda sadece kişi üzerinde arama yapılacağı belirtilmiş ise konutta veya işyerinde arama yapılamaz. Ancak konutun eklentisi konut olarak nitelendirildiğinden, eklenti konumunda olan bahçe, kiler, garaj vb. yerlerde bu karara dayanarak arama işlemi yapılabilir.

¹⁰⁹ ONAN, O.,2009. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama. Yüksek Lisans Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi SBE., s.58

¹¹⁰ ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.191

¹¹¹ SEZEN, A., 2014. "Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma", Askeri Adalet Dergisi. Ocak, Y.42, S.139, s.45

¹¹² Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 14.12.2009, 2008/334 E., 2009/15739 K.(UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)

¹¹³ ÖZELCE, C.,2010. Koruma Tedbirleri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Polis Akademisi GBE., s.74

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 30'uncu maddesi konut, işyeri ve eklentilerinde arama işleminin nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. Buna göre; arama işlemini yapacak olanlar öncelikle gerekli güvenlik önlemlerini alarak kapıyı çalacaklardır. Hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle yapılan aramalarda veya karar alınmasını gerektirmeyen işlemlerde, mümkünse o yere girme izni verme yetkisine sahip kişilerle iletişim kurulmaya çalışılacak, kolaylık gösterilmesi istenecektir. Ancak arama yapılacak yerin konut veya yerleşim yeri olarak kullanılmadığının bilinmesi, arama esnasında bu yerlerde kimsenin olmadığını anlaşılması, bu yerlerde oturan veya izin vermeye yetkili kişinin arama öncesinde bilgilendirilmesinin delil karartmasına yol açarak aramanın amacını tehlikeye sokacak veya kolluk memurlarını veya diğer bireyleri tehlikeye düşürecek olması söz konusu ise iletişim kurmadan arama amacıyla kapalı yerlere ve eklentilerine girilebilecektir. Diğer hâllerde, kolluk memurları arama kararını göstereceklerdir. İstisnaen gecikmesinde sakınca veya tehlike bulunması hâlinde, bilgilendirme içeri girildikten sonra da yapılabilir.

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

Arama esnasında başka bir suçun deliline rastlanması halinde buna el konulması hukuka uygundur. Ancak arama kararında belirtilen sınırlar çerçevesinde yapılan aramalarda geçerlidir. Eğer arama kararında belirtilen sınırların dışına çıkılarak başka bir suçun delili ele geçirilmiş ise bu hukuka aykırı bir delil olur. Örneğin, çalındığı iddia edilen buzdolabı aranırken, büyük elbise dolaplarının içine bakıldığı sırada, çalındığı şüphesi bulunan birkaç takım elbiseye rastlanması halinde arama kararında belirtilmemesine rağmen el konulabilir. Ancak buzdolabının sığma imkanı bulunmayan çekyatların altına bakılarak başka bir suçta kullanılan bıçağın bulunması hukuka aykırı yöntem oluşturur.

Konutta yapılacak arama işlemi esnasında, konutta bulunan kişilerin üzerlerinin aranması yetkisi vermez. Ancak gerektiği durumlarda güvenlik gerekçesiyle veya

aranan şey kolayca cebe atılabilecek bir şey ise suç eşyasının bulunması için kişilerin üzerlerinde kaba bir arama yapılabilir.

3.4.3. Kişilerin Üst Ve Eşyalarında Arama

Kişinin üstünde yapılan arama, kişinin dış görünüş itibariyle bedeni üzerinde, giydiği elbisenin ve üzerinde yer alan takı, aksesuar vb. eşyasının içinde veya altında, doğal vücut boşluklarında ve vücut sıvılarında tıbbi bir müdahalede bulunmaksızın duyu organlarıyla inceleme yapılarak delil araştırması faaliyeti olarak tarif edilebilir¹¹⁴. Örneğin bir kimsenin cebinde, ayakkabısında, koltuk altında yapılan arama üst aramasıdır. Bu aramanın beden muayenesine dönüşmemesi gerekmektedir. Örneğin kişinin cinsel organında veya anüs bölgesinde uyuşturucu madde sakladığından şüpheleniliyorsa, buradaki arama işlemi iç muayene şartlarına göre yapılmalıdır.

Kişinin üstü aranırken vücut bütünlüğüne saygı gösterilmelidir. Bir arama esnasında kişinin rızası dışında saç-sakal kestirtmek, ilaç vermek ancak başka bir tedbir olan vücut muayenesi yoluyla olmalıdır.

Üst araması esnasında kişilerin ar ve haya duygularını mümkün olduğunca rencide etmemeye dikkat edilmelidir. Bu nedenle arama işlemi, aramaya maruz kalacak kişilerle aynı cinsiyette olan biri tarafından yerine getirilmelidir. Aramayı yapacak kolluk görevlileri içinde aynı cinsiyette biri yok ise başka bir kamu çalışanı bu iş için görevlendirilmelidir. Bu işlem aramaya ilişkin tutanağa yazılmalıdır¹¹⁵.

Kural olarak üst araması kıyafetlerin üzerinde yoklama şeklinde yapılır. Ancak, kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılabilmesi hâlinde, üst araması giysiler çıkarılmak suretiyle yapılabilir. Bu arama mümkün olduğunca kişilerin bedenine dokunulmadan icra edilmelidir.

Suç eşyalarının çoğunluğu şüpheli veya sanığın veya üçüncü bir kişinin üzerinde bulunur. Bu nedenle üzeri aranan kişi çoğunlukla suç işlediğinden şüphelenilen birisi, kimi zamanda suçu işlememiş ama suç delillerini üzerinde bulunduran biri olabilir.

Üst araması doğrudan buna yönelik bir karar gereği yapılabileceği gibi, böyle bir karar olmadan, konutta yapılan veya bir tutuklamayı ve yakalamayı izleyen bir arama sırasında da mümkündür.

¹¹⁴ KOÇ, C., 2005. Kolluğun (Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri. 2. Baskı. Ankara: Kartal Yayınevi, s.336

¹¹⁵ AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.71

Arama, kişinin üzerinde yapılabileceği gibi eşyası üzerinde de yapılabilir. Eşya ise, maddi varlığa sahip olan, delil olabilecek, taşınabilen ve mülkiyete konu olabilen her şeydir. Defter, kaset, evrak, para, CD, banka cüzdanı vb. eşya kavramı içinde aramanın konusunu oluşturabilir¹¹⁶. Eşyanın, kişinin mülkiyetinde veya yanında olması şart değildir. Eşya kişinin zilyetliğinde veya himayesinde olması yeterlidir. Arama sırasında kişinin üzerinde bulunan elbiseler veya aksesuarlar, eşya değil üst araması kapsamına girer.

Eşya üzerinde yapılan incelemenin teknik olarak arama olabilmesi için kişinin özel hayatına müdahalenin varlığı gerekmektedir. Eğer kişi, eşyasını devlet müdahalesine açık bir şekilde terk etmiş ise bu eşya üzerinde yapılan inceleme arama değildir. Yine eşya üzerinde yapılan arama delil elde etme, sanığın veya şüphelinin yakalanması ya da suçun önlenmesi amacı gütmüyorsa teknik anlamda aramadan söz edilemez. Örneğin yolda bulunan bir cüzdanın kime ait olduğunu tespit edip, sahibine teslim etmek amacıyla cüzdanın içeriğinin incelenmesi arama sayılmaz.

Üst ve eşya araması sırasında ilgili birimler gerekli güvenlik önlemlerini alır. Üniformalı bile olsa kendisini ispatlayan kimliğini ibraz eder. İlgili kişilere gerekli bilgilendirmelerde bulunulur. Kişinin direnmesi durumunda orantılı güç kullanılarak arama işlemi yerine getirilir.

3.4.4. Araçlarda Arama

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4'üncü maddesi, aracı her türlü nakil vasıtası ve taşıtı olarak tanımlamaktadır.

Hukukumuzda hakkında yakalama, zorla getirme veya tutuklama kararı verilen şüpheli, sanık veya hükümlünün yakalanabilmesi, suç delillerinin veya müsadereye tabi eşyaların elde edilebilmesi için araçlarda arama yapılabilir. Araçlar hareketli objeler oldukları için kaçma şüphesi, delillerin yok edilmesi şüphesi her zaman daha fazladır. Bu nedenle araçlarda yapılan arama biraz daha basite indirilmektedir.

Araçlarda yapılan adli aramalar ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Bu nedenle araçlar genel düzenlemeler çerçevesinde aranacaktır. Yani hakim kararı veya şartların oluşması halinde yazılı emir ile arama işlemi icra edilecektir.

Kolluk amirinin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde konutta, işyerinde veya kamuya açık olmayan kapalı yerlerde arama emri vermeye yetkisi yoktur. Ancak kolluk amirinin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde araçlarda arama emri verme yetkisi bulunmaktadır.

¹¹⁶ ÖKTEN, P.,2010. Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE., s.86

Araçlarda arama işleminin gerçekleştirildiği yerlerde, ilk önce kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını önleyecek güvenlik önlemleri alınır.

Araç araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır. Araç araması, kişiye en az sıkıntı verici şekilde ve makul olan en kısa sürede 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, şüpheli deniz aracı en yakın ve uygun limana çekilerek arama bu limanda yapılabilir.

Araç araması sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz. Açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz.

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

Boş araçların aranmasında, arama yapıldığını belirten bir not bırakılır. Bu notta, arama tutanağının bir kopyasının alınabileceği yer belirtilir.

Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir. Ancak bir kişi araç niteliğindeki karavanını konut olarak kullanıyor ise konutta arama hükümlerine göre işlem yapılacaktır. Bu nedenle gece vakti arama işlemi yapılamayacaktır.

Yapılan incelemenin teknik olarak arama olabilmesi için kişinin özel hayatına müdahalenin varlığı gerektiğinden, terk edilmiş araçlarda yapılan incelemeler arama değildir. Bunların içerisinde yapılacak arama işlemi için herhangi bir karara veya yazılı emre ihtiyaç yoktur.

Araçta arama hükümlerinin uygulanması için aracın kamuya açık alanda olması gerekmektedir. Evin garajında bulunan araç hakkında yapılan arama, konutta yapılan arama kapsamında olacağından, konutta arama şartlarına göre hareket edilmelidir¹¹⁷.

Araçlarda bulunan yolcuların üzerlerinin aranması bakımından ev aramasına ilişkin kurallar uygulanır. Gerektiği durumlarda, güvenlik gerekçesiyle veya aranan şey kolayca cebe atılabilecek bir şey ise suç eşyasının bulunması için kişilerin üzerlerinde kaba bir arama yapılabilir. Ancak araç, içinde bulunan bir yolcunun suç işlediği şüphesi ile durdurulmuş ise bu yolcu üzerinde arama yapılabilir.

¹¹⁷ AKSOY, Ş., 2007. Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama. Ankara: Seçkin Yayınları, s.65

3.4.5. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama

Bilişim sistemlerinin her geçen gün artarak hızlanan gelişmesine paralel olarak, bu alanda kişilerin hak ve hürriyetlerine yapılan saldırılarda gittikçe artmaktadır. Bu nedenle, bu tür suçların soruşturulması, faillerinin belirlenebilmesi ve suça ilişkin delillere ulaşılabilmesi için 5271 sayılı CMK bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılmasını özel hükümlere bağlamıştır.

CMK'nın 134'üncü maddesi bilgisayarlarda arama yapılabilmesini belli şartlara bağlamıştır. Bunlardan birincisi, bir suç dolayısıyla yapılan bir soruşturma olması gerekmektedir. Bu şart ile bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılması ancak soruşturma aşamasında mümkün olacaktır. Kovuşturma aşamasında son çare bile olsa hakimin böyle karar alarak bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılmasını sağlayamayacaktır.

İkinci şart ise başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halidir. Kanunda suç olarak tanımlanan her tür eylemin aydınlatılabilmesi için bu tedbire başvurulabilir. Ancak bu tedbir son çare olarak başvurulması gereken bir tedbirdir. Eğer olayın başka yollarla aydınlatılabilme imkanı var ise bilgisayarlarda arama tedbirine başvurulamayacaktır.

Üçüncü şart, Cumhuriyet savcısının bu konuda bir istemi olmalıdır. Böylelikle kolluk amirine böyle bir talepte bulunma yetkisi vermemiştir. Ayrıca hakim kendiliğinden böyle bir karar alarak bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılmasına karar veremeyecektir.

Dördüncü şart, şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına karar verilmesidir. CMK başkasının kullandığı bilgisayarda arama yetkisi tanımamıştır. Yani şüpheliden başka üçüncü kişilerin bilgisayarı hakkında bu tedbir uygulanamaz¹¹⁸. Burada dikkat edilmesi gereken konu mülkiyetin kimde olduğunun bir öneminin olmamasıdır. Şüphelinin, başkasının mülkiyetindeki bir bilgisayarı kullanması durumunda bu bilgisayar hakkında arama kararı verilebilir.

Beşinci şart kararın ancak hâkim tarafından verilebilmesidir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına veya kolluk amirine yazılı emir verme yetkisi tanınmamıştır.

¹¹⁸ ÜNAL, O.G.,2011. Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi SBE., s.91

Son şart ise somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı gerekmektedir¹¹⁹.

Kanun, bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabileceğini, şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edileceğini hükme bağlamıştır.

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır¹²⁰.

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

Bilgisayarlar üzerinde yapılacak olan inceleme ve aramalarda bütün belgeleri açmayacak şekilde, belli bir arama yönteminin uygulanmasının ve bu incelemenin de bilirkişi tarafından veya uzman olarak görevlendirilen bir kişi tarafından yapılması gerekmektedir(AİHM, Craxi v. İtalya ve Smirnov v. Rusya kararları)¹²¹.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, CMK'nın 134'üncü maddesindeki genel düzenlemenin yanında, bu madde baz alınarak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 17'nci maddesinde de düzenlenmiştir¹²².

¹¹⁹ 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun(6 Mart 2014 tarihli 28933 sayılı Resmi Gazete) 11 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "soruşturmada," ibaresinden sonra gelmek üzere "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve" ibaresi eklenmiştir.

¹²⁰ 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun(6 Mart 2014 tarihli 28933 sayılı Resmi Gazete) 11 uncu maddesiyle CMK'nın aramaya ilişkin 134'üncü maddesinin *dördüncü fıkrasında yer alan "İstemesi halinde, bu" ibaresi "Üçüncü fıkraya göre alınan" şeklinde değiştirilmiştir.* Böylelikle kişinin istemesine bakılmaksızın yedeğin bir kopyasının şüpheliye veya vekiline verilmesi zorunludur.

¹²¹ YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.427

¹²² **Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma**

Madde 17 - Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözümlenerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir.

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

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır.

İstemesi hâlinde, bu yedekten elektronik ortamda bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

Bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılmasının bu şekilde sıkı şartlara bağlanması doğaldır. Çünkü bu tedbirle sadece kişilerin hak ve hürriyetlerine müdahale edilmemekte, ayrıca ticari, mesleki ve bilimsel sırlarının da açığa çıkma tehlikesi bulunmaktadır.

Bilişim sistemindeki verinin delil olarak kullanılması için 11 noktadan oluşan bir test geliştirilmiştir¹²³.

- Kişinin bu bilgisayarı gerçekten kullanıp kullanmadığı,
- Bilgisayar güvenilir bir bilgisayar olup olmadığı,
- Bilgisayar belli bir ofiste bulunmakta ise bu bilgisayara veri eklemek, bilgisayarda çalışmak isteyen kişilerin uyacakları belli kurallar bulunup bulunmadığı;
- Bilgisayarın içerisinde bilgisayarın hatasız çalışmasını ve yapılabilecek hataları teşhis etmeyi sağlayacak teknik donanım bulunup bulunmadığı,
- Bilgisayarın tamirden geçip geçmediği, bozuklukları varsa, giderilip giderilmediği,
- Tanığın bilgisayarın içinde mevcut olan belirli bir veriyi ekrandan bizzat kendisinin okuyup okumadığı,
- Tanığın ekrandan çıktı alarak okuması halinde, bu çıktıyı almaya yetkili olup olmadığı,
- Tanığın çıktıyı alıp okuduğu veya ekrandan okuduğu sırada bilgisayarın düzenli çalışıp çalışmadığı,
- Çıktı söz konusu ise duruşma sırasında tanığa daha evvel okuduğu çıktıdan oluşan delilin gösterilip, daha önce gördüğü belge ile bunun aynı olup olmadığının sorulup sorulmadığı,
- Tanık belgenin daha evvel okuduğu veya gördüğü belge olduğunu söylerse, evvelki belgeyi duruşma salonunda tanınmasına neden olan, hatırlamasına sebebiyet veren özelliğın ne olduğu,
- Tanık çıktıda yer alan bazı farklı işaretleri veya kelimeleri hatırladığını söylerse, tanığa bu şekil veya terimlerin ne anlama geldiğini bilip bilmediği sorularak, mahkemenin ileri sürülen bilgisayar verisini delil olarak kabul edip etmemesi konusunda bir karar vermesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Bilgisayar hafızasında kayıtlı e-mailler ayrı bir önem taşımaktadır. E-mail göndermek ve almak, telekomünikasyon yolu ile iletişim sağlamaktır¹²⁴. İletişim mektup gibi bir biçimde olmaktadır. Buradaki fark yazı kağıt üzerinde değil, “HTML” (Hyper Text Merkup Language), biçimindeki elektronik belge üzerinde olmasıdır¹²⁵. Bu nedenle iletişimin denetlenmesi söz konusu olabilir. Eğer bilgisayar içinde bu e-mailler kayıtlı

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan verilerin mahiyeti hakkında tutanak tanzim edilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır. Bu tutanağın bir sureti de ilgiliye verilir.

¹²³ YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.437

¹²⁴ YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s.589

¹²⁵ ÜNAL, O.G.,2011. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi SBE. s.35

ise, bunlar bilgisayarlarda arama elkoyma yoluyla elde edilebilirler. Ancak bilgisayar içerisinde kayıtlı değil de internet ortamında ise, TCK'nın 135'inci maddesindeki iletişimin denetlenmesi müessesesi çerçevesinde işlemler yapılacaktır¹²⁶.

Yani bilgisayar hem CMK 135'in, hem de CMK 134'ün konusu olmaktadır. Eğer bilgisayar işlemekte iken içeri girilerek bilgi alınıyor ise CMK 135 yani iletişimin tespiti söz konusu olacaktır. Fakat durağan haldeki aygıtta araştırma, arama yapılacak ise CMK 134 söz konusu olacaktır¹²⁷.

Bir diğer husus da cep telefonlarında aramanın nasıl yapılacağıdır. Cep telefonları da elektronik ortamda veri sağlayan cihazlardır. Bu nedenle hakim kararı olmadan şüpheli üzerinde bulunan cep telefonu aranmaz. Kolluk yakalama sonrası yakalanan kişinin üzerini arayabilir, ancak üzerinde ki cep telefonunu içeriğini hakim kararı olmadan arayamaz¹²⁸.

3.4.6. Askeri Mahallerde Arama

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 66'ncı maddesi Askeri Mahkemelerin yargı yetkisine giren alanlarda arama tedbirini düzenlemiştir. Buna göre;

“Aramaya ve zapta karar verme yetkisi; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, askerî mahkemeye aittir.

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

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

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

¹²⁶ YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s.589

¹²⁷ YAŞAR, O., OTACI, C., 2015. (Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu)Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Cilt, s.957

¹²⁸ YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s.591

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

Buna göre askerî mahallerde arama kararı verme yetkisi Askerî Mahkemeye aittir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî savcılar, teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amirleri verecekleri yazılı emirle arama işlemini icra ettirebileceklerdir. Aksi halde askerî mahkemenin kararına veya kanunun yetkili kıldığı kişilerin¹²⁹ yazılı emrine dayanmayan arama kararları hukuka aykırı olacaktır¹³⁰. Bu kanunla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık makamından başka, teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amirlerine de arama emri verme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca CMK'da olmayan yazılı emrin belirtilen sürelerde hakim onayına sunulması hükmünü getirmiştir.

Diğer taraftan Askerî Mahkemenin görev alanı dışında, adli yargının görevi kapsamında kalan suçlarda, askerî mahallerde yapılacak aramalar CMK'nın 119/5'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre askerî mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir.

Askerî Mahkemenin görev alanı dışında, adli yargının görevi kapsamında kalan suçlarda karar verme yetkisi genel hükümler çerçevesinde adli mahkemeye aittir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılacaktır. Örneğin hırsızlık konusu bir eşyanın veya cinayette kullanılan bıçağın askerî eğitim birliğinde olduğu iddiası var ise arama kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ilgili askerî makama sunulacak ve askerî makamın görevlendireceği personel tarafından Cumhuriyet savcısının katılımıyla arama işlemi yapılacaktır. Bu yerlerde arama polis veya jandarma tarafından yapılamaz.

Askerî mahallerden maksat askerî bölgeler, askerî hizmete tahsis edilen bina ve tesisler, savaş gemileri ve her türlü askerî araçlardır¹³¹. 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 100'üncü maddesine göre ordu evleri, askerî gazinoları ve kışla gazinoları askerî bina olup askerî mahal vasıf ve mahiyetindedirler.

Yine Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 12'nci maddesinde sayılan kıta, taktik birlik, idari birlik, karargah ve askerî kurumlar¹³² ile 51'inci maddesinde sayılan kışla ve benzeri yerler¹³³ de askerî mahal olarak kabul edilmektedir.

¹²⁹ Askerî Yargıtay 4'üncü Dairesi, 27.05.2014, 2014/538 E., 2014/541 K., Askerî Yargıtay Dergisi, S.28, s.163.

¹³⁰ Askerî Yargıtay Daireler Kurulu, 10.05.2012, 2012/64 E., 2012/64 K., Askerî Yargıtay Dergisi, S.26, s.450.

¹³¹ ÖZBEK, V.Ö., 1999. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Arama). Ankara: Seçkin, s.118

¹³² İç Hizmet Kanununun 12'nci maddesi şu şekilde düzenlenmiştir;

a) Kıta: Görevin yapılması için taktik ve idari birlikleri kapsayan ve bir kumanda altında toplanan teşkilatlere kıta denir.

Taktik birlik: Belli bir kuruluş ve kadrosu olup asli görevi muharebe hareketleri olan bir teşkilattir.

Taktik birlikler içerisinde bazı idari unsurlar da bulunabilir.

Asker kişiler askeri mahal dışında genel hükümlere göre aranacaktır. Yine askeri lojmanlar kışla dışında ise askeri mahal sayılmadığından aramalar genel hükümlere göre yapılacaktır¹³⁴.

Yapılan aramalarda, incelenmesi gereken evraklar devlet sırrı içeren evraklar ise bunlar Cumhuriyet savcısı tarafından incelenemeyecektir. Bu evrakların incelenmesi CMK'nın 125'inci maddesi gereğince mahkeme hakimi veya heyeti tarafından yapılacaktır.

Askeri mahal denince akla gelen bir diğer husus ise cep telefonlarıdır. Askeri bölgelerin kendine has hassasiyeti ve güvenliği dikkate alındığında bu bölgelerde telefon bulundurmanın halen daha yasak olduğu aşikârdır. Önceden birlik içinde cep telefonu bulundurmanın yasak olması nedeniyle tebliğ elden emirlere aykırı hareket ederek birlik içinde cep telefonu bulundurmak "Emre İtaatsizlikte İsrar" suçuna vücut vermekteydi. Artık Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin kanununun değişmesi sonucu birlik içinde cep telefonu bulundurmak suç olmaktan çıkmış, disiplin tecavüzü¹³⁵ haline dönüşmüştür¹³⁶. Ayrıca bazı operatörle ile anlaşma sağlanarak askerlerin birlik içinde belli sınırlarla cep telefonu kullanabilme imkanı getirilmiştir. Ancak her an bu telefonlar kullanılamamaktadır. Komutanlıklarca belirlenen süreler ve yerler dahilinde bu telefonların kullanımı sağlanmakta. Yine kamera-video özelliği olan telefonlara birlik içinde izin verilmemektedir. Yani birliklerde cep telefonu bulundurmak her ne kadar suç olmaktan çıkarılmış ise de, askeri müesseselerin güvenliği nedeniyle bu bölgelerde cep telefonu bulundurmak yasak olmaya devam etmektedir. Bu nedenle askeri bölgelere giriş çıkışlarda, hizmete ilişkin olarak yasaklanmış cep telefonlarının engellenmesi için önleme araması yapılabilecektir¹³⁷.

İdari birlik: Belli bir kuruluş ve kadrosu olup asli görevi hizmet hareketleri olan bir teşkilat.

- b) Karargah: Kumandan veya amirlerin kıta veya kurumlarının sevk ve idarelerinde yardımcı olan bir toplumdur. Karargahlar bir kuruluş ve kadro ile tespit edilir.
- c) Askeri kurum: Kıta ve karargah anlamı dışında kalan askeri hastane, okul, ordu evi, dikim evi, fabrika, askerlik şubesi, ikmal merkezi ve depo gibi askeri tesis ve teşkillerdir

¹³³ İç Hizmet Kanununun 51'inci maddesi şu şekilde düzenlenmiştir;

Kışla: Askerin barındırıldığı ve hizmet gördüğü tek bir bina veya toplu halde bulunan muhtelif binalar ile bunların müştemilatından olan diğer binalar ve arazidir.

Karargâh ve askeri kurumlar ile Deniz Kuvvetleri (Sahil Güvenlik dahil) teşkilâtında bulunan gemiler gibi askerî tesisler de kışla olarak mütalâa edilir.

Konak: Askerlerin hazar ve seferde muvakkat bir zaman için meskün yerlerde yerleşmesidir.

Ordugah: Askerlerin muvakkat bir zaman için açıkta çadır veya baraka ve zeminliklerde yerleştirildiği sahaya denir.

¹³⁴ BİLEN, M.,2006. Adli Arama ve Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi SBE. s.96, dipnot: 289

¹³⁵ 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu m.19/1-j

¹³⁶ Askeri Yargıtay 2. Dairesi, 25.06.2014, 2014/620 E., 2014/673 K. , Askeri Yargıtay Dergisi, S.28, s.69.

¹³⁷ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 7.5.2009, 2009/63 E., 2009/63 K. , Askeri Yargıtay Dergisi, S.23, s.359.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununu, bütün usul hükümlerini kapsayan bir kanun olduğu göz önünde tutulduğunda, bu kanunun CMK'ya nispetle daha özel bir kanun olmayıp, bundan ayrı bir kanun olduğu ve sadece özel olarak atıf bulunan konularda CMK'nın hükümleri askeri mahallerde uygulanabilmektedir¹³⁸.

3.4.7. Ceza İnfaz Kurumlarında Arama

Ceza infaz kurumlarında tutuklu ve hükümlülerin hak ve özgürlükleri kısıtlanmıştır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 36'ncı maddesinde kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabileceği ve bu aramanın her ay bir kez mutlaka yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir.

Kurumlarda yapılan aramalar kanundan kaynaklandığından, herhangi bir hakim kararına veya yazılı emre gerek yoktur. Her ay mutlaka bir defa yapılması zorunludur. Birden fazla da yapılabilir. Kanun bu aramaya bir sınırlama getirmemiştir.

Buradaki arama önleme aramasıdır. Bir suç işlendiği şüphesi üzerine bu arama yapılmaz. Arama, düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapılmaktadır.

3.4.8. Nezarethanelerde Arama

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8/c maddesi gözüne alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında herhangi bir arama kararına veya emrine gerek olmadığını düzenlemiştir.

Yakalama, Gözüne Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 10/a maddesi ise, kişilerin nezarethaneye veya zorunlu hâllerde bu amaca tahsis edilen yerlere konulmadan önce usulünce aranacağını, kadının üst veya vücudunun aranması, bir kadın görevli veya bu amaçla görevlendirilecek diğer bir kadın tarafından yapılacağını hükme bağlamıştır.

¹³⁸ DENGİZ, H., 2003. "Askeri Mahallerde ve Asker Kişiler Hakkında Arama", Askeri Yargıtay Dergisi. S.15, s.77

3.4.9. Avukat Bürolarında Arama

Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden kişidir. Bunun yanında avukata başta sır saklamak gibi birçok ödev ve sorumluluklar yüklenmiştir. Bu nedenle, savunma hakkının güvenceye alınması, avukat ve müvekkili arasındaki ilişkinin tam bir gizlilik içinde yürütülmesi için, arama tedbirinin avukatlar hakkında uygulanmasının ve özellikle bürolarında yapılan aramanın özel usullere bağlanmasına gerek duyulmuştur¹³⁹.

Avukat bürosu, avukatlık mesleğinin icra edildiği mekan olup, büronun aranması ile müvekkilin avukata olan güveni, avukata teslim ettiği bilgi ve belgelerin dışarıya sızmayacağı yönünde inancı zedeleyebilmektedir¹⁴⁰. Bu nedenle savunmanın özgür bir ortamda yapılabilmesi için hem CMK'da, hem de Av.K.'da ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Avukatlık bürosunun aranmasında, aranan şeyin iyi belirlenmiş olması gerekmektedir aksi halde incelenen belgelerden bazılarının avukatın meslek sırları ile çelişebileceğinden, mahkemenin verdiği arama kararının amacıyla orantısız olacaktır (AİHM 16.12.1992 Niemitz - Federal Almanya)

CMK'nın 130'uncu maddesi avukat bürolarında arama ve elkoymayı özel hükümlere bağlayarak güvence altına almıştır. Buna göre;

“Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.

Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmi dört saat içinde verilir.

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

¹³⁹ ÇİÇEK, İ., 2009. Arama (Adli ve Önleme Araması). 1. Baskı. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, s.69

¹⁴⁰ YILDIZ, H.S.,2010. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE., s.93

Kanun avukat bürolarında arama için sadece hakim kararına yer vermiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi Cumhuriyet savcısının yazılı emri yeterli görülmeyecek, bu durumlarda da hakim kararına gerek duyulacaktır.

1136 sayılı Avukatlık Kanununda da bu konuyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Av.K.'nin 58'inci maddesinde "Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz" hükmüne yer verilmiştir.

Avukatlık Kanununda görev suçu ayrımı yapılmasına rağmen CMK'nın da böyle bir ayrıma gidilmemiştir. CMK'na göre avukatların göreviyle alakalı olmayan suçlarında da büroda arama işlemi için bu şartların yerine getirilmesi zorunludur.

Ayrıca CMK'da yer almayan avukat konutun da bu özel düzenleme çerçevesine alınmıştır. Yine bu hükümle suçüstü hali dışında avukatların üzerinin aranamayacağı hükme bağlanmıştır.

CMK madde 130 ancak avukatlık bürosu olarak kullanılan yerler için geçerlidir. Eğer avukatlık bürosu olarak kullanılmayan bir yerde avukat bulunuyorsa, bu yerle ilgili aramada bu hüküm uygulanmaz¹⁴¹. Buna göre avukatın görevine ilişkin bir suç için konutunda arama yapılacak ise Av.K. madde 58, bürosunda yapılacak ise CMK madde 130; eğer avukatın suçu kişisel bir suç ise büro araması için CMK madde 130, konutunda arama için genel hükümler uygulanacaktır¹⁴².

AİHM konutun aranması ve bazı belgelere el konulabilmesi için, arama kararının bazı koşullar taşıması gerektiğine karar vermiş, arama kararının içeriği, belirsiz ve çok geniş yetki verir biçimde düzenlenmemeli, konutu aranan kişinin meslek özellikleri dikkate alınmalı ve avukatın evinde bulunacak belgelerin adaletin işleyişini olumsuz yönde etkileyebileceği dikkate alınmalı, el koyma ile başvurucunun hakları arasında bir denge bulunmalı, aksi takdirde 8 inci madde ihlal edilmiş olur demektedir (AİHM 12.11.2007, Smirnov - Rusya)

¹⁴¹ DONAY, S., 2009. Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi. İstanbul: Beta Yayınları, s.206

¹⁴² AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.91

3.5. ARAMANIN YAPILACAĞI ZAMAN

3.5.1. Genel Olarak

Aramanın müdahale ettiği temel hak ve hürriyetlerin önemi nedeniyle arama işleminin ne zaman yapılacağı kararda açıkça belirtilmelidir. Zaman konusu, hem aramanın gece veya gündüz uygulanacağı hususunu, hem de kararın hangi tarihte ve ne kadar süre içinde uygulanması gerektiği hususunu kapsar.

Kural olarak arama gündüz vakti yapılır. Ancak bazı istisnai durumlarda arama gece vakti de yapılabilir. Şimdi bu kural ve istisnai durumları ayrı ayrı inceleyelim;

3.5.2. Aramanın Gündüz Yapılması Kuralı

CMK'nın da aramanın icra edileceği zaman hükme bağlanmıştır. CMK'nın 118'inci maddesine göre;

“(1) Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.

(2) Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, birinci fıkra hükmü uygulanmaz”.

Kanuna göre belli istisnalar dışında konutta, işyerinde veya diğer kapalı alanlarda gece vakti arama yapılamaz. O halde kural aramanın gündüz yapılmasıdır. Ancak kanunun gündüz deyiminden ne anlaşılacağı ne TCK'da, ne CMK'da, ne de AÖAY'de tanımlanmamıştır. Ancak TCK'nın tanımlar başlığı altında 6/1-e maddesinde “gece vakti”nin tanımı yapılmıştır. Buna göre, gece vakti deyiminden, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi anlaşılacaktır. Zıt anlamından ise gündüz vakti, güneşin doğmasından bir saat evvel başlayan ve güneşin batmasından bir saat sonrasına kadar devam eden zaman dilimi olarak tanımlanır.

Her ne kadar aramanın gündüz yapılması kural ise de, ilgilinin rızası ile arama gece de yapılabilir. Ancak bu rızanın fesada uğramaması gerekmektedir. Ayrıca verilen rızanın tutanağa geçirilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan aramanın gündüz yapılması demek, aramaya gündüz başlaması demektir. Gündüz başlayan aramanın geceye sarkması aramanın gece yapıldığı anlamına gelmez.

Bazı arama olaylarında, aramanın ayrıntılı olmasından dolayı gündüz başlayan aramanın gündüz bitme imkanı olmayabiliyor. Bu nedenle gündüz başlayan arama gece devam edebilmektedir¹⁴³. Ancak aramayı icra edenlerin aramayı gereksiz uzatarak aramanın geceye sarkmasına neden olmaları halinde bu arama hukuka aykırı arama niteliği kazanır.

Kural gündüz arama yapmak olduğuna göre, bir konutta şüphelinin saklandığı ihbarını alan polis gece konut etrafında şüphelinin kaçmasını engelleyecek önlemleri alıp, gündüz arama işlemini icra etmelidir. Ancak gündüz vakti arama kuralının istisnaları oluşuyor ise gece vakti arama işlemi icra edilebilir.

3.5.3. Gece Arama Yapılabilecek Haller

3.5.3.1. Genel Olarak

Kanun konut, işyeri veya diğer kapalı yerler dışındaki yerlerde gece arama yapılmasını yasaklamamıştır. Bu nedenle, konut, işyeri veya diğer kapalı yerler dışındaki yerlerde gece arama yapılmasında bir sakınca yoktur.

Diğer taraftan, konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde kural gündüz arama yapılması ise de bazı istisnai durumlarda gece de arama işlemi yapılabilir. Burada bahsedilen gündüz başlayıp ta gecede devam edilmesi gereken durumlar değildir. Bizzat gece başlanabilen aramalardır. Bu istisnai durumlar CMK'nın 118'inci maddesinde ve AÖAY'nin 31/1-d maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

- Suçüstü halde,
- Gecikmesinde sakınca bulunan halde
- Firar eden, tutuklunun veya hükümlünün yakalanması amacıyla yapılan aramalarda,
- Geceleyin herkesin girip çıkabileceği PVSK m.7'de sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde, geceleyin arama işlemi yapılabilir.

¹⁴³ YURTCAN, E., 2013. CMK Şerhi (3. Ve 4. Yargı Paketlerine Göre Güncelleştirilmiş). 6. Bası. Ankara: Adalet Yayınevi, s.384

İlk üç durum hem CMK'da hem de AÖAY'de düzenlenmiş iken, geceleyin herkesin girip çıkabileceği PVSK m.7'de sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde, geceleyin aramanın yapılabileceğini sadece AÖAY'de düzenlemiştir.

3.5.3.2.Suçüstü Hali

Suçüstü hali CMK'nın 2/1-j maddesinde,

- 1) işlenmekte olan suç,
- 2) henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç,
- 3) fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç ifade edeceği belirtilmiştir.

Bu durumların varlığı halinde hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emrine gerek yoktur. Kolluk kendiliğinden arama işlemini yapar. Gece vakti yapılacak aramalar şüpheli veya sanığın yakalanması hedeflendiği gibi, suçun iz, emare ve delillerini ele geçirmek amacıyla da yapılabilir.

3.5.3.3.Gecikmesinde Sakınca Bulunan Haller

Adli Ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4'üncü maddesinde adli ve önleme aramaları açısından gecikmesinde sakınca bulunan hal ayrı ayrı tanımlanmıştır.

- Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli,
- Önleme aramaları bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli olarak tanımlanır.

Görüldüğü gibi, arama kararı almak için hakime başvurup ve onun kararını ilgili birime ulaştırmasına yetecek zamanın olmaması durumlarında gecikmesinde sakınca var

demektir. Gecikmesinde sakınca bulunması, her somut olaydaki şartlar içinde değerlendirilir. O sırada arama işlemi yapılmadığı zaman kişi kaçacak veya delil yok olabilecek ise gecikmede sakınca var demektir. Hangi hallerin gecikmesinde sakınca bulunacağını takdiri Cumhuriyet savcısı aittir. Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı durumlarda kolluk amirinin sadece kamuya açık kapalı yerlerde arama emri verebileceğinden, kolluk amirinin sadece bu yerlerle ilgili gecikmesinde sakınca bulunan halin var olup olmayacağını değerlendirebilecektir.

3.5.3.4.Firar Eden Kişi Veya Tutuklunun Veya Hükümlünün Tekrar Yakalanması Amacıyla Yapılacak Aramalar

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir özellik vardır. Firar eden her şüphelinin konutunda arama yapılamaz. Bunun için önceden yakalanmış bir kişinin, yakalandıktan sonra kaçmış olması gerekir¹⁴⁴. CMK 118/2'nci maddesinde kimler hakkında gece arama yapılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle yakalanmış veya gözaltına alınmış ya da tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla gece arama yapılabilecektir. Örneğin hakkında zorla getirme kararı olan birinin aranması için gece arama yapılamaz.

Herkes tarafından yapılabilen yakalamada, yakalananın yetkili mercie teslimine kadar kaçması halinde bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak yetkili mercie tesliminden sonra, yakalananın kaçması halinde tekrar yakalamak için gece arama yapılabilir¹⁴⁵.

3.5.3.5.Geceleyin Herkesin Girip Çıkabileceği PVSK m.7'de Sayılan Umuma Açık İstirahat Ve Eğlence Yerleri

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 31'inci maddesi CMK'dan farklı olarak geceleyin herkesin girip çıkabileceği 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 7'nci maddesinde sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde de geceleyin arama yapılabileceğini hükme bağlamıştır. CMK'da gece arama yapılamayacak yerler konut, işyeri ve diğer kapalı alanlar olarak belirtilmiştir. Yani herkesin girip çıkabildiği umuma açık yerlerde her zaman arama yapılabilir. Bu nedenle herkesin girip

¹⁴⁴ TAŞDEMİR, K., ÖZKEPİR, R., 2010. Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi. 4. Bası. Ankara: Turhan Kitapevi, s.432

¹⁴⁵ ÖZBEK, V.Ö., 1999. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Arama). Ankara: Seçkin, s.102

çıkabileceği PVSK'nun 7'nci maddesinde sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde¹⁴⁶ geceleyin arama yapılabilir.

Kolluğun kamuya açık olamayan kapalı yerlerde Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri olmadan arama yapamaz iken, kamuya açık kapalı yerlerde kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabilir. Bu nedenle PVSK'nın 7'nci maddesinde sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde geceleyin hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile arama işlemi yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları, derhal Cumhuriyet savcısına bildirilir.

3.6. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİLER

3.6.1. Genel Olarak

Arama şüpheli ve sanık hakkında uygulanan bir tedbir olduğu gibi, şartların oluşması halinde bu statüye girmeyen diğer kişiler hakkında da uygulanabilmektedir.

Diğer kişilerden kasıt suçla ilgisi olmayan üçüncü kişilerdir. Suça azmettiren veya yardım edenler, ilgili suçla alakalı olarak şüpheli ve sanık olacakları için diğer kişiler içinde sayılmaz. Bunlar suçla ilgisi olmayan ancak suçlunun veya suç eşyasının bulunabileceği yerlerdir.

3.6.2. Şüpheli Veya Sanık

CMK'nın 116'ncı maddesi gereğince yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa, şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.

¹⁴⁶ **PVSK Madde 7 – (Değişik: 24/11/2004-5259/2 md.)**

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, birinci fıkrada belirtilen faaliyetlerin icrası durumunda, bu yerler de umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır.

Arama şüpheli ve sanık hakkında başvurulmuş bir tedbirdir. Buradan da anlaşılacağı üzere aramaya, soruşturma evresinde başvurulacağı gibi, kovuşturma evresinde de başvurulabilir. Şüpheli ve sanık hakkında arama, yakalama, suç delillerini ele geçirme veya müsadere amacına yönelik olabilir¹⁴⁷.

CMK'nın 2'nci maddesine göre şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder.

Kusur yeteneği olmayanlar şüpheli olarak kabul edilemezler. Bunlar aynı zamanda bir davada sanık durumunda da olamazlar. Bu yüzden kusur yeteneği olmayanların CMK madde 116'ya göre aranması mümkün değildir. Bu nedenle 12 yaşını doldurmuş çocukların şüpheli sıfatıyla aranmalarının imkanı yoktur.

Akıl hastalarında durum farklıdır. TCK'nın 32/1'inci maddesine göre akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur. Kişinin akıl hastası olup olmadığı veya hastalığın iradeye etkisinin ne ölçüde olduğunu tespit etmek tıbbi bir konudur. Bilirkişinin bu konuyu ortaya koyması üzerine, somut olay açısından algılama yeteneğinin olup olmadığını veya ne ölçüde olduğunu belirleme hakim aittir. Buradan da anlaşılacağı üzere şüpheli akıl hastası olsa bile hakkında kamu davası açılabilecektir. Artık şüpheli, sanık statüsüne geçmiş olacaktır. Buda akıl hastasının şüpheli veya sanık olarak aramanın konusunu oluşturabileceğini gösterir.

Sanık hakkında bir kamu davası açıldığından ve bu davada sanığın kimlik bilgileri belirlendiğinden sanığın kim olduğu bellidir. Ancak şüphelinin kimlik bilgileri bilinmiyor olabilir. Şüpheli hakkında arama yapılırken şüphelinin kişi olarak belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kişinin kimlik bilgileri bilinmesi şart değildir. Şüpheliyi diğer kişilerden ayıran özelliklerin belirlenmesi yeterli olacaktır. Örneğin görgü tanıklarının verdiği eşkale göre arama yapılabilecektir¹⁴⁸.

Şüpheli veya sanığın gerçek kişi olması gerekmektedir. Tüzel kişiler şüpheli veya sanık sıfatıyla aranamazlar. Ancak organları şüpheli veya sanık olabileceğinden tüzel kişilerde aramaya tabi olabilirler.

Şüpheli veya sanık suçu bizzat işlemiş olabilecekleri gibi, suça azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmiş kişilerde olabilirler.

¹⁴⁷ ÖZTÜRK, B., KAZANCI, B.E., GÜLEÇ, S.S.,2013. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.111

¹⁴⁸ ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.149

3.6.3. Şüpheli Ve Sanık Dışındaki Kişiler

CMK, şüpheli veya sanık dışındaki kişilerinde aranabilmesine imkan sağlamıştır. 117'nci maddesi gereğince, şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.

Görüldüğü gibi diğer kişilerin aranması için bazı koşullar öngörülmüştür¹⁴⁹.

- Arama, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi, suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla yönelik olarak yapılmalıdır,
- Bu hallerde aramanın yapılabilmesi için aranılan kişi veya suçun kanıtlarının belirtilen yerde bulunabileceğini güçlü biçimde ortaya koyabilecek olayların bulunması gerekir.

Şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin aranması daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Bu aynı zamanda üçüncü kişilerin aramaya katılma yükümlülüğünün şüpheli ve sanığa göre daha az olduğunu göstermektedir¹⁵⁰. Burada makul şüpheyile yetinilmemiş, aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlanmıştır. Burada tahmin yeterli değildir. Şüpheli veya sanığın orada olduğunu gösterir bulguların olması gerekmektedir. Yani bir tanık bayanı, istihbarat raporu gibi olguların olması gerekmektedir.

Ancak şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında şüpheli veya sanığın o yerde olduğunu gösterir emarelerin varlığı aranmaz. Bu durumda şüpheli veya sanığın o yerde olduğu kesindir.

Üçüncü kişilerin aranmasında CMK'nın 116'ncı maddesinde ki aramadan farklı olarak aranılan kişinin veya suçun delillerinin o yerde olduğundan bahsedildiğinden aranacak şeyin ne olduğunun belirli olması gerekmektedir. Aranacak şey ayrıntılı bir şekilde kararda belirtilmese de, somut olarak gösterilmesi gerekmektedir¹⁵¹.

Şüpheli ve sanık dışındakilerin aranması, bu kişiler hakkında delil elde etmek amacıyla değil, etrafındaki şüpheli veya sanığın durumunu aydınlatmak için yapılır¹⁵².

¹⁴⁹ TAŞDEMİR, K., ÖZKEPİR, R., 2010. Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi. 4. Bası. Ankara: Turhan Kitapevi, s.429

¹⁵⁰ ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.362

¹⁵¹ ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.363

¹⁵² YAŞAR, O., OTACI, C., 2015. (Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu) Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 1.Cilt

Aynı yerin birden fazla kullanımı var ise ve bunlardan bir kısmı şüpheli ise arama, 116'ncı maddeye göre yapılır.

3.6.4. Belirli Sıfattaki Kişilerin Araması

3.6.4.1. Cumhurbaşkanı

Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili eylem ve işlemlerinden dolayı sorumluluğu bulunmamaktadır. Bunun tek istisnası Cumhurbaşkanının vatana ihanet ile suçlanmasıdır (Anayasa m.105). Bu nedenle Cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlanmadığı sürece, göreviyle ilgili suçlarda soruşturma yapılamayacağından, göreviyle ilgili suçlardan dolayı aranması da mümkün değildir.

Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır. Cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlandırılması durumunda, yargılama Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesine ait olacaktır.

O halde Cumhurbaşkanının vatana ihanet suçu ile ilgili aranması gerekecek ise arama kararını Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapan Anayasa Mahkemesi verecektir.

Anayasa, Cumhurbaşkanına göreviyle ilgili suçlardan koruma sağlamaktadır. Ancak, ne Anayasada nede diğer kanunlarda Cumhurbaşkanının kişisel suçlarıyla ilgili bağışık tutulması yönünde bir düzenleme yapılmamıştır. Ayrıca ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler TCK'da sayılmış ve bunlar arasında Cumhurbaşkanlığı sıfatı sayılmamıştır. Cumhurbaşkanının şahsi suçlardan sorumsuzluğunu düzenleyen bir hüküm olmadığına göre, kıyas yoluyla bu düzenlemenin kişisel suçlar açısından uygulanması da mümkün olmadığından, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı soruşturma yapılması mümkündür. Bu nedenle Cumhurbaşkanının kişisel suçları ile ilgili aranabileceği söylenebilir. Ancak öğretilerde Cumhurbaşkanının aynı milletvekillerinde olduğu gibi kişisel suçlarından dolayı yargılanması, görevinin sonuna bırakılması görüşü ağırlık basmaktadır¹⁵³. Öğretilerde bir görüşte Cumhurbaşkanının sadece göreviyle ilgili olarak vatana ihanetle yargılanabileceğini, kişisel suçlarıyla ilgili yargılanmasının yapılamayacağını savunmaktadır¹⁵⁴.

¹⁵³ GÖZLER, K., 2008. Türk Anayasa Hukuku. Bursa: 12. Baskı, Ekin Kitabevi, s.298

ÖZBUDUN, E., 2008. Türk Anayasa Hukuku. 9. Baskı, Ankara: Yetkin Basımevi, s.331

¹⁵⁴ BAKI, Y., 2007. Adli Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE., s.75.

Sonuç olarak kanaatimce Cumhurbaşkanının kişisel suçlarıyla ilgili yargılanması yapılabilir. Ancak görevi gereği yargılama, tıpkı milletvekillerinde olduğu gibi görev sonuna bırakılmalıdır. Böylelikle Cumhurbaşkanı görevi ile ilgili olarak vatana ihanetten ve kişisel suçlarından dolayı soruşturulabilir ve kovuşturulabilir. Bu soruşturma ve kovuşturma sırasında da arama tedbirine başvurulabilir.

Diğer taraftan Cumhurbaşkanının bulunduğu yerde CMK'nın 117'nci maddesi uyarınca diğer kişilerin aranması kapsamında bir arama yapılacak ise, durum Cumhurbaşkanlığı makamına bildirilir ve bu makamın gerekeni takdir ve ifası beklenir. Örneğin Cumhurbaşkanlığı köşkünün bahçesine bir kişinin ruhsatsız tabanca attığı ihbarı üzerine bu tabancanın ele geçirilmesi gerektiğinde, durum Cumhurbaşkanlığı makamına bildirilir ve bu makam tarafından arama ve incelemenin yapılması beklenir. Kolluğun Cumhurbaşkanlık köşkünün içine girip arama yapması mümkün değildir¹⁵⁵.

3.6.4.2. Diplomatik Temsilciler

Büyükelçiler, elçiler ve maslahatgözarlar gibi kişiler diplomasi temsilcileridir. Devletlerarası ilişkilerin çoğunluğu, devletlerin yabancı devlet ülkesinde bulundurduğu ve kendini temsile yetkili kişiler aracılığı ile olur. Bu kimselerin hiçbir baskı altında kalmadan görevlerini yerine getirebilmeleri için bir takım dokunulmazlıkları ve bağışıklıkları bulunmaktadır¹⁵⁶.

Diplomasi temsilcilerinin sahip oldukları dokunulmazlıklar kişi dokunulmazlığı, arşiv dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı ve elçilik binalarının dokunulmazlığıdır. Diplomasi temsilcilerinin sahip oldukları bağışıklıklar ise yargı bağışıklığı, vergi bağışıklığı ve gümrük bağışıklığıdır¹⁵⁷.

Diplomasi dokunulmazlığında kimlerin faydalanacağı ve dokunulmazlık kapsamına nerelerin gireceği 9 Aralık 1931 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ve 14.04.1961 tarihli Viyana'da imzalanan "Diplomasi İlişkileri ve Bağışıklıkları Sözleşmesi" ile belirlenmiştir¹⁵⁸.

14.04.1961 tarihli Diplomasi İlişkileri ve Bağışıklıkları Sözleşmesine¹⁵⁹ göre, misyon binalarının dokunulmazlığı vardır. Kabul eden devlet yetkilileri misyon şefinin rızası

¹⁵⁵ AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.87

¹⁵⁶ BİLEN, M.,2006. Adli Arama ve Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi SBE. s.108

¹⁵⁷ ÖZELCE, C.,2010. Koruma Tedbirleri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Polis Akademisi GBE., s.96

¹⁵⁸ BİLEN, M.,2006. Adli Arama ve Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi SBE. s.108

¹⁵⁹ Türkiye bu sözleşmeyi 04.09.1984 tarih ve 3042 sayılı kanunla onaylamış ve 06.03.1985 tarihinden itibaren taraf olmuştur(24.12.1984 tarihli ve 18815 sayılı RG).

olmadıkça bu binalara giremezler. Misyon binaları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları arama, el koyma, haciz veya icradan bağıştırlar(m.22). Misyonun arşivleri ve evrakı her zaman ve nerede bulunursa bulunsun dokunulmazlığa haizdir(m.24). Statüsünü ve diplomatik çantayı teşkil eden paketlerin sayısını belirten bir resmi belge taşıyacak olan diplomatik kurye, görevlerinin ifasında kabul eden devlet tarafından korunacaktır. Diplomatik kurye şahsi dokunulmazlıktan yararlanır ve hiçbir şekilde tutuklanamaz veya gözaltına alınamaz. Diplomatik çanta açılmaz veya alıkonulamaz(m.27). Diplomatik ajanın şahsi dokunulmazlığı vardır. Hiçbir şekilde tutuklanamaz veya gözaltına alınamaz(m.29). Diplomatik ajanın özel konutu misyonun binaları gibi aynı dokunulmazlık ve korunmadan yararlanacaktır(m.30). Diplomatik ajan, kabul eden devletin cezai yargısından bağıştırlar (m.31). Bunlardan da anlaşılacağı üzere diplomatik dokunulmazlığına sahip olanlar hakkında arama tedbirine başvurulamaz.

29'uncu madde gereği diplomat statüsü olan kişiler şahsi suçları dolayısı ile bile tutuklanamaz veya gözaltına alınamaz. 9 Aralık 1931 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile kimlerin diplomasi dokunulmazlığından yararlanacağı belirtilmiştir. Buna göre, büyükelçiler, elçiler, maslahatgüzarlar, elçilik müsteşarları, elçilik katipleri, ateşeler ve ateşe yardımcıları ile bunların birlikte oturdukları eşleri, çocukları ve diğer aile fertleri, elçilik din adamı, elçilik doktoru, elçilik hukuk müşaviri gibi elçilik çalışanları diplomatik dokunulmazlıktan yararlanır. Bunlar hakkında cezai yargılama yapılamayacağı gibi idari tedbirlerde uygulanamaz¹⁶⁰.

Diplomatik temsilciliklerinin yazışmaları da dokunulmazlığa sahiptir. Bunlar aranamaz ve bu yazışmalara el konulamaz. Bu nedenle diplomatik kurye ve taşıdığı evraklarda dokunulmazlığa sahiptir.

Elçilik bina ve eklentilerine misyon şefinin izni alınmadan girilemez ve bu yerlerde arama yapılamaz. Örneğin suç silahının elçilik bahçesine atıldığı şüphesi var ise, elçiliğe bilgi verilerek izin alınacaktır. Daha sonra bahçe içinde bu silah aranabilecektir. Eğer izin verilmez ise zorla içeri girip arama yapılamaz.

Diplomatik dokunulmazlık, görev yapılacak ülkeye ayak basmakla başlar, görev bittiğinde ülkede ayrılmak için makul süre sonunda biter. Bu kişilerin ülke düzenine aykırı hareketinde bulduklarında yakalama veya gözaltına alma imkanı olmadığından, "istenmeyen adam" ilan edilir ve bu şekilde yurt dışına çıkması sağlanır¹⁶¹.

Diplomat statüsü olmayan yabancı elçilik personeli dokunulmazlık sahibi değildir. Konsoloslar diplomatik temsilci olmadıkları için, yukarıda belirtilen bağıştıklık ve dokunulmazlıktan yararlanamazlar. Konsoloslar için öngörülen bağıştıklık ve

¹⁶⁰ AKSOY, Ş., 2006. Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE. s.113

¹⁶¹ ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.160

dokunulmazlıklar 22.04.1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Bu sözleşmeye göre konsolos binalarının ve arşivlerinin dokunulmazlığı vardır. Sadece konsolosluk faaliyetlerinin yapıldığı kısma konsolosluk şefinin izniyle ve rızası olmadan girilemez. Ayrıca konsolosların konut dokunulmazlıkları da yoktur¹⁶².

3.6.4.3. Yargı Mensupları

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, AYİM ve Sayıştay üyeleri hakkında soruşturma ve kovuşturma usulleri bu mahkemelerin özel kanunlarında düzenlenmiştir. Bu kanunlar gereğince yüksek yargı organlarının üyeleri hakkında görev ve kişisel suçları nedeniyle soruşturma yapılması, görev yaptıkları kurumun en üst kurulunun iznine bağlıdır. İzin verilmesi halinde bu kurulun üyelerinden biri tarafından soruşturma işlemleri yapılır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hariç görevlendirilen soruşturmacının vereceği karar üzerine arama yapılır. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde genel hükümler uygulanır.

Yüksek yargı organları dışındaki hakim ve savcılarla ilgili yapılacak soruşturma işlemleri Hakimler ve Savcılar Kanununda madde 82 vd.'da özel düzenlemeler getirilmiştir.

Hakim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırılabilir.

Hakim ve savcılarının kişisel suçları hakkında soruşturma, ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısına ve son soruşturma o yer ağır ceza mahkemesine aittir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütülür.

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına derhal bildirilir. Kanunda açıkça belirtildiği gibi hakim ve savcılarının üzerleri ve konutları aranabilmesi için ağır ceza mahkemesinin görevine girme ve suçüstü halinin birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

¹⁶² ONAN, O.,2009. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama. Yüksek Lisans Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi SBE., s.49

Askeri Hakimler Kanununda da askeri hakim ve askeri savcılar hakkında benzer düzenlemeler yapıldığından aynı usul takip edilecektir.

3.6.4.4.Milletvekilleri

TBMM üyeleri yasama dokunulmazlığına sahiptirler. Yasama dokunulmazlığı ise mutlak ve geçici olmak üzere ikiye ayrılır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine meclisçe başka bir karar alınmadıkça, bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar(Anayasa 83/1). Bunlar suç niteliği taşısa bile sorumlu tutulamayacaklardır. Bu eylemler mutlak yasama dokunulmazlığı kapsamında kaldığından herhangi bir şekilde soruşturma yapılamayacaktır. Bu nedenle de bu eylemler nedeniyle arama tedbirine başvurulamayacaktır. Ancak mecliste bu söylemlerin meclis dışında tekrarlanmaması konusunda bir karar alınmasına rağmen tekrarlanırsa, bu sözler nedeniyle sorumlu olacaktır. Bu sözler nedeniyle açılan bir soruşturma nedeniyle arama tedbirine de başvurulabilecektir.

Diğer taraftan, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Anayasanın tanıdığı bu dokunulmaz mutlak değil geçicidir. Çünkü soruşturma ortadan kalkmamakta, aksine soruşturma işlemleri devam etmektedir. Anayasada sınırlı sayılmış tedbirler dışında, başka tedbirlere başvurulabilir. Bu nedenle yapılan soruşturma neticesinde milletvekilinin konutunda ve işyerinde arama tedbirine başvurulabilmesinin bir sakıncası yoktur¹⁶³.

Milletvekiline tanınan bu dokunulmazlığın iki amacı vardır. Birincisi, mecliste ulus iradesinin tam bir serbestlikle ifade edilmesi, diğeri ise, milletvekilinin görevini yerine getirirken bağımsız ve güvenceli olmasıdır¹⁶⁴.

Geçici dokunulmazlığın bazı istisnaları vardır.

- Ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin bulunması,
- Seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumların söz konusu olması,

¹⁶³ BAKI, Y., 2007. Adli Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE., s76

¹⁶⁴ YURTCAN, E., 2005. Ceza Yargılaması Hukuku: Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yazılmış. 11. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.20

- Meclis tarafından dokunulmazlığın kaldırılması hallerinde genel hükümlere göre işlem yapılacaktır.

TBMM üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır, üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Bu nedenle milletvekili hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı nedeniyle, yakalanması amacıyla arama kararına başvurulamayacaktır.

Ayrıca meclis dışında atanan bakanlarda görevleri süresince yasama dokunulmazlığından yararlanacaktır.

3.6.4.5. Avukatlar

Savunma hakkı ile avukatın mesleki sırlarının korunması, avukat ile müvekkilin arasındaki ilişkinin tam bir gizlilik içinde yürütülmesinin sağlanması amaçlarıyla avukatlara yönelik arama işlemlerine ayrı ve istisnai usuller getirilmiştir¹⁶⁵.

CMK'nın 130'uncu maddesine göre, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmi dört saat içinde verilir.

Avukatlık Kanununun 58'inci maddesine göre, avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.

¹⁶⁵ONAN, O.,2009. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama. Yüksek Lisans Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi SBE., s.50

CMK’da aramayla ilgili Avukatlık Kanununda olduğu gibi görev suçu, kişisel suç ayrımı yapılmamıştır. Bu nedenle avukatların kişisel suçları bakımından CMK’nın genel kuralları geçerli olacaktır. Diğer taraftan CMK’da sadece avukat bürolarında söz edilmiş iken, Avukatlık Kanununda buna ek olarak avukatın konutunda da arama yapılabileceği belirtilmiştir. Bu iki kanun maddesini birlikte düşündüğümüz zaman avukat bürolarında, ister görev suçların bakımından olsun(CMK m.130 ve Av.K m.58), isterse kişisel suçlar(CMK m.130) bakımından olsun her halde hakim kararı aranacaktır. Ancak avukatın konutunda mesleğinden kaynaklanan bir soruşturma nedeniyle yalnızca mahkeme kararıyla arama yapılabilecekken, kişisel bir suçu nedeniyle (CMK m.130’da yer almadığından) veya başkasının işlediği suç nedeniyle yürütülen soruşturmada arama işlemi genel hükümlere göre yapılır. Bu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle avukatın konutunda, aracında ve diğer mahallerinde arama yapılabilir.

Avukatlık Kanunu madde 58’de yer alan “ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz” hükmü dikkate alındığında avukatların görevde bulunduğu sırada önleme araması çerçevesinde dahi aranamayacağı ortadadır. Tabii ki görev konusunu biraz geniş tutmak gerekecektir. Bir avukatın bürosundan çıkıp müvekkiliyle görüşmeye gitmesi veya adliyeye gitmesi durumları da görev kapsamı çerçevesinde olacaktır. Ancak şahsi görüşüm avukatlarında adliyeler, alışveriş merkezleri, miting alanları vb. insanların topluca bulunduğu ortamlarda önleme araması çerçevesinde elle arama olmasa da X-RAY cihazlarıyla aranmaları yapılmalıdır. Daha doğrusu bir aramadan ziyade bir kontrolden söz edilmektedir. Benzer bir olayda avukatın miting alanında herkese uygulanan önleme aramasına tabi tutulması ilk derece idare mahkemesince “hizmet kusuru” olarak kabul edilerek idare tazminatı mahkum edilmiş, ancak üst mahkemece avukatın olay esnasında adli bir görevinin olmadığı, kendisinin suç isnadı altında olmadığı, herkese uygulanan bir uygulama olduğu, dolayısıyla idarenin hizmet kusurundan söz edilemeyeceği belirtilerek alt dereceli mahkemenin kararının kaldırıldığı görülmüştür¹⁶⁶. Bu karar aleyhine karar düzeltme talebinde bulunulmuş ise de, karar düzeltme istemlerinden hiçbirine uymadığından, yerinde bulunmayan istem red edilmiştir. Kanaatimce bu karar gereğince sadece avukatlar değil hakim/savcılar da önleme araması çerçevesinde kaba üst aramasına tabi tutulmalıdır.

¹⁶⁶ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 16.02.2005, 2004/3869 E., 2005/554 K. (ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.172)

3.6.4.6. Noterler

Noterlik Kanununun 153'üncü maddesine göre, noterlerin, görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır.

Dikkat edilmesi gereken durum, soruşturmanın herhangi bir izne bağlanmamış olmasıdır. Sadece kovuşturma yapabilmek için Adalet Bakanlığından izin alınmaktadır. Noterler hakkında soruşturma aşamasında bir sınırlandırma olmadığından, mesleklerinden kaynaklanan bir soruşturma sırasında genel hükümler çerçevesinde arama tedbirine başvurulabilir.

Yine noterlerin şahsi suçlarında genel hükümler uygulanacağından, arama kararı için genel hükümlere göre hareket edilecektir.

Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır.

3.6.4.7. Asker Kişiler

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 66'ncı maddesine göre Askeri Mahkemelerin yargı yetkisine giren alanlarda aramaya ve zapta karar verme yetkisi, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, askerî mahkemeye aittir. Belirtilen sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî savcılar, teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amirleri ve bunların verecekleri yazılı emir üzerine diğer askerî makamlar da arama ve zapt işlemi yapabilirler.

Buna göre askeri mahallerde arama kararı verme yetkisi Askeri Mahkemeye aittir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî savcılar, teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amirleri verecekleri yazılı emirle arama işlemini icra ettirebileceklerdir.

Askeri mahkemelerin görev alanı dışında kalan suçlarla ilgili, askeri mahal dışında asker kişinin üstünün, konutunun, eşyasının, aracının aranması konusunda özel hüküm olmadığından genel hükümlere göre işlem yapılacaktır. TSK İç Hizmet Kanununun 93'üncü maddesine göre, üniformalı veya sivil elbiseli subay ve astsubayların ağır cezalı suçlar dışındaki suçları işledikleri takdirde, polis veya jandarma kuvvetleri tarafından en yakın askeri makama veya inzibat karakoluna davet edilir. Askeri şahıs bu daveti kabule mecburdur. Bu şahıslara ait soruşturma bizzat Cumhuriyet savcısı veya askeri savcı tarafından yapılır. Bu hükümden anlaşılacağı gibi ağır cezalı suçlar

dışındaki suçlarda subay ve astsubayların konutlarında, üstlerinde arama yapılması hakim kararına veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle yapılabilecektir. Kolluk amirinin arama emri verme yetkisi yoktur.

353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununun 79'uncu maddesine göre resmî elbiseli subay, astsubay ve askerî öğrenciler hakkında ancak ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda, kişiye suçun işlenmesi sırasında rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı, izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerinde herkes tarafından yakalama yapılabilir. Herkes tarafından yakalama gerçekleştirilebilmesi için suçun ağır cezalı bir suç olması gerekmektedir. İç Hizmet Kanununun 92'nci maddesinde de ağır cezalı suçüstü hallerinde polis veya jandarma subay ve astsubayları yakalamaya yetkilidir. Bu durumlarda yakalanan kişinin üzeri güvenlik gerekçesiyle aranabilir.

3.6.5. Tüzel Kişiler

Türk Medeni Kanununun 45'inci maddesi gereğince başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. 50'nci maddeye göre de, tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.

Suç ve ceza politikamız gereği tüzel kişiler şüpheli veya sanık olamazlar. Suçun faili ancak gerçek kişiler olabilmektedir. Tüzel kişiler organları vasıtasıyla faaliyetlerini sürdürdüklerinden cezai sorumluluk bu organları oluşturan gerçek kişilere aittir. TMK'nun 50/3'üncü maddesine göre organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar. Bu nedenle tüzel kişiler aranabilir, ancak şüpheli veya sanık statüsünde aranamaz. Buralarda yapılan arama gerçek kişi ile ilgili aramadır. Tüzel kişiler ile ilgili aramalar genel hükümlere tabidir.

3.6.5.1. Dernekler

Dernekler Kanununun 20'nci maddesine göre, “kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülkî idare amirinin yazılı emri bulunmadıkça, kolluk kuvvetleri, dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz. Mülkî idare amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden

kalkar. Hâkim kararı, mülkî idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur”.

Aynı hüküm Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 22’nci maddesinde de tekrarlanmıştır. Bu hükümler nedeniyle derneklere, arama yapmak ve eşyalara el koymak amacıyla girebilmek için hakim kararına veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki idare amirinin yazılı emrine ihtiyaç vardır.

Anlaşılacağı üzere bahsedilen önleme aramasıdır. Dernekler kanununda adli arama ayrıca düzenlenmemiştir. Bu nedenle adli arama konusunda CMK genel hükümleri uygulanır. Derneklerde adli arama yapabilmek için öncelikle hakim kararı aranır. Gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri alınarak arama yapılır. Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılacaktır.

3.6.5.2.Vakıflar

Vakıflar kanununda aramaya ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Aynı zamanda başka bir kanuna da atıfta bulunulmamıştır. Bu nedenle vakıflarda arama CMK’nın genel hükümlerine göre icra edilecektir.

3.6.5.3.Üniversiteler

PVSK’nın 20/2’nci maddesine göre, kolluğun üniversitelere girmesinde iki temel esas vardır. Birincisi, üniversite binaları veya ekleri içinde, kurumun imkanlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması ihtimali karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin zabıttan yardım talep etmeleri halinde; ikincisi ise, herhangi bir davet veya izne bağlı olmaksızın suç ve suçluların kovuşturulması için her zaman, üniversite, bağımsız fakülte veya üniversiteye bağlı kurumların binalarına veya bunların eklentilerine kolluk girebilir.

Birinci halde önleme aramaları için rektör, acele hallerde dekan veya bağlı kuruluş yetkililerin daveti şart koşulmuştur. İkinci halde ise adli aramalardan bahsedilmektedir. Burada herhangi bir davete gerek kalmadan CMK’nın genel hükümlerine göre işlem yapılacaktır¹⁶⁷.

¹⁶⁷ ÇOKMUTLU, M., 2007. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi SBE., s.76

3.6.5.4.Siyasi Partiler

Siyasi partilere ait yerlerde yapılacak aramalarda herhangi bir özel düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle siyasi partilere ait yerlerde arama CMK genel hükümlerine göre yapılacaktır.

3.6.5.5.Sendikalar

Sendikalara ait yerlerde yapılacak aramalarda herhangi bir özel düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle sendikalara ait yerlerde arama CMK'nın genel hükümlerine göre yapılacaktır. Buna göre sendikalarda arama yapabilmek için öncelikle hakim kararı aranır. Gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri alınarak arama yapılır. Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılacaktır.

4. ARAMANIN İCRASI, SONA ERMESİ, HUKUKA AYKIRI ARAMA VE KANUN YOLLARI

4.5. ARAMA YAPACAK KİŞİLER

4.5.1. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yapılan Arama

CMK'nın 160'ıncı maddesine göre 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. 161'inci maddeye göre ise Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir. O halde soruşturma işlemlerini Cumhuriyet savcısı bizzat kendisi yerine getirebileceği gibi, kolluğa vereceği talimatla da yerine getirebilir.

Aramanın savcı tarafından yapılacağına ilişkin kanunlarda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak CMK'nın 119/4'üncü maddesi Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur demek suretiyle örtülü olarak aramanın savcı tarafından yapılacağını belirtmiştir.

Aramanın hakim tarafından yapılabileceğine dair kanunlarda bir hüküm yoktur. Ancak CMK'nın 192/1'inci maddesi mahkeme başkanına veya hâkime delilleri ikame etme görevi vermiştir. Bu nedenle kovuşturma evresinde istem üzerine veya resen arama kararı alınarak, bu arama mahkeme başkanı, naip üye veya istinabe yoluyla bizzat yerine getirilebileceği gibi, talimatla kolluğa da yaptırılabilir.

CMK'nın 119/4'üncü maddesine göre savcı huzurunda konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde yapılan aramada, tanıkların bulunmasına gerek yoktur. Savcının hazır bulunması yeterli olacaktır. Ancak CMK'nın 169'uncu maddesine göre hakim ve savcı huzurunda yapılan işlemlerde zabıt katibinin hazır bulunması zorunludur. Çünkü her soruşturma işlemi tutanağa bağlanır. Tutanak, adli kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi ile hazır bulunan zabıt kâtabi tarafından imza edilir. Arama işlemi de bir soruşturma işlemi olduğuna göre zabıt katibinin hazır bulunarak tutanağı imzalaması zorunludur. Yine 169'uncu maddeye göre acele hâllerde, yemin vermek koşuluyla, başka bir kimse, katip yerine yazman olarak görevlendirilebilir.

Bilindiği gibi avukat bürolarında arama savcının katılımıyla yapılır. Ancak bu yeterli değildir. Baro başkanının veya temsilcisinin de bu aramaya katılması zorunludur.

Sulh ceza hakimi tarafından yapılan soruşturmalarda(CMK m.163), sulh ceza hakimi Cumhuriyet savcısının tüm yetkilerine sahip olduğundan arama işlemlerine de kendisi katılabileceği gibi kolluğu da görevlendirebilir. Burada sulh ceza hakiminin yaptığı soruşturmalarda arama kararını nereden talep edeceği sorunu ortaya çıkabilir. Bu konuyla ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Sulh ceza hakimi yaptığı soruşturmalarda soruşturma savcısının yetkilerini kullanmaktadır. Bu nedenle sulh ceza hakimi savcı gibi yaptığı soruşturmalarda, nöbetçi sulh ceza hakimliğinden bu kararı talep etmesi gerektiği kanaatindeyim. Zira CMK m. 22 gereğince soruşturma evresinde görev yapan sulh ceza hakimi, sulh ceza hakimi olarak aynı olayda hakimlik sıfatıyla görev yapamaz¹⁶⁸.

Askeri mahallerde yapılan arama işlemleri de Cumhuriyet savcısının katılımıyla, asker kişilerce yapılır.

4.5.2. Kolluk Tarafından Yapılan Arama

Soruşturma yapmakla asıl yetkili Cumhuriyet savcısı olmasına rağmen, Cumhuriyet savcısı soruşturma ile ilgili işlemleri kolluğa vereceği talimatla yaptırabilir. Çünkü CMK'nın 161/1'inci maddesine göre Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilecektir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu nedenle savcının aramayla ilgili vereceği talimatı kolluk yerine getirmekle yükümlüdür.

Ancak savcı bizzat katılması zorunlu olan aramaları talimatla kolluğa yaptıramaz. Uygulamada avukat büroları, askeri mahaller ve şüpheli çocuklar ile ilgili aramalar gibi savcının katılması zorunlu olan arama işlemleri dışında ki aramalara savcılar bizzat katılmamakta, vereceği talimatla kolluğa arama işlemlerini yaptırmaktadır. CMK'nın 119/1'inci maddesi de, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilir demek suretiyle aramanın kural olarak kolluk tarafından yapılacağını belirtmiştir¹⁶⁹.

Kimlerin kolluk görevlisi olduğu ise Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kolluk, jandarma, polis, sahil güvenlik ve

¹⁶⁸ ÇOLAK, H., TAŞKIN, M., 2007. Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi. 2. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.806

¹⁶⁹ ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.211

gümrük muhafaza görevlilerini ifade eder. Yönetmelikte yer verilmemesine rağmen Orman Kanununun 77'nci maddesi “Orman memurları, bu Kanunda tanımlanan suçların işlenmesinin önlenmesi veya işlenen suçlarla ilgili olarak başlatılan soruşturmadaki görevleri kapsamında kolluk görevlisi sıfatını taşırlar” demek suretiyle orman memurları da orman kanunu kapsamında işlenen suçlarda ilgili kolluk görevlisi sıfatını kazanacağını belirtmiştir. Bu hükümlere göre kolluk, jandarma, polis, sahil güvenlik, gümrük muhafaza görevlilerini ve orman memurlarını ifade eder. Ancak uygulamada arama genellikle jandarma ve polis aracılığıyla yerine getirilir.

Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın, kolluk tarafından konut, işyeri veya diğer kapalı alanlarda arama yapılabilmesi için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. Sadece kanunda sayılan bu kişiler arama da bulundurulabilir. Kanun burada “bulundurulur” demek suretiyle kolluğa takdir hakkı tanımamıştır. Bu hüküm gereği arama tanıklarından ancak aramaya maruz kalanların yazılı feragatiyle vazgeçilebilir¹⁷⁰. Ancak daha sonra zorla feragat alındı tarzında çıkabilecek şaibelerden dolayı kanımca aramaya maruz kalanın böyle bir feragatten bulunması halinde bile bu tanıkların bulundurulması gerekmektedir. Bunun dışındaki yerlerde kolluk herhangi bir kimseyi bulundurmadan aramayı icra edecektir.

Arama tanıkları dışında, aramaya maruz kalan veya temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlardan biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu aramada hazır bulunabilir. Bunların arama tanıklarından farklı kişiler olduğu unutulmamalıdır. Arama herkes tarafından yapılamaz. Kolluk tarafından yapılması gerekir. Ancak kolluğun arama yapabilmesi için elinde arama kararı veya arama emri olması gerekmektedir. Arama işlemini, arama yapmak için görevlendirilmeyen ve aramaya hak ve yetkisi bulunmayan kişiler tarafından yapılması, aramayı hukuka aykırı hale getirecektir ve ele geçen deliller hükme esas alınmayacaktır¹⁷¹.

4.6. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİYE BİLGİ VERİLMESİ

Aramaya tabi olan yerin veya eşyanın sahibi veya zilyedine, o bulunmaz ise yerine ikame edilecek (temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya birlikte oturduğu bir kişi veya komşusu) kişiye, arama başlamadan önce aramanın amacı konusunda bilgi verilmelidir¹⁷².

Arama hakkında bilgi vermeden önce kolluk üniformalı dahi olsa kimliğini ibraz etmelidir. Daha sonra arama ile ilgili bilgi vermeye başlamalıdır. Arama kararı veya

¹⁷⁰ ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.388

¹⁷¹ Askeri Yargıtay 4'üncü Dairesi, 27.05.2014, 2014/538 E., 2014/541 K., Askeri Yargıtay Dergisi, S.28, s.163.

¹⁷² ERYILMAZ, M.B., 2003. Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama. Ankara: Seçkin Yayınları, s.102

emri ilgiliye gösterilerek aramanın amacı ve sebepleri hakkında bilgi verilecektir. Aramadan önce ilgilinin bilgilendirilmesi gerektiği CMK'nın 120/2'nci maddesinde ve AÖAY'nin 28, 29 ve 30'uncu maddelerinde düzenlenmiştir.

CMK'nın 120/2'nci maddesine göre 117'nci maddenin birinci fıkrasında gösterilen hâllerde zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir. Burada sadece suçla ilgisi olmayan diğer kişilerle ilgili yapılan aramalarda bilgilendirileceği düzenlenmiştir. Ancak şüpheli veya sanık ile ilgili aramalarda da bilgilendirme gerektiği düzenlenmemiştir.

Ancak AÖAY'nin 28, 29 ve 30'uncu maddelerine göre ilgililere (şüpheli, sanık veya diğer kişiler) yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ve aramanın amacı açıklanır.

Arama kararının ilgiliye gösterilmesi ve ilgilinin bilgilendirilmesi, AİHS'nin 6'ncı maddesi gereğince "kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda haberdar edilme hakkının" da bir gereğidir. Bu nedenle arama hakkında bilgi verilmemesi adil yargılanma hakkının ihlalini doğuracaktır.

Ancak, aramanın amacı hakkında bilgi vermek aramayı tehlikeye düşürecek ise eksik bilgi verilebileceği gibi, bilgi verilmekten de kaçınılabilir. Böyle bir durumun var olup olmadığı her somut olaya göre ve orantılılık ilkesine göre değerlendirilecektir¹⁷³. Normal şartlar altında arama sebebi hakkında eksik bilgi vermek aramayı hukuka aykırı hale getirmekte iken, bu durumun varlığı halinde bilgi verilmemesi aramayı hukuka aykırı hale getirmez.

4.7. ZOR KULLANMA YETKİSİ

Her koruma tedbiri kendi içinde bir zorlama barındırır. Çünkü koruma tedbirleriyle henüz hüküm kesinleşmeden, soruşturma aşamasında ilgililerin rızası olmadan bir takım hak ve özgürlüklere müdahale edilmektedir. Örneğin, kişinin konutuna girilerek konut dokunulmazlığına müdahale edilmektedir. Aramada bir koruma tedbiri olduğuna göre, arama da içinde doğal olarak zorlama barındırmaktadır. İlgililer bu doğal zorlamaya katlanmak zorundadırlar.

Zor kullanma yetkisi hukuk devleti ilkesi, orantılılık ilkesi, aşırılık yasağı ve dürüst işlem ilkesi göz önüne alınarak uygulanmalıdır¹⁷⁴.

¹⁷³ BAKI, Y., 2007. Adli Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE., s.118

¹⁷⁴ ÖKTEN, P., 2010. Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE., s.47

Olay yerinde görevine başlayan kolluk görevlisi, bunlara engel olan veya aldığı tedbirlere aykırı hareket eden kişileri, gerektiğinde zor kullanarak işlemler sonuçlanıncaya kadar yapılan işlemlerden men edebilir. Bu konu CMK'nın 168'inci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir. “Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder”. Bu hüküm gereği kişi arama mahallinde gerektiğinde zor kullanarak uzaklaştırılabilir. Bu hükme dayanarak kişi gözaltına alınmaz. Bu sadece uzaklaştırmayı içermektedir.

Konut, işyeri ve eklentilerinde arama işlemi yapılırken aramaya karşı çıkılması veya kapının açılmaması halinde, güç kullanılarak direnç ortadan kaldırılır. Bu konu AÖAY'nin 30/7'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “aramayla görevlendirilenler, aramaya karşı çıkılması hâlinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanarak direnci ortadan kaldırabilirler. Bilgilendirme yapıldıktan sonra, kapı açılmadığı takdirde güç kullanılacağı ihtar edilir ve buna rağmen kapı açılmazsa zorla eve girilir ve arama gerçekleştirilir. Güç, kademeli bir şekilde artarak kullanılabilir”. Madde metninde de anlaşılacağı gibi orantılılık ilkesine özellikle dikkat edilecek ve bu çerçevede gerektikçe güç kullanma kademeli olarak arttırılacaktır.

Ayrıca hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bir arama esnasında güvenlik gereğiyle veya mekanda aranan şeyin kolaylıkla cebe atılabilen bir şey olması halinde, mekanda bulunan kişilerin üzerleri aranabilir. Buna müsaade edilmemesi halinde gösterilen dirençle orantılı bir şekilde güç kullanılabilir.

Arama yapılan yerde veya kişinin üzerinde suç delillerine rastlanması halinde, bu delilleri yanında bulunduran kişi bunları teslim etmek zorundadır. Rızası ile teslim etmediği takdirde bu tür eşyalara elkonulabilir. Teslimden kaçınma hâlinde bu şeyin zilyedi hakkında 60'ıncı maddede yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, bu hüküm şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında uygulanmaz.

Ayrıca Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 15/5'inci maddesine göre, evsafi belirlenen eşyanın kollukça bulunamaması ve zilyedinin de teslimden kaçınması hâlinde, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler dışındaki zilyet hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 60'ıncı maddesinde yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümlerin uygulanması amacıyla durum Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir.

Zor kullanma yetkisi, gerekli ölçünün dışında bir kuvvet kullanma şeklinde olmamalıdır. Yani oran aşılmamalıdır. Eğer aşırılığa kaçılırsa kasten yaralamaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu konu TCK'nın 256'ncı maddesinde “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, “zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama

suçuna ilişkin hükümler uygulanır”. Diğer yandan kamu görevlisine görevini yaptırmamak için cebir ve tehdit kullanılması durumunda TCK’nın 265’inci maddesinde yer alan “görevi yaptırmamak için direnme” suçunu oluşturabilecektir.

Yine şunu belirtelim ki, zor kullanma yetkisi sadece kolluğa verilmiştir. Gerektiği durumlarda kolluk dışında kimsenin zor kullanma yetkisi yoktur. Örneğin Cumhuriyet savcısının arama işlemine katıldığı durumlarda yükümlülükler uymayan kişiler hakkında zor kullanma yetkisi yoktur. Bu durumlarda Cumhuriyet savcısının kolluğa talimat vererek zor kullanılmasını sağlayabilir, ancak bizzat kendisi zor kullanamaz.

PVSK’nun 16’ncı maddesinde “zor ve silah kullanma” başlığı altında polisin görevini yaparken direnme ile karşılaşması durumunda zor kullanılabilirliği belirtilmiştir. Polis bu kapsamda zor kullanma yetkisini kullanırken, gerektiğinde ilgililere kelepçe de takabilmektedir.

4.8. ARAMADA HAZIR BULUNABİLECEKLER

4.8.1. Aranılan Yerin Sahip veya Zilyedi, Temsilcisi, Ayırt Etme Gücüne Sahip Hısımları, Birlikte Oturduğu Kimse veya Komşu

CMK’nın 120’nci maddesine göre, “aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir, kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur”.

Maddede açıkça belirtildiği gibi, arama esnasında sahip veya zilyet yoksa, temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulması gerekmektedir. İster savcı tarafından, isterse de kolluk tarafından yapılan arama olsun bu kişilerin hazır bulunması gerekir. Aramada hazır bulunacak bu kişiler aramaya gözlemci olarak katılacaklardır.

Madde aramada bulunacakları belli bir sıra dahilinde saymıştır. O halde bu sıraya dikkat edilecektir. Buna bağlı olarak arama esnasında ilk önce aranacak yerin sahibini veya eşyanın zilyedini bulmaya çalışacaktır. Kanun bu kişilerin bulunmasını şart koşmamış, bunların “bulunabileceğini” belirtmiştir. O halde sahip veya zilyedin olmasının zorunluluğu yoktur ve bunların beklenilmesi zorunlu değildir. Bu halde maddede sayılan diğer kişilerin aramada hazır olması sağlanır. Örneğin konutta yapılacak arama için konut sahibi aramada hazır olabilir, eğer sahibine ulaşamıyor ise sahibin beklenmesi zorunlu değildir. Maddede sayılan diğer kişiler huzurunda arama yapılabilir.

Sahibin aramanın amacını tehlikeye sokmayacak süre içinde arama mahalline gelebilecek ise sahip beklenmesi uygun olur. Ancak bu zorunlu değildir. Buna ilişkin bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Maddede sayılan sıra dahilinde sahip veya zilyet arama mahallinde bulunuyor ise diğer kişiler çağrılmaz. Kanunun düzenlemesine bakıldığında diğer kişiler arasında da bir silsile benimsenmiştir. Buna göre sahip veya zilyedin olmadığı durumlarda öncelikle temsilcisi hazır edilecektir. Temsilcisinin olmadığı yerlerde, ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri, ayırt etme gücüne sahip hısımlarından birinin olmadığı yerlerde kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi, bununda olmadığı durumlarda komşusu hazır edilecektir. Üst silsileden birinin hazır olması halinde diğer kişiler çağrılmaz. İster şüpheli veya sanık hakkında isterse diğer kişiler hakkında arama yapılsın bu kişilerin arama yerinde olması gerekmektedir.

Arama sırasında aranılacak yerin sahibi veya zilyedi, orada bulunmasına rağmen aramaya katılmaz veya arama sona ermeden orada ayrılırsa maddede sayılan diğer kişilerin bu kişiler yerine aramada hazır bulundurulmasına gerek yoktur¹⁷⁵. Buna karşılık aranılacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramaya engel olduğu gerekçesiyle arama yerinden uzaklaştırılıyor ise diğer kişilerin arama yerinde hazır edilmesi gerekmektedir.

Sahip veya zilyedin hazır bulunmaması halinde aramada hazır bulundurulacakları öngören kişiler gözlemci olarak bu arama işlemine katılırlar¹⁷⁶.

CMK'nın bu hükmü emredici bir nitelik taşır. Maddede sayılan kişilerden birinin arama yerinde olması zorunludur. Haklı bir gerekçe olmadan bu kişilerin yokluğunda yapılan arama hukuka aykırı hale gelecektir. Ancak bu kişilerin aramada bulundurulmalarına imkan yoksa veya bu kişilerin aramada bulundurulmaları için geçecek zaman aramayı sonuçsuz bırakacak ise, bu kişiler aramada hazır bulundurulmayabilir. Bu değerlendirmeyi arama yapma yetkisine sahip kişi objektif ve keyfilikten uzak bir şekilde değerlendirecektir.

Bu şekilde aramada bir gözlemci bulundurulması, kişilere AIHS'nin 6'ncı maddesinde vurgulanan kendi kendini savunma hakkı tanıyacaktır.

¹⁷⁵ ÇİÇEK, İ., 2009. Arama (Adli ve Önleme Araması). 1. Baskı. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, s.65

¹⁷⁶ PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., 2008. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu., Ankara: Yayın Matbaacılık, 1. Cilt, s.497

4.8.2. İşlem Tanıkları

CMK'nın 119/4'üncü maddesine göre, "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur". Cumhuriyet savcısının yokluğunda hazır bulundurulması zorunlu olan bu kişilere işlem tanıkları denir¹⁷⁷. Maddede işlem tanıklarının kimlerden oluşacağı açıkça belirtilmiştir. O halde işlem tanıkları;

- O yer ihtiyar heyetinden veya
- Komşulardan iki kişi olmalıdır.

İşlem tanıkları maddede sayılan kişilerden olabilir. İşlem tanıkları sadece ihtiyar heyetinden veya komşulardan oluşabileceği gibi her ikisinden de birer kişi alınmak suretiyle de oluşabilir¹⁷⁸. Ancak bu tanıkların bulundurulması zorunludur. İşlem tanıklarının savcılığın yardımcı memurları veya kolluk görevlileri olmamasına dikkat edilmelidir. Kanunda sayılan bu kişiler kolluğun emrine uymak zorundadırlar. İşlem tanıklarının aramada bulundurulması ilgililerin isteğine bağlı değildir. Ancak aramaya maruz kalanların bundan feragat etmesi halinde işlem tanıklarının aramada bulundurulmasından vazgeçilebilir. Ancak bu feragat yazılı olmak zorundadır. Feragat edenin arama sırasında feragatini geri alması işlem tanıklarını aramada bulundurulmasını gerektirmez.

İşlem tanıklarına tanık olma nedenleri ve arama kararı hakkında gerekli bilgi verilmelidir. İşlem tanıkları arama yerlerine gelmek zorundadır. Eğer arama yerine gelmez iseler bu kişiler hakkında zor kullanılabilir ve haklarında gözaltına alma gibi diğer yasal işlemler yapılabilir¹⁷⁹.

İşlem tanıklarının hazır bulundurulma zorunluluğunun maddeden de anlaşılacağı gibi iki şartı vardır.

- Birincisi, aramanın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde yapılması
- İkincisi ise bu aramanın Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın yapılıyor olması gerekmektedir.

Bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. İşlem tanıklarının aramaya muhatap olan kişilerin o yerde bulunup bulunmasına bağlı olmaksızın olay mahallinde

¹⁷⁷ Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinin 115/1-c maddesi; Hakim ya da Cumhuriyet Savcısı hazır bulunmaksızın yapılan arama sırasında; o yerin muhtarı ve ihtiyar heyetinden, bunların yokluğu durumunda aranacak kimsenin komşularından iki kişi **işlem tanığı** olarak bulundurulur.

¹⁷⁸ KAHRAMAN, M., 2007. "Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", Yargıtay Dergisi. Temmuz, C.33, S.3, s.374

¹⁷⁹ ÖZBEK, V.Ö., 1999. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Arama). Ankara: Seçkin, s.126.

bulundurulması zorunludur. Sokakta kişilerin üzerlerinin veya eşyalarının aranması durumlarında Cumhuriyet savcısı hazır olsun veya olmasın işlem tanıklarına ihtiyaç yoktur.

Aramanın kamerayla kayda alınması veya fotoğraflanması işlem tanıklarının aramada bulunması zorunluluğunu ortada kaldırmaz¹⁸⁰.

Bu hükümle yapılan aramanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amaçlanmaktadır. İşlem tanıkları yapılan aramalarda gözlemci olarak görev yapar. İlerde olası hukuka aykırılık iddialarında olayın aydınlatılmasında fayda sağlar.

Bu kişilerin aramada bulundurulmalarına imkan yoksa veya bu kişilerin aramada bulundurulmaları için geçecek zaman aramayı sonuçsuz bırakacak ise, bu kişiler aramada hazır bulundurulmayabilir. Bu değerlendirmeyi arama yapma yetkisine sahip kişi objektif ve keyfilikten uzak bir şekilde değerlendirecektir. Bu kişilerin niçin aramada hazır edilmediği de tutanakta belirtilmelidir.

Uygulamada bu hükme aykırı hareket edilmesi şekle aykırılık sayılmakla birlikte sırf bu nedenle arama hukuka aykırı sayılmamaktadır¹⁸¹.

4.8.3. Avukat

CMK'nın 120/3'üncü maddesi "kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamayacağını" belirtmiştir. Aramada hazır bulunacak avukat, hakkında arama kararı verilen kişinin avukatıdır. Hakkında arama işlemi uygulanan kişi şüpheli veya sanık olabileceği gibi bunların dışındaki kişilerde olabilir.

Aramada avukat bulundurulması zorunlu olmadığı gibi, aramadan ilgilinin avukatını haberdar etme zorunluluğu da yoktur. Ancak ilgilinin avukatı kendiliğinden veya ilgili kişinin çağrısı üzerine geldiğinde, aramada hazır bulunması engellenemez. Ancak aramaya başlanması için avukatın beklenmesi zorunluluğu yoktur¹⁸².

¹⁸⁰ ÖZBEK, V.Ö., 1999. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Arama). Ankara: Seçkin, s.126.

¹⁸¹ Yargıtay CGK, 26.6.2007 tarihli, 2007/7-147 E., 159 K. (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013), Yargıtay CGK, 13.03.2012 tarihli, 2011/8-278 E., 2012/96 K. (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013) (Hakim kararı bulunmasına rağmen, arama sırasında arama tanığı veya C. savcısı bulunmaması şeklen kanuna aykırıdır; ancak, 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 kanaatine varmıştır, yani bu hukuka aykırılık "şekli" olarak nitelendirilmekte ve delil olarak kullanılabilir)

¹⁸² ÖZELCE, C.,2010. Koruma Tedbirleri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Polis Akademisi GBE., s.118

Her ne kadar avukatın aramada olması görevlilerce engellenemez ise de, aramaya maruz kalan kişi avukatın aramaya katılmasını engelleyebilir. İlgili kişi, avukatın aramada hazır bulunmamasını görevlilere açıkça bildirir ise, görevlilerce avukatın aramada hazır olmasına engel olunabilir¹⁸³.

Ayrıca avukat aramanın düzenini bozar veya aramaya engel olmaya çalışırsa arama yapılan yerden uzaklaştırılabilir. Ancak bu durumda bile avukat gözaltına alınamaz. Sadece arama mahallinden uzaklaştırılabilir¹⁸⁴.

4.9. ARAMA SIRASINDA ELE GEÇEN KİŞİ VE DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER

Ceza muhakemesi amacıyla yapılan arama, saklanan sanığın veya elde edilmemiş olan delilin veya müsadere edilecek bir eşyanın ele geçirilmesi için, bir kimsenin meskeninde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırmadır¹⁸⁵.

Bu amaçla yapılan arama sonucu yakalanan kişi, CMK'nın 91/1'inci maddesi gereğince Cumhuriyet savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olamaz.

Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır. Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır(CMK m.94). CMK'nın 94'üncü maddesinde yapılan değişiklikten¹⁸⁶ önce "yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hakimi önüne çıkarılır, serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hakim veya mahkemeye en kısa zamanda çıkarılmak üzere tutuklanır" şeklindeydi. Yapılan değişiklikle artık sevk tutuklaması kaldırılmış olmaktadır. Tutuklama veya salıverme işlemini artık asıl mahkeme yerine getirecektir.

¹⁸³ ÖZELCE, C.,2010. Koruma Tedbirleri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Polis Akademisi GBE., s.118

¹⁸⁴ ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.221

¹⁸⁵ ÇOKMUTLU, M., 2007. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi SBE., s.106

¹⁸⁶ 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanununun 7'nci maddesi ile yapılan değişiklik(6 Mart 2014 tarihli 28933 sayılı Resmi Gazete)

Ancak sesli ve görüntülü sistemin tüm mahkemelerde, özellikle de askeri mahkemelerde kurulmamış olması uygulamada aksaklıklar çıkarabilmektedir.

Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir(CMK m.95).

İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir(CMK m.123). Zilyedin rızasıyla teslim ettiği eşyaya elkoymaya gerek yoktur. Zilyet rıza ile bu eşyaları teslim ettiği zaman bu eşyalar muhafaza altına alınır.

Elkonulan eşya, bir arama kararına veya emrine istinaden gerçekleştirilen arama sonrası bulunuyorsa ayrıca bir elkoyma kararı almaya gerek yoktur. Arama kararı veya emri aynı zamanda elkoymayı da kapsayacaktır. Ancak herhangi bir arama işlemi olmadan bulunan eşyalar için bir arama elkoyma kararına ihtiyaç vardır¹⁸⁷.

Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemi gerçekleştirebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar. Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir. Elkoyma işlemi suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilecektir.(CMK m.127).

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

4.10. ARAMA SIRASINDA ELE GEÇEN BELGELERİ İNCELEME YETKİSİ

CMK'nın 122'nci maddesine göre, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. Belge ve kâğıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mührünü de koyabilir veya imzasını atabilir. İleride mührün kaldırılmasına ve kâğıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere, zilyedi veya temsilcisi ya da müdafii veya vekili

¹⁸⁷ ÇOKMUTLU, M., 2007. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi SBE., s.107

çağrılır, çağrıya uyulmadığında gerekli işlem yapılır. Bu madde ile ele geçirilen belgelerin incelemesi sadece Cumhuriyet savcısı ve hâkime verilmiştir.

Cumhuriyet savcısı, söz konusu belge ve kağıtların incelenmesi sırasında, uzmanlık gerektiren konularda özellikle emrindeki kolluktan yardım alabilecektir¹⁸⁸.

Bu hüküm ile, ilgilinin suçla ilgisi olmayan ve onun özel hayat ve ilişkileriyle ilgili yazıların ne suretle olursa olsun başkaları tarafından okunulmaması ve kişinin özel hayatını güvence altına almak amaçlanmaktadır¹⁸⁹.

Ele geçirilen belgelere zilyet veya temsilcisi de kendi mühürlerini koyabilirler. Ancak inceleme zamanında çağrıya rağmen gelmeyen mühür sahibinin gelmesini beklemek şart değildir. Çağrıya rağmen gelmeyen mühür sahibinin yokluğunda gerekli incelemeler yapılabilir.

Kolluk, arama sırasında ele geçen belge veya kağıtlara, suçla ilgisi olup olmadığını tespit amacıyla, incelemeksizin bakabilir. Suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği anda kanunun öngördüğü şekilde incelenecek belge ve kâğıtları ambalajlayarak mühürler(AÖAY m.16/2). Buradan da anlaşılacağı üzere belgelerin incelenmesinde kolluğun herhangi bir yetkisi yoktur.

İnceleme, ele geçirilen bu belgelerin delil olma veya müsadere edilebilme özelliğine sahip olup olmadıklarını anlamak için içeriklerinin belirlenmesidir. Bu belge ve mektupların mutlaka aramaya neden olan suçla ilgisi olması şart değildir. Örneğin imza incelemesi için suçla ilgisi olmayan belge, kağıt ve mektuplara elkonulabilir¹⁹⁰.

Hakim veya Cumhuriyet savcısı bir inceleme yapacak suçla ilgisi olmayan evrakları ilgililerine iade edecek, suçla ilgili evrakları ise alıkoyacaktır¹⁹¹.

4.11. TESADÜFEN ELE GEÇEN DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER

CMK'nın 138'inci maddesi tesadüfen elde edilecek delillerle ilgili ne tür işlem yapılacağını düzenlemiştir. Buna göre arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan, ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delil

¹⁸⁸ YAŞAR, O., OTACI, C., 2015. (Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu)Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Cilt s.928

¹⁸⁹ BAKİ, Y., 2007. Adli Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE., s.126

¹⁹⁰ ÇOKMUTLU, M., 2007. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi SBE., s.109

¹⁹¹ YAŞAR, O., OTACI, C., 2015. (Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu)Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Cilt

muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir. Örneğin hırsızlık eşyası bulmak için girdiği evde uyuşturucu bulunması durumunda, kolluk bu uyuşturucu maddeyi muhafaza altına alıp, derhal durumu ilgili Cumhuriyet savcısına bildirecektir.

Maddenin ikinci fıkrası ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti halinde başka bir suç deliline ulaşılması halinde yapılacağı düzenlemiştir. 138/2'nci maddesine göre, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak, 135'inci maddenin yedinci¹⁹² ¹⁹³ fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir. Birinci fıkrada herhangi bir suç deliline rastlanması yeterli iken, ikinci fıkrada sadece 135/7'nci maddede sayılan suçların işlendiğine dair yeni bir delil elde edilmesi halinde, bu delil muhafaza altına alınarak derhal durumu ilgili Cumhuriyet savcısına bildirecektir. Bu nedenle bu düzenleme 135/7'nci maddesindeki suçlarla sınırlıdır.

CMK'nın bu genel hükmü yanında Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 10'uncu maddesi tesadüfen ele geçirilen deliller hakkında ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre usulüne uygun yapılan aramada;

¹⁹² “21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanununun 12'nci maddesiyle(6 Mart 2014 tarihli 28933 sayılı Resmi Gazete), bu maddeye birinci fıkrasından sonra gelmek üzere ikinci fıkra eklenmiş ve fıkra numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir...” Bu nedenle 135 maddesinin 6'ncı fıkrası yeni düzenlemeye göre 7'nci fıkra şeklini almıştır.

¹⁹³ CMK'nın 135/7'nci maddesi; (7) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

1. Türk Ceza Kanununda yer alan;
 - a. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
 - b. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
 - c. İşkence (madde 94, 95),
 - d. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
 - e. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
 - f. **(Ek: 21/2/2014 – 6526/12 md.)** Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149),
 - g. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
 - h. Parada sahtecilik (madde 197),
 - ı. **(Mülga: 21/2/2014 – 6526/12 md.)**
 - j. **(Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.)** Fuhuş (madde 227),
 - k. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
 - l. Rüşvet (madde 252),
 - m. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
 - n. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
 - o. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
2. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.
3. **(Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.)** Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
4. Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
5. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

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

b) Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek, bir delil elde edilirse, bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.

Hâkim kararı olmaksızın elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar, aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.

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

Görüldüğü gibi arama kararının konusu olmayan, başka bir suçun delilinin tesadüfen ele geçirilmesi durumunda, bu delillere el konulabilmesi için ilk önce Cumhuriyet savcısına ulaşılarak bu belgelerle ilgili yeni bir elkoyma kararı istenecektir. Eğer Cumhuriyet savcısına ulaşamıyor ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.

Bulunan şeyin tesadüfen bulunmasına dikkat edilmelidir¹⁹⁴. Sınırlarını aşarak yapılan bir arama neticesinde başka suça ait yeni bir delil elde edilmesi durumunda, bu delil hukuka aykırı delil niteliğini taşıyacaktır. Örneğin televizyon hırsızlığı şüphesiyle bir evde arama yapılması sırasında, dolap çekmeceleri karıştırılması sonucunda bulunan esrar, tesadüfen ele geçirilen bir delil değildir. Burada, aramanın sınırı aşıldığından hukuka aykırı delil söz konusu olacaktır.

Bu şekilde ele geçirilen eşyalar, münhasıran müsadereye tabi ise, bu eşyalar TCK'nın 54/4'üncü maddesi gereğince müsadere edilebilir¹⁹⁵.

¹⁹⁴ AÇAR, M., 2010. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi SBE., s.109

¹⁹⁵ ÇOKMUTLU, M., 2007. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi SBE., s.111

4.12. DEVLET SIRRI İÇEREN BELGELERİN İNCELENMESİ

Devlet sırrı CMK'nın 47'nci maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; “açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır”.

CMK'nın 125'inci maddesine göre, bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir. Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.

Madde metninden de anlaşılacağı gibi, devlet sırrı içeren belgelerin mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilmesi için, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun alt sınırı beş yıl veya daha fazla olmalıdır. Alt sınırı beş yılın altında ki suçlarda devlet sırrı içeren belgeler mahkeme hakimi veya heyeti tarafından bile incelenemeyecektir.

Soruşturma aşamasında alt sınırı beş yılın altında olan bir suçtan iddianame düzenlenmesine rağmen, kovuşturma aşamasında ek savunma hakkı tanınarak suçun vasfının değiştirilerek alt sınırı beş yıl veya daha fazla bir suçtan yargılamaya devam edilmesi durumunda, mahkemeye karşı devlet sırrı içeren belgelerin gizli tutulması mümkün değildir¹⁹⁶.

Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının veya kolluğun bu tür devlet sırrı içeren belgeleri inceleme yetkisi yoktur. Devlet sırrı içeren belgeleri inceleme yetkisi sadece mahkeme hakimi veya heyetine tanınmıştır.

Bu devlet sırrı içeren belgeler açık duruşmada okunarak iddia ve savunmanın tartışmasına açılmaz. Hakim tarafından tutanağa geçirilen bilgiler taraflara okunarak tartışılabilir¹⁹⁷. Tutanağa geçirilecek kısım hakimin takdirine bırakılmıştır. Hakim incelediği evraklar içinde gerek gördüğü bilgileri tutanağa geçirir. Bu belgelerin tamamı taraflara açık değildir. Taraflar bu belgelerin içeriğini bilmezler. Sadece hakimin tutanağa geçirdiği konular hakkında bilgi edinebilirler.

¹⁹⁶ ÖKTEN, P.,2010. Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE., s.50

¹⁹⁷ ÖKTEN, P.,2010. Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE., s.50

4.13. ARAMA TUTANAĞI VE İÇERİĞİ

Arama sonunda bir tutanak düzenlenir. Tutanak ister amaca ulaşılsın, isterse ulaşılmaz her halükarda düzenlenmesi gerekmektedir. Tutanakta yer alması gereken hususlar Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 11'inci maddesinde sayılmıştır. Buna göre tutanakta;

- a) Arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci,
- b) Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat,
- c) Aramanın konusu,
- d) Aranılan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri,
- e) Araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, su üstü aracının aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullanıcısı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatıları, 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 belirlenmiyorsa eşkâl bilgileri,
- h) Arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği,
- i) Arama işlemini yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı,

hususları yer alır. Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sureti ilgiliye verilir. Kaçakçılık suçlarıyla ilgili tutanaklar, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 21'inci maddesine göre tanzim edilir.

4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 21'inci maddesine yapılan atıf, buna karşılık gelen 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 20'nci maddesine yapılmış sayılır¹⁹⁸.

Kaçakçılık Kanununun “tutanaklar” başlıklı 20'nci maddesi kaçakçılık fiillerinin izlenmesine ilişkin tutanakların;

¹⁹⁸ Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Diğer kanunlarda mülga 7/1/1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa yapılan atıflar, bu Kanuna yapılmış sayılır.

- a) Tarih, yer, düzenleyenlerin unvan ve isimleri, hâkim kararının tarih ve sayısı ile Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılması durumunda emrin tarih ve sayısını,
- b) Olay ve kanıtlarını, suç konusu eşya ve taşıma araçlarının ayrıntılı olarak türü, kapsamı, miktar ve nitelikleri ile nerede ve ne suretle el konulduklarını,
- c) İlgilinin kimlik, iş ve yerleşim yeri ile varsa ifadesini,
- kapsaması ve imza altına alınması gereklidir.

Ayrıca arama tutanağında, hakkında arama işlemi uygulanan kişinin, mülkiyete ilişkin iddialarına da yer verilir. Bu konu CMK'nın 121/2'nci maddesinde "...hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilir" şeklinde düzenlenmiştir.

4.14. ARAMA SONUNDA BELGE VERİLMESİ

Aramaya muhatap olan kimse ne arandığını, kendisinin şüpheli olup olmadığını öğrenme hakkına sahiptir. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Kanununun, aramaya maruz kalan kişinin istemi üzerine, arama sonunda, aramanın hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturma nedeniyle mi, yoksa başka biri hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturma nedeniyle yapıldığını içeren bir belgenin verilmesinin öngörmüştür¹⁹⁹.

CMK'nın 121'nci ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 12'nci maddelerinde bu konu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine, aramanın niçin yapıldığını ve soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheliyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir. Bu belgelerde, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilir. Koruma altına alınan veya elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere aramanın muhatabına belge vermenin şartı, muhatabın bunu talep etmesidir²⁰⁰. Ayrıca elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren defter de aramaya maruz kalanın istemesi halinde verilir. Arama sonunda herhangi bir şey elde edilmemiş ise bunu gösterir belgenin de istem üzerine verilmesi gerekmektedir. Bu belgeler istendiğinde, hemen arama mahallinde yazılı olarak

¹⁹⁹ ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.227

²⁰⁰ YAŞAR, O., OTACI, C., 2015. (Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu)Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Cilt

verilmelidir. Bu hükmün ihlal edilmiş olması, yani belgenin verilmemiş olması aramayı hukuka aykırı hale getirmeyecektir²⁰¹.

Arama işlemlerinin tutanağa bağlanacağından ve bu tutanağın bir örneğinin istem olmaksızın ilgiliye verilmesinin zorunlu olması(Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 11) nedeniyle, CMK'nın 121'inci maddesinde belirtilen belgenin isteğe göre ilgiliye verilmesi savunma hakkı açısından bir eksiklik oluşturmayacaktır.

4.15. ARAMANIN SONA ERMESİ

Arama, amacın gerçekleşmesi halinde sona erer. Yani şüpheli veya sanığın yakalanması veya istenen delile ulaşılması halinde arama sona erer. Sona eren aramayla ilgili her aşamanın yer verildiği bir tutanak tutulur. Aramanın sona ermesi birkaç ihtimalle gerçekleşebilir.

Birinci ihtimal, arama sonunda hiçbir delil bulunamamasıdır. Bu durumda arama sonlandırılır. Böylelikle aramanın amacına ulaşılmadan arama sonlandırılmış olacaktır. İlgilinin istemi üzerine, aramanın sonunda hiçbir delil bulunamadığını gösterir tutanak verilir. Aramada hiçbir delil bulunamaması halinde de aramayla ilgili tutanak tutulur ve bu tutanağın ilgililerin isteğine bakılmaksızın bir sureti ilgililere verilir.

İkinci ihtimal, arama sonunda başka bir suçta ait deliller bulunabilir. İnceleme neticesinde suçla ilgili olmayan belgeler ilgililere iade edilir. Ancak muhafaza altına alınan veya elkonulan belgeler başka bir suçta ait delil niteliği taşıyorsa, kolluk tarafından hemen muhafaza altına alınır ve Cumhuriyet savcısına bilgi verilir. Bu konuda ki açıklamalar yukarıda ilgili konuda yapılmıştır.

Üçüncü ihtimal ise arama sonunda suç delillerinin bulunmasıdır. Bu halde bu deliller ilgilinin rızasıyla teslim edilir ise muhafaza altına alınır, rızayla teslim edilmez ise elkonulur.

Arama hangi ihtimalle sona ererse ersin, aramayla ilgili bir tutanak tutulur. Bu tutanak aramaya katılanlarca imzalanır. İmzadan imtina edilirse bu husus da tutanağa geçirilir. Bu tutanağın bir sureti ilgiliye verilir.

²⁰¹ ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAĞIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.394

4.16. HUKUKA AYKIRI ARAMA

4.16.1. Genel Olarak

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına sebep olan aramanın başta Anayasa olmak üzere, yasalarda öngörülen şartlara uygun bir şekilde icra edilmesi gerekmektedir. Anayasa ve diğer yasalarda belirtilen şartlara uyulmadan yapılacak arama, aramayı hukuka aykırı bir hale getirir.

Aramanın hukuka aykırı olup olmadığı konusunda şu değerlendirmeler yapılabilir²⁰²;

- Bilindiği gibi arama makul şüphenin varlığı halinde başvurulması gerekli bir tedbirdir. Bu şüphe oluşmadan yapılacak arama, hukuka aykırı bir aramaya yol açacaktır.
- Aramaya kural olarak hakim karar verir. Ancak gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir. Buradaki gecikmesinde sakınca bulunan halin doğru olarak belirlenmesi gerekir. Keyfiliğe kaçılması halinde arama hukuka aykırı hale gelecektir. Şartların oluşması durumunda karar veya emir alınmasına gerek olmadan da arama yapılabilir. Bu gibi durumlarda da gerçekten şartların oluşup oluşmadığı doğru değerlendirilmelidir.
- Aramanın konusunun ve yapılan işlemin de hukuka uygun olması gerekir. Bu nedenle arama sırasında kişilerin ar ve haya duyguları rencide edilmemeli ve ölçü kaçırılmadan amaca uygun hareket edilmelidir. Bunların ihlal edilmesi, aramayı hukuka aykırı hale getirecektir. Yine kural olarak aramanın gündüz yapılması gerekirken, şartları oluşmadığı halde gece arama yapılması, aramayı hukuka aykırı hale getirecektir.
- Aramaya maruz kalan kişinin hukuki durumu veya aramanın konusu itibarıyla uyulması gereken özel şartların varlığı halinde, bu şartlara uyulmadan arama yapılması da aramayı hukuka aykırı hale getirecektir.

Yapılan her arama işlemindeki şartlar kendi içinde değerlendirilerek yapılan işlemlerin şimdiye kadar anlatılan diğer tüm şartları taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir. Yani her somut olay kendi içinde değerlendirilerek aramanın hukuka uygun olup olmadığı tespit edilmelidir. Örneğin, kimi aramada muhataba bilgi verilmemesi aramayı hukuka aykırı hale getirebileceği gibi, başka bir aramada sınırın aşarak zor kullanılması da aramayı hukuka aykırı hale getirebilir.

²⁰² AKSOY, Ş., 2006. Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE. s.155-156

Usule aykırı olarak ele geçirilen deliller hukuka aykırı delil olarak değerlendirilir. Hukuka aykırı arama sonrasında üç sonuç ortaya çıkar. Bunlar;

- 1) Hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen delillerin mahkemede kullanılamaması,
- 2) Hukuka aykırı arama halinde memur veya idare hakkında tazminat hakkı doğması,
- 3) Hukuka aykırı aramanın suç teşkil ettiği hallerdir.

4.16.2. Hukuka Aykırı Arama Neticesinde Elde Edilen Delillerin Mahkemede Kullanılamaması

Ceza muhakemesinin amacı, gerçeği araştırarak uyuşmazlıkları çözmektir. Bu nedenle de bazı delillerin incelenmesi gerekebilecektir. Bu deliller; bir defter, CD, bilgisayar vb. olabilir. Yani delil serbestliği ilkesi gereğince her şey delil olarak kullanılabilir. Ancak her delil mahkemede kullanılamaz. Bir delilin mahkemede kullanılabilmesi için o delilin hukuka uygun yollarla ele geçirilmesi gerekmektedir. Ele geçirilen delil mutlak olarak uyuşmazlığı çözebilecek bir delil bile olsa hukuka aykırı yollarla ele geçirilmesi halinde delil olarak kullanılamayacaktır. Örneğin suç eşyası bulunan evin arama kararı veya emri olmadan aranması sonucunda, suç eşyalarının ele geçirilmesi hukuka aykırı yolla yapılan bir arama sonrası ele geçirildiğinden, bu deliller mahkemece delil olarak kabul edilmeyecektir. Bu şekilde hukuka aykırı yollarla elde edilen deliller aynı zamanda muhakemenin uzamasına da sebep olacaktır²⁰³.

Hukuka aykırı yolla ele geçirilen deliller CMK'nın 206/2-a maddesi gereğince delil olarak kullanılamayacaktır. CMK'nın 206/2-a maddesine göre, ortaya konulması istenilen bir delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur. Hukuka aykırı yolla yapılan arama sonucunda aranan şüpheli veya sanığın yakalanması veya delil elde edilmiş olması, yani amaca ulaşılmış olması yapılan hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Aksine hukuka aykırı arama sonrasında elde edilecek delil de hukuka aykırı delil niteliği kazanacağından yargılama sırasında bu deliller olayın aydınlatılmasında kullanılamayacaktır.

Anayasanın 38/6'ncı maddesi ve CMK'nın 206/2-a maddesi, "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" demek suretiyle genel kuralı ortaya koymuştur. O halde bu tür deliller davaya bakan mahkemece reddedilecektir.

Konumuzla alakalı CMK'da yer alan diğer maddeler şunlardır; madde 217/2'ye göre, "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir". 230/1-b'ye göre, "delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve

²⁰³ YENİSEY, F., 2015. Ceza Muhakemesinde Makul Süre. Ankara: Güncel Hukuk Dergisi, S.12-144, s.12

reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi” gerekir. 289/1-i’ye göre ise “hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması” hukuka kesin aykırılık oluşturacağından mutlak bozma nedeni olarak sayılmıştır.

Görüldüğü gibi hukukumuzda hukuka aykırı ele geçen şeyler delil olarak kabul edilmemiştir. Bunların delil olarak kullanılması halinde de mutlak bozma nedeni olarak görülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “adil yargılanma hakkını düzenleyen 6’ncı maddesinde de “hukuka aykırı olarak toplanan delillerin muhakemede kullanılmayacağına” ilişkin bir hükme açıkça yer vermiştir.

AİHM, adil yargılanma hakkının doğrudan ihlal edilmediği sürece, kanuna aykırı bir yolla elde edilen bir delilin yargılamadaki hukuki değeri, yani hükümde esas alınıp alınmayacağı konusunda genel bir ilke koymanın mümkün olmadığını ifade etmiştir. Sözleşme organlarına göre, her devlet tarafından izlenmesi gereken delil kuralları bulunmamakta, her devlet kendi kurallarını kendisi koymaktadır. Bu nedenle de delillerin kabulü ve değerlendirilmesi de milli mahkemelerin konusudur²⁰⁴. Bu çerçevede, genel kurallara aykırılık oluşturmadan milli hukukta düzenlemelere gidilebilir. Örneğin, işkence sonrası ele geçirilen deliller mutlak olarak hukuka aykırı delillerdir. Ancak Cumhuriyet savcısının yokluğunda konutta, işyerinde veya diğer kapalı alanlarda yapılan aramalarda işlem tanıklarının arama mahallinde bulundurulması zorunluluğu hukuk sistemlerinde değişiklik oluşturabilir veya hukuka aykırı delilin hak ve hürriyete etkisine göre mahkemede kullanılabilme durumu hukuk sistemlerine göre değişiklik gösterebilir.

Hukuka aykırı yolla elde edilen delillerin mahkemede kullanılıp kullanılmayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Bunlardan ilki Anglo-Amerikan ceza adalet sistemi olup, bu sistemde, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtlar, hukuka aykırılığın boyutuna bakılmaksızın değerlendirme yasağı kapsamındadır.

İkinci sistem ise, nisbi değerlendirme yasağını öngören ve Kara Avrupası'nda egemen olan sistemdir. Bu sistemde, ihlal edilen kuralın koruduğu hukuki değerden yola çıkılmak suretiyle, yasanın mutlak aykırılık olarak öngördüğü ihlaller dışındaki aykırılıkların yasak kapsamında bulunup bulunmadığının, her somut olayda hakim tarafından değerlendirileceği kabul edilmektedir²⁰⁵.

²⁰⁴ YALÇIN, H.,2010. Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi SBE., s.109

²⁰⁵ CENTEL, N., ZAFER, H., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 12. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, s.654

Bu çerçevede yüksek yargının vermiş olduğu kararlar incelendiğinde daha çok ikinci görüş olan Kara Avrupası'nda egemen olan nisbi değerlendirme yasağının benimsediği görülmüştür²⁰⁶.

4.16.3. Hukuka Aykırı Arama Halinde Memur Veya İdare Hakkında Tazminat Hakkı

Anayasanın 40'ıncı maddesine göre, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.

Maddede anlaşılacağı üzere devlet, kişilerin görevlilerin haksız işlemleri nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Devletin bu yükümlülüğü CMK'nın 141'inci maddesinde "tazminat hakkı" başlığıyla düzenlenmiştir. Buna göre, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, hakkındaki arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, devletten isteyebilirler.

Bu maddeye göre tazminat isteyebilmek için, arama kararının ölçsüz bir biçimde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Burada şuna dikkat edilmelidir. Hukuka uygun bir karar söz konusu olmalıdır. Daha sonra bu karar ölçsüz bir biçimde gerçekleştirilmelidir. Yani bir arama kararının haksız veya yanlış olması değil, alınan karar üzerine yapılan aramanın ölçsüz olması söz konusudur²⁰⁷. Ancak burada bahsedilen ölçsüzlüğün ne manaya geleceği belirsizdir. Buradaki ölçsüzlük orantılılık

²⁰⁶ **Yargıtay 8. CD, 14.12.2009 tarihli, 2008/334 E., 15739 K. (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)**, (Cumhuriyet savcısı yokken, ihtiyar heyetinden arama tanığı da bulundurulmadan yapılan aramadan elde edilenler delil olarak kabul edilemez, bozmayı gerektirir)

Yargıtay CGK, 26.6.2007 tarihli, 2007/7-147 E., 159 K. (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013), (Hakim kararı bulunmasına rağmen, arama sırasında arama tanığı veya C. savcısı bulunmaması şeklen kanuna aykırıdır; ancak, sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delilleri "hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil" olarak nitelenemeyeceği kanaatine varmıştır, yani bu hukuka aykırılık "şekli" olarak nitelendirilmekte ve delil olarak kullanılabilirliktedir)

Yargıtay CGK, 15.03.2005 tarihli, 2005/10-15 E., 29 K. (UYAP MEVZUAT-İÇTİHAT PROGRAMI 2013)), (Yapılan arama biçimsel bir eksiklik sayılabilirse de, el koyma sonrasında süresinde hakim kararı alınması, sanığın suçlamayı kabul etmesi dikkate alındığında esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemez ve sanığın üzerindeki arama işleminin ve sonucunda elde edilen kanıtların hükümde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır)

²⁰⁷ ÇOLAK, H., TAŞKIN, M., 2007. Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi. 2. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.695

ilkesi olarak anlaşılmalıdır²⁰⁸. Kanaatimce arama, amaca uygun değilse veya faydasızsa ölçüsüzdür. Buna göre arama sırasında etrafın gerekenden fazla kirletilmesi veya dağıtılması durumunda ölçsüzlük var demektir.

Bunun yanında kanundaki şartların gerçekleşmediği gerekçesiyle tazminat hakkı doğmamaktadır. Böylelikle gecikmesinde sakınca olmayan bir hal olmamasına rağmen hakim kararı alınmadan arama yapılması halinde aramanın ölçsüz yapıldığı gerekçesiyle tazminat hakkı istenemeyecektir. Çünkü ortada geçerli bir arama kararı yoktur. Ancak arama sırasında kişilere gereksiz yere zor kullanılması, aranması gerekmeyen yerlerin aranması veya aramanın gereksiz yere uzun tutulması durumlarında arama kararının ölçsüz bir şekilde yerine getirildiği söz konusu olur ve bu gibi hallerde tazminat hakkı doğar²⁰⁹.

Haksız arama neticesinde istenecek tazminatın usulü ise CMK'nın 142'nci maddesinde düzenlenmiştir.

Ölçsüz aramaya maruz kalanlar karar veya hükümlerin kesinleştiğinin kendilerine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır. Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmemesi halinde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur. Mahkeme, yeterli olan dilekçe ve ekli belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister. Mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir. Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir. Karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

CMK'nın 141/1-i maddesinde belirtilen durum(ölçsüz arama) dışında kalan haksız arama işlemleri nedeniyle, genel hükümlere göre tazminat hakkı istenebilir. Böyle bir haksız aramaya maruz kalan bir kişi Borçlar Kanunu gereğince, adli mahkemelerde şahsi tazminat davası açabilir²¹⁰.

²⁰⁸ ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s.405

²⁰⁹ YALÇIN, H.,2010. Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi SBE., s.120

²¹⁰ ONAN, O.,2009. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama. Yüksek Lisans Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi SBE., s.84

4.16.4. Hukuka Aykırı Aramanın Suç Teşkil Ettiği Haller

Kişilerin üstlerinin, konut, araç, özel kağıt veya eşyalarının aranması hem insan haysiyetine hem de kişi dokunulmazlığının bir devamı olan özel hayatın gizliliğine karşı bir saldırı oluşturur²¹¹. Bu nedenle arama tedbirinin hukuka uygun olması gerekir. Yasa koyucu, keyfi arama yapılmasını engellemek için hukuka aykırı aramayla ilgili olarak TCK'da çeşitli müeyyidelere yer vermiştir.

TCK'nın haksız arama başlıklı 120'nci maddesi; "hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir" hükmüne yer vermiştir. Örneğin kişinin üzerini, çantasını, aracını hukuka aykırı olarak arayan kamu görevlisi bu hükme göre cezalandırılacaktır. Ancak kişinin konutunu veya işyerini hukuka aykırı yolla arayan kamu görevlisi bu hükme göre ceza almayacaktır. O halde TCK'nın 116 ve 119'uncu maddelerine göre konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile cezalandırılacaktır. Aynı şekilde arama esnasında sınırın aşarak zor kullanılması durumunda da kamu görevlisi TCK'nın 256'ncı maddesine göre cezalandırılacaktır. TCK'nın 256'ncı maddesi, "zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır" hükmünü içermektedir. Aynı şekilde TCK'nın 134'üncü maddesi gereği arama sırasında suçla ilgisi olmayan kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Görüldüğü gibi arama aşamalarında kamu görevlisinin hukuka aykırı işlemleri birçok hükme konu olmuş ve bunlar cezalandırılmıştır. Burada geçen hukuka aykırı eylem kanunlarla verilen yetkinin dışına çıkılmasını ifade eder. Bahse konu suçların oluşması kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması veya yetkisini aşmasına bağlıdır. Yoksa kanunda belirlenen sınırlarda kalınması eylemi hukuka aykırı hale getirmez.

Kanun maddelerinde de açıkça görüldüğü gibi bu suç özgü suç niteliği taşımaktadır. Çünkü sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilmektedir. Kamu görevlisi dışındakiler bu suça ancak azmettiren veya yardım eden konumunda iştirak edebilirler. Eğer fail kamu görevlisi değilse ve özel hayatın gizli alanına ilişkin müdahale söz konusu ise özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabilir²¹².

Bu suçun maddi unsuru kamu görevlisinin bir kişinin üzerini veya eşyasını hukuka aykırı olarak aramasıdır. Arama eyleminin bitmesine gerek yoktur. Kamu görevlisinin

²¹¹ AKSOY, Ş., 2006. Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE. s.168

²¹² YALÇIN, H.,2010. Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi SBE., s.101

aramak için kişiye dokunması suçun oluşması için yeterli olacaktır. Manevi unsur ise kasttır. Bu suç taksirle işlenebilen bir suç değildir²¹³.

CMK'nın 161/5'inci maddesi gereğince, 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. Böylelikle hukuka aykırı arama işlemi gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında Cumhuriyet savcısı doğrudan soruşturma yapabilecektir. En üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanacaktır. Böylece kolluk olmasına rağmen en üst dereceli kolluk amirleri hakkında Cumhuriyet savcısının doğrudan soruşturma yapma yetkisi yoktur.

Hakim, savcı veya kolluk amiri, arama kararı veya emrini hukuka aykırı bir şekilde vermiş ise onlarında sorumluluğu doğar²¹⁴.

4.17. ARAMA KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI

Arama koruma tedbirini düzenleyen CMK hükümleri içinde arama kararlarının denetlenmesine ilişkin herhangi bir özel hüküm öngörülmemiştir. Buna göre hukuka aykırı arama kararlarına karşı ancak genel hükümler çerçevesinde denetim mümkün olabilecektir. Bu anlamda arama koruma tedbiri hüküm ile birlikte istinaf ve temyiz kanun yolu ile denetlenebileceği gibi, yazılı emir yoluyla(kanun yararına bozma) da denetlenebilecektir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 7'nci maddesine göre arama, kolluğun makul şüphenin varlığını gösteren arama istekli raporunu, Cumhuriyet savcısına sunması, Cumhuriyet savcısının da bunu uygun görmesi üzerine hakimden karar verilmesini talep ettiği durumunda, hakim tarafından verilen karar üzerine yapılır. Hakim burada kendisine sunulan belgeleri inceleyerek ilk hukuki denetim yapacaktır. Hakim yapacağı inceleme sonucunda aramanın şartlarının oluşup oluşmadığına kanaat getirecek, ya arama kararı verecek yada arama talebini ret edecek. Böylece hukuka aykırı aramalara

²¹³ YALÇIN, H.,2010. Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi SBE., s.101

²¹⁴ ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE., s.254

engel olunacaktır. Hakim arama talebini değerlendirirken, sadece hukuki denetim yapmayacak, aynı zamanda amaca uygunluk denetimi de yapacaktır²¹⁵.

CMK'nın 267'nci maddesine göre, hâkim kararları ile kanunun açıkça gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilecektir. Buna göre hakim kararlarına itiraz kural olarak mümkün iken, mahkeme kararlarına ancak kanunun açıkça gösterdiği hallerde itiraz edilebilir. O halde arama kararı mahkeme kararı niteliğinde ise kanun, arama kararlarına itiraz edilebileceğini açıkça öngörmediğinden, bu karara itiraz mümkün değildir. Ancak CMK'nın 287'nci maddesine göre, hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da hükümle beraber temyiz olunabilir. Bu nedenle, arama kararı mahkeme tarafından verilmiş ise bu karar hükümle birlikte temyiz edilebilir.

Hakim kararı olmadan, yani gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının veya Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı durumlarda kolluk amirinin arama konusundaki yazılı emrinin hukuka uygunluğunun nasıl denetleneceğine ilişkin kanunda kesin bir hüküm yoktur. Anayasa ve kanunda hakim kararı olmadan yapılacak elkoymadan itibaren yirmi dört saat içinde yetkili hakim onayına sunulur demekte, ancak arama kararıyla ilgili böyle bir hüküm içermemektedir. O halde arama işleminde bir sonuç elde edilmemiş ise hakim kararı olmadan yapılan arama işlemi hakim onayına sunulmaması eksiklik oluşturmayacaktır. Yine kanun el koymadan bahsettiğine göre, aramaya maruz kalan kişinin rızasıyla teslim ettiği eşyalar elkonulma işlemine tabi olmadığından, bunlar muhafaza altına alınacağından, hakim kararı olmadan yapılan arama işlemi sonunda muhafaza altına alınan deliller hakim onayına sunulmaması eksiklik oluşturmayacaktır. Ancak arama neticesinde bazı deliller bulunmuş ve bunlara el konulmuş ise el konulan deliller kanunda belirtilen süre içinde hakim onayına çıkartılır. Hakimde kanunda belirtilen süre içinde kararını açıklar. Değerlendirme yaparak ya elde edilen delilleri onaylar, ya da reddeder. Ayrıca CMK'nın 119/1'inci maddesi kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir demek suretiyle, hakim kararı olmadan yapılan aramanın hakim onayına sunulmasını gerek görmemiştir.

Resen veya bir ihbar üzerine arama işlemini icra edenlerin hukuka aykırı hareket ettiğini öğrenen Cumhuriyet savcısı, ilgili memurlar hakkında resen soruşturma başlatabilir. Bu yolla da yargısal denetim yapılabilmektedir.

Arama kararı veya emrine karşı kanun yararına bozma yoluna da gidilebilir. CMK'nın 309'uncu maddesi, "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 Yargıtayca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak

²¹⁵ AKSOY, Ş., 2006. Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE. s.153

bildirir” demektedir. Buna göre hukuka aykırı bir arama kararında ele geçirilen belgelere dayanarak hüküm kurulduğu iddiasıyla kanun yararına bozma yoluna gidilebilir.

CMK'nın 127/4'üncü maddesinde düzenlenen, “zilyetliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir” hükmü de arama ve elkoyma tedbirine maruz kalan kişiler için bir denetim mekanizması oluşturur.



5. SONUÇ

Arama koruma tedbiri insan hak ve hürriyetlerini doğrudan ilgilendiren bir müessesedir. Çünkü aramayla kişilerin konut dokunulmazlıkları, özel hayatın gizliliği gibi hak ve hürriyetler ihlal edilmektedir.

Arama hukukunda hukuk devleti, insan haysiyetinin dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, maddi geçeğin araştırılması, orantılılık, dürüst işlem ve suçsuzluk karinesi ilkeleri temel ilkelerdir.

Anayasamızın konut dokunulmazlığı başlıklı 21'inci maddesinde ile özel hayatın gizliliği başlıklı 20'nci maddesinde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemeyeceği, üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı belirtilmiştir.

CMK'nın 119'uncu maddesi de anayasaya paralel bir düzenleme getirmiştir. CMK'nın 119'uncu maddesine göre, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir.

Hukukumuz, bu genel hukuk kuralının yanında bazı özel durumları ayrıca düzenlemiştir. Özel statülü şahısların ve yerlerin aramaları özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin, avukat bürolarının aranması, bilgisayar ve kütüklerinin aranması, devlet sırrı içeren bilgilerin incelenmesi gibi özellik arz eden durumlar ayrıca kanunlarda kendine yer bulmuştur.

Arama, suç delillerini veya aranan kişiyi ele geçirmeyi hedefler. Bu çerçevede arama için iki şart öngörülmüştür. Birinci şart, aranan kişinin veya şeyin o yerde olduğunu gösterir makul şüphenin varlığı bulunmasıdır. Ancak arama şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilere karşı yapılacak ise makul şüphenin varlığı yetmemekte. Buna ek olarak şüpheli veya eşyanın o yerde olduğunu gösterir olguların olması gerekmektedir.

İkinci şart ise, aramanın hakim kararı üzerine yapılmış olmasıdır. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir. Yine Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı durumlarda kolluk amirinin yazılı emri arama için yeterli olabilecektir. Fakat konut, işyeri veya kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kolluk amirinin arama emri verme yetkisi yoktur.

Ayrıca Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği herhangi bir arama kararı veya emri olmaksızın kolluğun arama yapacağı durumları düzenlemiştir. Ancak ne Anayasada nede CMK'da arama kararı veya emri olmadan arama yapılamayacağı kuralına istisna

getirilmez iken, bu istisnaların yönetmelikle düzenlenmesi uygulamada bazı sıkıntılara yol açabilmektedir. Nitekim uygulamada bu hükümler aleyhine açılan davalar sonrası yönetmeliğin ilgili bölümlerinin bazı kısımları iptal edilmiştir. Aslında bu istisnalar uygulamada ihtiyaç olarak karşımıza çıkabilmektedir. O halde bu istisnalar yönetmelikler de değil de kanunlarda yer alması gerekmektedir.

Arama esnasında arama yerinde olması gerekenler de kanunda belirtilmiştir. CMK'nın 120'nci maddesine göre, "aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir, kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur". CMK'nın 119/4'üncü maddesinde de işlem tanıklarının arama yerinde bulunmasından bahsedilmiştir. Buna göre, "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur". Avukatın aramada bulunması şart değildir. Arama yerine çağrılmasına gerek yoktur. Ancak avukat aramada bulunmak ister ise engellenemeyecektir. Bu konu CMK'nın 120/3'üncü maddesinde "kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz" şeklinde düzenlenmiştir.

Diğer taraftan arama hukukumuzda sıkı şartlara bağlanmış. Başta Anayasa olmak üzere diğer kanun ve yönetmeliklerde gösterilen şartlara uyularak arama işlemi icra edilmelidir. Aksi takdirde yapılan arama hukuka aykırı hale gelecektir. Hukuka yakırı arama sonucunda ele geçirilen belgelerde hukuka aykırı belge niteliği taşıyacaktır. Bu hukuka aykırı belgeler mahkemede delil olarak kabul edilmeyecektir. Hukuka aykırılıkların ortaya çıkmaması adına kanunlarda birçok hükme yer verilmiştir. Kişilerin uğradıkları maddi ve manevi zararların giderilmesi adına, devlete tazminat sorumluluğu yüklenmiştir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKSOY, Ş., 2007. Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama. Ankara: Seçkin,
- AYDIN, M., 2012. Arama ve El Koyma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları
- CENTEL, N., ZAFER, H., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 12. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları,
- ÇINAR, A.R., 1999. Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçları. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları,
- ÇİÇEK, İ., 2009. Arama (Adli ve Önleme Araması). 1. Baskı. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları,
- ÇOLAK, H., TAŞKIN, M., 2005. Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu. Ankara: Seçkin Yayınları,
- ÇOLAK, H., TAŞKIN, M., 2007. Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi. 2. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık,
- DONAY, S., 2009. Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi. İstanbul: Beta Yayınları,
- ERYILMAZ, M.B., 2003. Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama. Ankara: Seçkin Yayınları,
- GÖKÇEN, A., 1994. Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma. Ankara: DEÜHF Döner Sermaye Yayınları,
- GÖZLER, K., 2008. Anayasa Hukukuna Giriş. 12. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi,
- GÖZÜBÜYÜK, A.Ş., GÖLCÜKLÜ, A.F., 2003. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 4. basım. Ankara: Turhan Kitabevi,
- İNCEOĞLU, S., 2013. “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa(Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme). 1. Baskı. Ankara: Şen Matbaa,

- KAYMAZ, S., 1997. Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara: Seçkin Yayınları,
- KOÇ, C., 2005. Kolluğun (Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri. 2. Baskı. Ankara: Kartal Yayınevi,
- KUNTER, N., YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2010. Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı., İstanbul: Beta Yayınevi,
- KUNTER, N., YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2013. Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu., 1. Baskı., İstanbul: Beta Yayınevi, 1. Cilt,
- KÜÇÜK, A., 2008. “Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal. Ankara: Adres Yayınları,
- ÖZBEK, V.Ö., 2006. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları,
- ÖZBEK, V.Ö., 1999. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Arama). Ankara: Seçkin,
- ÖZBEK, V.Ö., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P., TEPE, İ., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları,
- ÖZBUDUN, E., 2008. Türk Anayasa Hukuku. 9. Baskı, Ankara: Yetkin Basımevi,
- ÖZTÜRK, B., ERDEM, M.R., 2006. Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları
- ÖZTÜRK, B., KAZANCI, B.E., GÜLEÇ, S.S.,2013. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları
- PARLAR, A., HATİPOĞLU, M., 2008. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu., Ankara: Yayın Matbaacılık, 1. Cilt,
- SOYASLAN, D., 2006. Ceza Muhakemesi Hukuku. 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları,
- ŞAHİN, C., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları,
- ŞAHİN, İ., 2004. Türk Ceza Yargılama Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları
- TANÖR, B., YÜZBAŞIOĞLU, N., 2012. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. 12. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, s.154
- TAŞDEMİR, K., ÖZKEPİR, R., 2010. Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi. 4. Bası. Ankara: Turhan Kitapevi,

Türk Dil Kurumu, “Türk Dil Kurumu Sözlüğü”, 02 Ocak 2006

YAŞAR, O., OTACI, C., 2015. (Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu)Ceza Muhakemesi Kanunu. 6. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Cilt

YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2014. Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları,

YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., 2015. Ceza Muhakemesi Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları,

Yılmaz, E., 1992, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı., Ankara,

YURTCAN, E., 2005. Ceza Yargılaması Hukuku: Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yazılmış. 11. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık,

YURTCAN, E., 2013. CMK Şerhi (3. Ve 4. Yargı Paketlerine Göre Güncelleştirilmiş). 6. Bası. Ankara: Adalet Yayınevi, s.384

Sürelî Yayınlar

- ATASOY, Ö.A., 2002. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu. A.Y.D.
- BAKİ, Y., 2007. Adli Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE.
- BOZLAK, A., 2013. Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.109
- DEĞİRMENCİ, O., 2016. “Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Riley V. Alifornia* Kararı Sonrası Amerikan Hukukunun Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. S.24,
- DENGİZ, H., 2003. “Askeri Mahallerde ve Asker Kişiler Hakkında Arama”, Askeri Yargıtay Dergisi. S.15
- FEVZİOĞLU, M., 1999. Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. AÜHFD, C.48, S.1-4,
- KAHRAMAN, M., 2007. “Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama”, Yargıtay Dergisi. Temmuz, C.33, S.3
- KIZILKAYA, E., 2010. “Türk Hukuku ve Karşılaştırılmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi. Temmuz-Ağustos, Y.23, S.89
- ÖZTÜRK, B., 2005. Özgürlük İçinde Güvenlik: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu. İstanbul: Hukuki Perspektif Dergisi, S.3,
- SEZEN, A., 2014. “Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma”, Askeri Adalet Dergisi. Ocak, Y.42, S.139
- YENİSEY, F., 2015. Ceza Muhakemesinde Makul Süre. Ankara: Güncel Hukuk Dergisi, S.12-144,
- YENİSEY, F., 2013. Adli Arama. Ankara: Çağın Polisi Dergisi, Aralık, S.144,
- YENİSEY, F., 2003. “Yeni Arama Hukukumuz”, Polis Dergisi. Aralık, S.37,

Diğer Yayınlar;

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği(8203 s.y.), Resmi Gazete, 25832; 01.06.2005

Anayasa Mahkemesi. 29.01.1980, 1979/38 E., 1980/11 K., Anayasa Mahkemesi Karar Dergisi, S.18

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi. Şubat 2007, S.43

Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 16.02.2005, 2004/3869 E., 2005/554 K. (ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE.)

AÇAR, M., 2010. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi SBE.

AKSOY, Ş., 2006. Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi SBE.

Askeri Yargıtay 2. Dairesi, 25.06.2014, 2014/620 E., 2014/673 K. , Askeri Yargıtay Dergisi, S.28

Askeri Yargıtay 4'üncü Dairesi, 27.05.2014, 2014/538 E., 2014/541 K., Askeri Yargıtay Dergisi, S.28

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 10.05.2012, 2012/64 E., 2012/64 K, Askeri Yargıtay Dergisi, S.26

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 7.5.2009, 2009/63 E., 2009/63 K. , Askeri Yargıtay Dergisi, S.23

BAKİ, Y., 2007. Adli Arama. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE.

BİLEN, M.,2006. Adli Arama ve Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi SBE.

Ceza Muhakemesi Kanunu(5271 s.k.), Resmi Gazete, 25673; 17.12.2004

ÇOKMUTLU, M.,2007. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi SBE.

Danıştay 10. Dairesi, 13.03.2007, 2005/6392 E., 2007/948 K., (İstanbul Barosu Dergisi, Y.2007, C.81, S.5)

ERDAGÖZ, Ö., 2008. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi SBE.

- İç Hizmet Kanunu(211 s.k.), Resmi Gazete, 10702; 09.01.1961
- Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği(837362 s.y.), Resmi Gazete, 18254; 17.12.1983
- Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu(5607 s.k.), Resmi Gazete, 26479; 31.03.2007
- ONAN, O.,2009. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama. Yüksek Lisans Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi SBE.
- ÜNAL, O.G.,2011. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi SBE.
- ÖKTEN, P.,2010. Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE.
- ÖZELCE, C.,2010. Koruma Tedbirleri Olarak Arama. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Polis Akademisi GBE.
- Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu(2559 s.k.), Resmi Gazete, 2751; 14.07.1934
- ÜNAL, O.G.,2011. Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi SBE.
- YALÇIN, H.,2010. Önleme Araması. Yüksek Lisans Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi SBE.
- YENERER, Ö., 1996. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE.
- YILDIZ, H.S.,2010. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE.