



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ARAMA

PINAR DÖNMEZ

OCAK 2016

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ARAMA

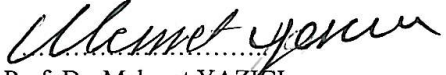
PINAR DÖNMEZ

OCAK 2016


Tez Başlığı : Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama

Tezi Hazırlayan : Pınar DÖNMEZ


Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.


Prof. Dr. Mehmet TURHAN
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup yüksek lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.


Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU
Tez Danışmanı

Tez Juri Tarihi: 21.01.2016

Tez Juri Üyeleri

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniv.)



Yrd. Doç. Dr. Erdal YERDELEN (Yıl.Bey.Üniv.)




Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU (Çankaya Üniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Pınar DÖNMEZ
İmzası : 
Tarih : 21.01.2016

ÖZET

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ARAMA

DÖNMEZ, Pınar

Yüksek Lisans Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Ocak 2016, 185 sayfa

Tezimizin konusu Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama'dır. Önleme araması olarak aramaya kısaca değinmekle birlikte, koruma tedbiri olarak arama konusunu ayrıntılandırmış bulunmaktayız.

Bu çalışmanın amacı arama koruma tedbirinin, insan onurunun dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, vücut dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı hakları başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere ve insan haklarına doğrudan müdahale eden bir koruma tedbiri olduğundan, bu tedbiri ayrıntılı bir şekilde ele almak, hukuka aykırı aramayı incelemek, özellikle askeri mahallerde arama konusunu ayrıntılandırarak, insan hakları temelinde güncel olay ve yargı paketleri dahil son değişikliklerle mevzuatı incelemek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da dahil olmak üzere yargı kararlarına değinmek, teori ve pratik karşılaştırılarak, doktrindeki görüşleri ve pratikteki uygulamaları tartışmaktır.

Anahtar Kelimeler: Arama, Koruma Tedbiri, Temel Haklar, Şüphe, Hukuka Aykırılık.

ABSTRACT

WARRANT IN CODE OF CRİMİNAL PROCEDURE

DÖNMEZ, Pınar

Master Thesis

Social Sciences Institute
Department of Public Law

Thesis Supervisor: Assit. Professor Elvan KEÇELİOĞLU

January 2016, 185 page

The subject of our thesis is Warrant in Code of Criminal Procedure. By briefly touching on the warrant as prevention warrant, we detailed the issue of warrant as protection measure.

This study aims to discuss the warrant protection measure in detail since it is a protection measure in detail since it is a protection measure which interferes in the fundamental rights and freedoms and human rights directly, particularly the inviolability of honor, of private life, of physical integrity, of domicile; also, examine the warrant that against the law, especially, by detailing the the issue of warrant in military zones, investigate the regulations with contemporary changes including latest events and judicial packages based on human rights; mention the judicial decisions including the The European Court of Human Rights and, again, discuss the thoughts and practical operations in doctrines by comparing the teory and practice

Key Words: Warrant, Protection Warrant, Fundamental Rights, Doubt, İllegality.

İÇİNDEKİLER

ETİK YAZISI.....	iii
ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	x

GİRİŞ.....	1
------------	---

BÖLÜM I

1. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİK.....	3
1.1 Kavram.....	3
1.2 Aramanın Hukuki Niteliği	4
1.3 Aramaya Hâkim Olan İlkeler.....	6
1.3.1 Hukuk Devleti İlkesi.....	6
1.3.2 İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi	9
1.3.3 Özel Hayatın Gizliliği İlkesi.....	11
1.3.4 Ölçülülük İlkesi	16
1.3.5 Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi	19
1.4 Arama Çeşitleri	19
1.4.1 Önleme Araması.....	19
1.4.2 Adli Arama	42
1.4.3 Ara Sonuç	43

BÖLÜM II

2. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ARAMA.....	45
2.1 Aramanın Amaçları.....	45
2.1.1 Genel Olarak.....	45
2.1.2 Özel Olarak.....	46
2.1.2.1 Yakalama	46
2.1.2.2 Delil Elde Etme ve Elkoyma.....	46

2.2 Aramanın Şartları.....	47
2.2.1 Şüphe Bakımından Şartlar.....	47
2.2.1.1 Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe.....	47
2.2.1.2 Arama Koruma Tedbiri Açısından Şüphe.....	50
2.2.2 Arama Kararı ve Arama Emri Bakımından Şartlar.....	55
2.2.2.1 Hakim Kararı.....	55
2.2.2.2 Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri.....	56
2.2.2.3 Kolluk Amirinin Yazılı Emri.....	58
2.2.2.4 Arama Kararı ve Arama Emrinin Kapsamı.....	62
2.2.3 Kişi Bakımından Şartlar.....	64
2.2.3.1 Şüpheli ve Sanık Hakkında Arama.....	64
2.2.3.2 Diğer Kişiler Hakkında Arama.....	65
2.2.3.3 Hukuki Statü ve Görevleri Bakımından Haklarında Özel Arama Usulleri Uygulanan Kişiler.....	67
2.2.3.3.1 Cumhurbaşkanı.....	67
2.2.3.3.2 Diplomatik Dokunulmazlığı Olanlar.....	67
2.2.3.3.3 Yasama Dokunulmazlığına Sahip Olanlar.....	67
2.2.3.3.4 Noterler.....	68
2.2.3.3.5 Yargı Mensupları.....	69
2.2.4 Zaman Bakımından Şartlar.....	70
2.3 Aramanın Yapılabileceği Yerler.....	73
2.3.1 Konutta Arama.....	73
2.3.2 İşyerinde Arama.....	78
2.3.3 Üst Araması ve Vücudun Muayenesi.....	79
2.3.4 Araçlarda Yapılan Arama.....	80
2.3.5 Eşyada Yapılan Arama.....	81
2.3.6 Avukat Bürolarında Arama.....	81
2.3.7 Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama.....	95
2.3.8 Askeri Mahallerde Arama.....	101
2.3.9 Olay Yeri İnceleme.....	116
2.4 Aramanın İcrası ve Sona Ermesi.....	120
2.4.1 Arama Yapacak Kişiler.....	120

2.4.1.1	Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yapılan Arama.....	120
2.4.1.2	Kolluk Tarafından Yapılan Arama	121
2.4.2	Aramaya Maruz Kalacak Kişiyi Bilgi Verilmesi.....	122
2.4.3	Aramanın İnzibatı ve Zor Kullanma Yetkisi	124
2.4.4	Aramada Hazır Bulunabilecekler	125
2.4.5	Arama Tutanağı	130
2.4.6	Arama Sırasında Ele Geçen Kişi (Şüpheli veya Sanık) ve Deliller Hakkında Yapılacak İşlemler	133
2.4.7	Arama Sırasında Ele Geçen Belge ve Kâğıtları İnceleme Yetkisi.....	135
2.4.8	Tesadüfen Ele Geçen Deliller Hakkında Yapılacak İşlemler	138
2.4.9	Arama Sonunda Belge Verilmesi	143

BÖLÜM III

3.	HUKUKA AYKIRI ARAMA VE DENETİM MUHAKEMESİ.....	146
3.1	Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuka Aykırı Arama.....	146
3.1.1	Hukuka Aykırı Aramanın Delil Yasağı Teşkil Ettiği Haller ve Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Muhakemede Kullanılmaması	149
3.2	Hukuka Aykırı Aramanın Suç Teşkil Ettiği Haller	160
3.3	Denetim Muhakemesi	164
3.3.1	İdari Denetim.....	164
3.3.2	Yargısal Denetim.....	165
3.4	Tazminat	168
	DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	173
	KAYNAKÇA	179
	ÖZGEÇMİŞ.....	186

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÖAY	: Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AsMKYUK	: Askeri Mahkemelerin Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun
Av.K.	: Avukatlık Kanunu
Bkz.	: Bakınız
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
E.	: Esas
JTGYY	: Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği
K.	: Karar
m.	: Madde
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s.	: Sayfa
SEY	: Suç Eşyası Yönetmeliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
vd.	: Ve devamı
VUK	: Vergi Usul Kanunu
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YGAİAY	: Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği

GİRİŞ

Hukuk devleti, hukuka bağılı olan devlet demektir. Hukuk ise anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi kurallardan oluşan hiyerarşik bir düzendir. Hukuk daima devlet tarafından konulmuş kurallardan oluşmaktadır. Devlet tarafından konulmamış bir kural, hukuk kuralı değildir. “Hukuk devleti” demek, “devlet tarafından konulmuş kurallara uyan devlet” demektir. Hans Kelsen’in ifade ettiğı gibi, aslında bütün devletler bir hukuk devletidir.¹

Türk Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Hukuk devleti, eylem ve işlemleri yargısal denetime bağılı olan, insan haklarına dayanan, adaletli hukuk düzeni kuran, yasal düzenlemelerde belirlilik ilkesine bağılı olan, kişilere hukuk güvenliğı sağlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, kurumların da üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan bir devlettir”.²

Hukuk Devleti ilkesi başlıca anayasal ilkelerden biridir. Ancak tam anlamıyla hayata geçirilmesi, temel hak ve özgürlüklere azami saygı duyulması ile mümkün olabilecektir. Günümüzde gelişmiş, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerin hemen hepsinde hukuk devleti idealini hayata geçirme girişimleri görülmektedir. Bu yolda ayrıntılı yasal düzenlemeler ve hak ihlalleri boyutunda da ciddi yaptırımlar tanımlanmıştır. Ancak gelişmiş tabir ettiğimiz ülkelerden olan Avrupa ülkelerinin dahi -AİHM kararlarından da görüleceğı üzere- temel hak ve özgürlükler alanında çok ciddi ihlalleri mevcuttur. Aslında en büyük mesele birey hak ve özgürlükleri ile Anayasamızın tabiri ile devletin huzur ve güvenliğı arasındaki hassas dengeyi sağlamaktır.

¹ Kemal Gözler, <http://www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm>, (Erişim:20.05.2015).

² AYM E.2010/32, K.2009/69, Aktaran: Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 16. Baskı, 2013, s.162.

Kişinin temel hak ve özgürlükler alanına hiç şüphesiz en büyük müdahaleyi yapacak olan, suç ve ceza hükümlerini düzenleyen Ceza Muhakemesi Hukuku alanıdır.³ Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kağıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, gecikmede sakınca bulunan durumlarda, geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çarelere koruma tedbirleri denir.⁴

Arama ise temel hak ve özgürlüklere belli meşru amaçlarla müdahale eden koruma tedbirlerinden biridir. Müdahale ettiği başlıca temel hak ve özgürlükler Anayasamızda tanımlı kişinin dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyetidir. İşte bu nedendir ki bir hukuk devletinde arama koruma tedbiri en ince ayrıntısına kadar yaptırımlar ile birlikte düzenlenmelidir.

Türkiye tarihinde arama koruma tedbirini hayata geçirirken birey-toplum fayda-zarar dengesini gözetmek amacıyla anayasal ve yasal ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Öğreti yazılı düzenlemeleri genişletmiş, geliştirmiştir. Uygulama ise -özellikle kolluk boyutuyla- yazılı düzenlemeleri çoğu zaman yanlış yorumlamış, hak ihlallerine yol açmıştır. Ancak mevzuata eklenen maddeler ve yapılan değişikliklerle hak ihlallerine engel olunmaya çalışılmıştır.

İşte bu nedenle olan/olması gereken tartışması yapmak adına; mevzuatı temel olarak gerek öğretilerde savunulan görüşleri irdelemeye, gerekse ulusal ve uluslararası yargı kararları ışığında bu hassas konuyu incelemeye çalıştık. Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde arama kavramı, hukuki niteliği, hakim olan ilkeler ele alınacaktır. İkinci bölümde ise aramanın amaçları, şartları, icrası ve sona ermesi konuları incelenmektedir. Son olarak üçüncü bölümde ise hukuka aykırı arama ve denetim muhakemesi konuları izah edilmeye çalışılacaktır.

³ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Bası, 2004, s.400

⁴ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2014, s.439.

BÖLÜM I

1. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİK

1.1 Kavram

“Aramak”, bir şeyi bulmaya çalışmak, araştırmak anlamındadır.⁵ Hukuki terim anlamı olarak arama; kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunması halinde savcı tarafından ve ona ulaşılamayan hallerde de kolluk amirinin yazılı emri ile yakalama ve/veya delil elde etme amacına yönelik olarak sanık, şüpheli veya üçüncü bir kişinin mesken, işyeri ve sair yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma işlemidir.⁶

“Arama”, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun m.116 ve devamında ve 1 Haziran 2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği aramayı; “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

⁵ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1979.

⁶ Nur Centel, Hamide Zafer *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 9. Baskı, 2012, s. 366, Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, *Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı II; Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007. s.135, Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 494, Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 242, Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Bası, 2004, s. 474.

Muhakemesi Kanunu ile diğerk kanunlara göre yapılan araştırma işlemleri” olarak tanımlanmıştır (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.5).

1.2 Aramanın Hukuki Niteliği

Kanun koyucu aramayı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Dördüncü Kısmında “Koruma Tedbirleri” başlığı altında düzenlemiştir. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek ve sonuçta verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla başvurulması gereken tedbirlere koruma tedbirleri denilmektedir.⁷

Koruma tedbirleri; Anayasa ve uluslararası anlaşmalar ile güvence altına alınmış olan evrensel temel hak ve özgürlükleri –özellikle konut dokunulmazlığı hakkı, özel hayatın gizliliği, kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığı hakları- etkiler nitelikte uygulamalar olduğu için ve Anayasa ve uluslararası anlaşmalarla koruma altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla uygulandıkları için sıkı koşullara bağlanmıştır. Bilindiği üzere temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir (1982 Anayasası m.13). Temel hak ve özgürlükler, Anayasa metninde bahsi geçen şekil ve şartlarla sınırlanabilir.

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

⁷ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Bası, 2004, s.400, Hakan Hakeri, Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. s.143.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik tedbirlerden biri olan “arama” müessesesi ulusal düzeyde başta Anayasa’nın yukarıda gösterilen ilgili maddeleri olmak üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK)⁸ ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGİK), Vergi Usul Kanunu⁹, İl İdaresi Kanunu¹⁰, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu¹¹, Olağanüstü Hal Kanunu¹², Sıkıyönetim Kanunu¹³, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun¹⁴ gibi birçok özel kanunda düzenlenmiştir. Ayrıca 1 Haziran 2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği de, değişik kanunlarda düzenlenen arama işlemlerinin üst, eşya ve araç aramaları uygulamasında uyulacak esas ve usulleri bir kez daha detaylı bir şekilde düzenlemiştir.

⁸ PVSK’nın 9. maddesinde polisin önleme amaçlı arama yapma yetkisi hakkında düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın, genel ahlakın, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç islenmesinin önlenmesi, bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilmesi amacıyla kişilerin “üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyanın” arama işlemine konu olabilmesine imkân sağlamaktadır.

⁹ VUK’un 142, 143, 144, 145, 146 ve 147. maddeleri arama işlemi konusunda hükümler içermektedir. Ancak yapılacak bu aramalarda, hâkim kararı gerekir.

¹⁰ Kanununun 20, 11 ve Ek-1 maddelerine göre Vali, suç islenmesini önlemek, kamu düzeni ve güvenini korumak için arama işlemi de dahil gereken önleyici tedbirleri alma yetkisi tanınmıştır. Emniyet Genel Müdürlüğü, Hukuk Müşavirliği, Hava Meydanlarında güvenliğin sağlanması amacıyla yapılacak aramaları, 5442 Sayılı Kanun’un Ek-1 maddesinde yer alan yazılı emir sayılabileceğini değerlendirmektedir.

¹¹ Polis, söz konusu Kanununun 16 ve 17. maddeleri kapsamında kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her denk, balya veya sandıkta veya bunları taşımaya yarayan diğer araçlarda arama işlemi yapma yetkisine sahiptir. Ancak, bu aramalar, hâkim kararı veya C. savcısının yazılı emri ile yapılır.

¹² Kanununun 11/c bendine göre “kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aramak” yetkisine, il valisi veya bölge valisi yetkili kılınmıştır.

¹³ Sıkıyönetim Kanununun 3. maddesi kapsamında, sıkıyönetim komutanının emriyle Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranması yapılabilir.

¹⁴ Bu kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanununun 79. Maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranması yapılabilir.

Diğer yandan koruma tedbirleri kendi başına bir anlam taşımamakta, ceza uygulaması içerisinde suç ve ceza arasında bir vasıta işlevi görmektedir. İşte bu nedenle de geçici özelliktedir (Geçicilik). İstenilen amaç gerçekleşince koruma tedbiri de sona ermelidir (Araç olma).¹⁵ Uygulanan koruma tedbirinin ağırlığı, eylemin/olayın ağırlığıyla orantılı olmalıdır (Orantılılık İlkesi).

Arama da diğer koruma tedbirlerinin yerine getirilmesine yardımcı olması bakımından vasıta işlevi gören bir koruma tedbidir. Arama tedbirini müteakip yakalama, gözaltı, tutuklama gibi diğer koruma tedbirleri etkin hale gelir. Diğer tedbirler etkin kılınca da arama tedbirinin rolü son bulur.

1.3 Aramaya Hâkim Olan İlkeler

1.3.1 Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti ilkesi, ilk kez 17. ve 18. yüzyılda Kara Avrupa’ında ortaya çıkmış ve Polis Devleti anlayışına karşı oluşturulmuştur.¹⁶ Hukuk Devleti kavramı, bugünkü anlamını sezdirecek tarzda Hobbes, Locke, Milton ve daha sonraları da Kant tarafından kullanılmıştır. 19. Yüzyılın ikinci yarısında kavramın “sadece hukukla hareket eden, sadece onunla uğraşan devlet” şekline büründüğü gözlenir. Hukukun her zaman hesaba katılabilirliği, hukukun güvenilirliği ve bütün devlet gücünün hukuka bağlı olması esastır.

Hukuk Devleti ilkesi ile kastedilen dört temel ilke vardır: İdarenin yasalara uygun düşmesi ilkesi, yasanın önceliği ilkesi, sadece yasa ile düzenlenecek konulara yönetimin dokunamaması ilkesi ve nihayet dördüncü ilke, yasadan doğan hakkın

¹⁵ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 427.

¹⁶ Terim olarak (Rechtsstaat) ilk kez Almanya’da kullanılmıştır, Doğan Özlem, “TBB Eksiksiz Demokrasi Sempozyumu”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007, s. 45-46.

yasal sınırlamalarının da sınırlanması ilkesidir.¹⁷ Hukuk Devleti, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlettir.¹⁸

Anayasanın “Cumhuriyetin nitelikleri” kenar başlıklı 2. maddesinde ise Türkiye Cumhuriyeti; “toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve **sosyal bir hukuk Devleti**” olarak tanımlanmıştır. Yine “hukuk devleti” kavramının önemi gereği Anayasa m.5 hükmü ile Devletin temel amaç ve görevleri arasında “kişinin temel hak ve hürriyetlerini, **sosyal hukuk devleti** ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak” sayılmıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu hukuk devleti ilkesini sosyal devlet ilkesi ile bilinçli olarak bir arada zikretmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devleti ilkesini: “Her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, kazanılmış haklara saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, bütün eylem ve işlemleri Anayasa ve hukuk kurallarına uygun ve yargı denetimine açık bulunan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlet olarak tanımlamaktadır.”¹⁹

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında hukuk devleti ilkesini şu şekilde tanımlamıştır: “Hukuk devleti insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde, kanun koyucu organ da dahil olmak üzere, Devletin, bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hakimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama

¹⁷ Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, Çev: Ahmet Mumcu, İnkılâp Yayınları, İstanbul, 2002, s. 208-220.

¹⁸ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 19. Baskı, Bursa, 2015, s.82.

¹⁹ Anayasa Mahkemesinin 14.01.2003 gün ve 2001/34 Esas, 2003/2 Karar sayılı kararı. (Murat Aydın *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.24)

faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lazımdır.”²⁰

Bilindiği üzere hukuk devleti ilkesinin gerekleri şunlardır:²¹

- İdare yargısal denetime tabi olmalıdır,
- Hâkimler bağımsız ve teminatlı olmalıdır,
- İdari faaliyetler önceden bilinebilir olmalıdır,
- Hukuki güvenlik ilkesi mevcut olmalıdır,
- İdarenin mali sorumluluğu mevcut olmalıdır.

Yargıtay 7.Ceza Dairesinin 20.06.2005 tarihli, 2003/13539 E., 2005/8098 K. Sayılı kararında: “Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı gibi bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu bağlamda Devlet, vatandaşına her an gözaltına alınabileceği, sorgulanabileceği, evinde arama yapılabileceği endişesini yaşatmamalıdır. Aksine, güvenlik içerisinde özgür ve onurlu bir ortamda yaşam sunmayı amaçlamalıdır.”²²

Hukuk devleti ilkesinin içeriğini oluşturan ve yukarıda saydığımız diğer alt ilkeler, “hukuk devleti” soyut kavramını somutlaştırabilmek ve hayata geçirebilmek için uygulanması gereken ilkelerdir. Ceza muhakemesi uygulamasında bu genel ilkelerle bireyin temel hak ve özgürlükleri arasındaki hassas denge sağlanarak en ideal uygulamalara erişilebileceği kanaatindeyiz. Her uygulama kendi içerisinde, bir kesesi birey yararı diğer kesesi de kamusal yarar olan teraziye konarak dikkatle tartılmalıdır. Ceza Muhakemesinde hukuk devleti ilkesi uygulamasının bir sonucu olarak, koruma tedbirlerine, kanuni şartlarına uyularak ancak devletin temel görevlerinden olan toplumsal düzen ve güvenliğin sağlanması için başvurulmalıdır.

²⁰ Anayasa Mahkemesinin 11.10.1963 gün ve 1963/124 E. sayılı kararı. (Şeref Gözübüyük *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.1)

²¹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 19. Baskı, Bursa, 2015, s.83.

²² Sinerji Hukuk Yazılımları, (Erişim: 20.04.2015). Benzer karar için bkz.Y.7.CD. 22.06.2005, 2003/17151, 2005/8610 kararı.

1.3.2 İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi

İnsanların yaşamlarını işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı bir cezaya veya muameleye uğramaksızın sürdürebilmesi, demokratik ve uygar toplumların benimsediği en önemli değer yargılarından birisidir.²³ Anayasa'nın 2.maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti "insan haklarına saygılı" bir devlettir. Yine Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" kenar başlıklı 17.maddesi; "*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.*" hükmünü amirdir.

İnsan hakları kavramının temelinde insan onuru vardır ve pek çok uluslararası belgenin konusu haline gelmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "İşkence Yasağı" kenar başlığını taşıyan 3.maddesi "*Hiç kimseye işkence yapılamaz, insanlık dışı ya da küçültücü ceza veya muamele uygulanamaz.*" hükmünü amirdir. Bu hak mutlak niteliktedir, olağan, olağanüstü dönem ayrımı yapılmaksızın bu hakka istisna getirilemez. (Bu hakkın temelini 1215 tarihli Magna Carta'nın "kişilerin herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılmayacağını" düzenleyen 39.maddesi oluşturmaktadır.) bu madde hükümlerinin daha etkin bir şekilde uygulanabilmesini sağlamak üzere de 1987'de imzaya açılıp 1989'da yürürlüğe giren Türkiye'nin de katılmış olduğu "İşkence ve Gayriinsanî ya da Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" vardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insanlık dışı muamele kavramını belirtmek için "fiziki kuvvet kullanımı" kavramını kullanmaktadır.²⁴

Anayasa Mahkemesi bir kararında insan onurunun ne olduğunu şöyle tanımlamıştır: "İnsan onuru, insan ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce ve muamele, ona muhatap olanı insan olmaktan çıkarır. İnsan onuru kavramını, toplumların kendi göreneklerine, geleneklerine ve topluluk kurullarına göre saygıya değer olabilmesi

²³ Enver Bozkurt *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara, 2006, s.158.

²⁴ Bozkurt, a.g.e., s.162-165.

için bir insanda bulunması zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir.”

25

Arama koruma tedbirinin uygulamasında, bu evrensel ilkeyi sağlamak amacıyla, - özellikle kolluk kuvvetleri açısından- insan onurunu kıracak davranışlardan - örneğin; fiziki kuvvetle arama yapmak ya da kişiyi çıplak bırakacak şekilde arama- kaçınmak önem arz etmektedir. Öte yandan yanlış bir arama uygulaması, kişilerin vücut dokunulmazlığı, özel hayatına ve konutuna saygı gösterilmesini isteme hakkının da ihlaline yol açabilmektedir. Ancak bu ihlal; kanunla düzenlenmiş bir kurala dayalı olduğundan ve belirlenen amaçlar için yapıldığından meşru sayılmaktadır. Nihayetinde arama kararı verenler ve bu kararı icra edenler amaca uygun ve amaçla oranlı bir biçimde davranarak ihlali en az düzeyde bırakmalıdır.²⁶

1.3.3 Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

Özel hayat, kişinin, mutlak dokunulmazlığa sahip olduğu, kamunun işgaline açık olmayan, son derece geniş yorumlanması gereken hayatıdır. Uluslararası İnsan Hakları Hukuku bağlamında özel hayat ise bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini gerçekleştirme ve geliştirme için diğer kişilerle özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkıdır.²⁷ Özel Hayatın Gizliliği, kişiye bağlı, vazgeçilemez, devredilemez bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre özel hayat, “yabancı gözlerden uzak yaşamayı isteme hakkı”ndan daha geniş olup, “bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmek için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkı”dır.²⁸

²⁵ Anayasa Mahkemesi, T. 28.06.1966, E. 1963/132, K. 1966/29, AMKD, S. 4, s. 187. (Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s. 26.)

²⁶ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 25.

²⁷ Enver Bozkurt, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara, 2006, s.197-198.

²⁸ Veli Özer Özbek, a.g.e., s. 28.

Anayasa Mahkemesi'nin 22.02.2006 tarih ve 2003/29, 2006/24 sayılı kararında da; özel yaşamın dokunulmazlığının temel haklardan olduğu ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyannamelerde ve sözleşmelerde yer aldığı, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunduğu belirtilmiştir.²⁹

Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1987 tarih ve 1986/24 E., 1987/8 sayılı kararında; insanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı, onun kişiliği için temel bir hak olup, yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin ve dolayısıyla toplumun kendini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir. Bu nedenlerle söz konusu gizliliği çeşitli biçimde ihlal eylemleri suç sayılarak ceza yaptırımlarına bağlanmıştır.³⁰

Anayasa Mahkemesi'nin 22.02.2006 tarih ve 2003/29 E., 2006/24 K. Sayılı kararında; Anayasa'nın 20.maddesi gereğince özel hayatın gizliliği esastır. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça dokunulamaz. Özel yaşamın dokunulmazlığı temel haklardandır ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur.³¹

Anayasa, 20 "Özel hayatın gizliliği", 21 "Konut dokunulmazlığı" ve 22 "Haberleşme hürriyeti" maddeleri ile bu temel hakları düzenlemiştir. Anayasa

²⁹ Aktaran: Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2014, s.352-353.

³⁰ Aktaran: Emine Cin, "Kamu Düzeni, Kolluk Faaliyeti ve Arama Yetkisi", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.1115.

³¹ Aktaran: Cin, a.g.m, s.1115-1116, Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 223-233.

m.20'ye göre (Özel hayatın gizliliği): “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine 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 üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”

Anayasa m.21'e göre (Konut dokunulmazlığı): “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. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”³²

Anayasanın bu düzenlemesi ile evvelce (2001 öncesi) var olan istisnalar da kaldırılarak sadece “hâkim kararı” ve “yazılı emir” ile aramaya izin verilmesi, kolluk yetkilerinde önemli bir daralma olarak nitelendirilmişse de, aksine yetkilerin alanı belirlenmiş, kolluğun hâkim kararı ve yazılı emir almadan arama yapma yetkisi zaman ve yer bakımından sınırlandırılmış, fakat yetki tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Savcı emrinin veya kolluk amirinin yazılı arama emrinin hakim onayına sunulması düzenlenmemiştir. Bu boşluk Anayasa'nın kendiliğinden uygulanabilecek nitelikteki hükmü ile doldurulmalı ve bu tür emirler derhal hakim

³² Konut; Türk Dil Kurumu sözlüğünde bir insanın yatıp kalktığı, iş zamanı dışında eğleştiği ya da tüzel kişiliği olan bir kuruluşun bulunduğu ev, apartman gibi yer olarak tanımlanmıştır.

onayına sunulmalıdır.³³ Bize göre de Türkiye kolluğunun **kabarık sabıka dosyası** göz önüne alındığında mevcut sınırlamalar çok görülmemeli, aksine yeni sınırlayıcı düzenlemelerle kolluk uygulamalarında yorum ve serbestiye açık alanlar daraltılmalıdır. Zira yasal sınırlamalara tabi kılınmış mevcut haliyle dahi, güncel vakalarda Türkiye kolluğunun ne kadar acar olabileceğine şahit oluyoruz. Bu nedenle kolluk yetkililerinin muhakeme alanındaki normlaşmalar karşısında “elimiz kolumuz bağlanıyor”³⁴ yakınmalarının gerçeği yansıtmadığı kanaatindeyiz.

Kanaatimize paralel bir görüşe göre; “Ceza muhakemesi kanunlarının görevi suçu önlemek değil; bir suç işlendiği iddiası karşısında yapılacakları öngörmektir. Başka bir ifade ile CMK, suçtan önce değil; suç işlendikten sonra uygulanacak hükümleri ihtiva eder. Bu nedenle, CMK’nın suçların önlenmesini zorlaştıracığı hatta engelleyeceği iddiası mesnetsizdir.”³⁵

Diğer taraftan Anayasa m.22’ye göre: Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 134.maddesi de özel hayatın gizliliğini ihlali cezalandırmıştır. Özel hayatın gizliliğine müdahale edilemeyeceğine dair ilke, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nu genel gerekçeleri arasında da yer almıştır.³⁶

AİHS 8.maddesi de, Anayasa’daki ve yasalardaki düzenlemeler paralelinde hükümler taşımaktadır. AİHS, “Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı” kenar başlıklı 8.maddesine göre: “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi sağlığın

³³ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 551-552.

³⁴ <http://www.gazetevatan.com/polis-endiseli-44934-gundem/>, (İstanbul Emniyet Müdürü Celalettin Cerrah’in açıklaması, 18.01.2005), (Erişim:01.11.2015)

³⁵ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 495.

³⁶ Şemsettin Aksoy, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara, , 2007, s.31.

veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak şartıyla” söz konusu olabileceği hükme bağlanmıştır.

AİHM, **Oesterwijk-Belçika kararında**; “özel hayatına saygı kişinin kamuoyundan gizli olarak yaşamasının korunması hakkıdır. Bu hak bir dereceye kadar bireyin kişiliğini geliştirmesi açısından, diğer insanlarla ve özellikle duygusal alanda ilişkiler kurup geliştirmesini de kapsar” şeklinde özel hayatın önemini vurgulamıştır.³⁷

Funke/Fransa (10828/84, 25 Şubat 1993) davasında; AİHM aramada keyfiliği önleyecek yeterli güvencelerin olmadığı sonucuna varmış ve özel yaşamın ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu sonuca ulaşırken AİHM’nin dikkate aldığı öğelerden biri de, Funke’ye herhangi bir suç yöneltilmemesiydi. Söz konusu tarihte ... gümrük makamları çok geniş yetkilere sahipti; özellikle, denetlemelerin amaca uygunluğunu, sayısını, süresini ve derecesini değerlendirme hususunda münhasır yetkiye sahiplerdi. En önemlisi, adli bir güvence olmaksızın, hukukun sağladığı ve Hükümet’in vurguladığı kısıtlamalar ve koşullar ... başvuranın haklarına, izlenen meşru amaçla orantılı olmalarını sağlamak üzere edilen müdahale için fazla gevşektir ve yasa boşluklarıyla doludur. Mahkeme arama için mahkemeden yetki alınmasının gerekli olduğunu belirtmiş olmasına rağmen, sadece mahkemeden arama kararı alınmış olması 8. Madde 2.fıkraya uyum için yeterli görmemiştir. AİHM aynı görüşü **Ernst/Belçika (2003) davasında** da yinelemiştir.³⁸

AİHM kararlarında arama koruma tedbirinin özel hayatın gizliliğine müdahale niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme, somut olayda, kısıtlayıcı tedbirin kanunla düzenlenmiş olup olmadığını, kısıtlama ile (arama) güdülen amacın meşru olup olmadığını, müdahale teşkil ettiği iddia edilen işlemin “demokratik bir

³⁷ Enver Bozkurt *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara, 2006, s.198.

³⁸ İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.16, Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*”, TBB Yayınları, Ankara, Kasım, 2008, s.76.

toplumda gerekli” olup olmadığı, ilgili ülke mevzuat ve uygulamalarının kötüye kullanmalara karşı uygun ve etkin koruma mekanizmalarına dayanıp dayanmadığı incelenir. Ülke mevzuatında öngörülen sınırlama ve şartların kişilerin haklarına müdahale ile meşru amaç arasında olması gereken orantıyı sağlayabilecek şekilde olup olmadığını inceler.³⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 29.11.2005 tarih ve 2005/7-144 E., 2005/150 K. sayılı kararında; “Arama, gizli olan bir şeyi ortaya çıkarabilme faaliyeti olduğuna göre bu durum, özel hayatın gizli alanına girmek demektir. AİHS.nin 8., Anayasa'nın 20 ve 21.maddeleri ile koruma altına alınan kişinin temel hak ve özgürlükleri olan özel hayatın gizli alanı ve konut dokunulmazlığı hakkına arama yoluyla yapılacak müdahalenin de usul ve esaslarının Sözleşme ve Anayasa'nın ilgili maddelerine göre kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.” hükmüne varmıştır.⁴⁰

Uluslararası hukuktaki ve iç hukuktaki sınırlamalara uygun olarak arama koruma tedbiri yerine getirilmelidir. Özel hayatın gizliliği ancak bir kanun hükmüyle daha üstün bir yarar için ihlal edilebilir. Tüzük veya yönetmelik hükümlerine dayanılarak arama işlemi yapılamaz. Arama konusundaki kanun hükümlerinin uygulama biçimini kanuna uygun olarak açıklayan yönetmelik (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği) bu söylemin dışındadır.⁴¹

1.3.4 Ölçülülük İlkesi

Anayasa m.13'de yapılan 2001 değişikliğiyle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine uyulması şartı getirilmiştir. Ölçülülük ilkesi anayasal boyutta; sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye

³⁹ MIAILHE/Fransa kararı. (No:1), 12661/87, 25.02.1993. (Kararı aktaran: Hüsnü Aldemir *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.10-14.)

⁴⁰ www.yargitay.gov.tr (03.11.2012), Murat Aydın *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009. s.254-272, Yakup Kararı.

⁴¹ Aydın, a.g.e., s.27.

elverişli olmasını, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder.⁴²

Ceza muhakemesinde ölçülülük ilkesi; bir ceza muhakemesi işleminin yapılması ile ulaşılmaması umulan yarar ve ortaya çıkması olanak içinde bulunan zarar arasında bir oranın bulunması, oransızlığın bulunması halinde bu işlemin yapılmamasını ifade eder.⁴³

Arama tedbirinden beklenen yararın, temel hak ve özgürlüklere verilmesi muhtemel zarardan fazla olması ölçülülük ilkesinin gereğidir. Dolayısıyla arama kararının, aranacak kişi veya delili olabildiğince açık olarak göstermesi; basit suçlar için arama tedbirine başvurulmaması; başvurma zarureti var ise bunun yakalama amacıyla değil, delil elde etme amacıyla gerçekleştirilmiş olması; diğer taraftan, suçun ağırlığının yanında, elde edilmek istenen delilin hüküm açısından önem arz etmesi ölçülülük ilkesine örnek gösterilebilir.⁴⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Ölçülülük İlkesi” ile ilgili bir kararına değinecek olursak, **AİHM Turhan Davasında:** “...demokratik bir toplumda gereklilik tespitinin AİHM’nin şikayetçi olunan müdahalenin mecburi bir toplumsal gerekliliğe cevap verip vermediğini, bunun, takip edilen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve ulusal mercilere bu müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığını belirlenmesini şart koştuğunu belirtmiş, sonuç olarak yerel mahkemelerce öne sürülen gerekçelerin başvuranın ...özgürlüğüne yapılan müdahale için yeterli ve uygun gerekçeler olarak görülemeyeceğini tespit etmiştir. Dolayısıyla yerel makamlar ilgili çıkarlar arasında adilane bir denge kurmamışlardır” demiştir.

⁴² Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2012, s.114.

⁴³ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 33.

⁴⁴ Özbek, a.g.e., s. 33.

Böylece AİHM temel hak ve özgürlüklerin koruduğu değer ile kişiliğin korunmasındaki değer arasında bir adil dengenin olması gerektiğini, bunun ihlalinin AİHS'ye aykırı olacağını kabul etmiştir.⁴⁵

Buck/Almanya Davası'nda (41604/98, 28 Nisan 2005); arama ve elkoyma emrinin, izlenen meşru amaçla orantılı olması hususunda AİHM, içtihadında tespit edilen ilgili kriterleri göz önüne alarak arama ve elkoymanın öngörüldüğü suçun, yalnızca bir trafik kuralının ihlaline ilişkin olduğunu gözlemlemektedir. Bu tür bir düzenlemenin ihlali, fazla önemi olmayan hafif bir suçtur. Bu nedenle Almanya Hukuku uyarınca cezai suç kategorisinden çıkarılmıştır. Mevcut davada risk teşkil eden husus, daha önce trafik kurallarını ihlal ettiğine ilişkin sabıkası olmayan bir kişinin mahkum edilmesidir. Ayrıca suç, başvurana ait şirketin arabası ile işlenmiş olsa dahi arama ve elkoymaya ilişkin kovuşturma başvurusuna karşı değil, başvurusunun oğluna yöneltilmiştir. Dolayısıyla başvuru söz konusu yargılama açısından üçüncü kişidir. Son olarak...başvurusunun iş ve ikamet yerinin aranmasının aleniyetinin, şahsi itibari ve sahip olduğu ve yönettiği şirketin saygınlığı üzerinde negatif etkileri olabildiğini gözlemlemiştir. Bu bağlamda bir ihlal ya da suç işlediği hususunda başvurandan bizzat şüphe edilmediği hatırlatılmalıdır. Söz konusu arama ve elkoymanın, üçüncü tarafın işlediği iddia edilen, bir düzenlemenin önemsiz şekilde ihlal edilmesi ile bağlantılı olarak öngörüldüğü ve başvuranın şahsi ikamet yerinde yapıldığı göz önüne alındığında AİHM, müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olduğunun kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır.⁴⁶

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2009/7-160 E., 2009/264 K. sayılı kararında ölçülülük ilkesinden şu şekilde bahsetmiştir: "Her somut olayda mahkeme bir değerlendirme yapacaktır. Buna göre delil elde etmeyi kısıtlayan hükmün korumak isteği hukuki menfaat ile fiilin aydınlatılmasındaki toplum menfaatini karşılayacaktır. ...Hâkim takdir hakkını kullanırken, "sanığın temel haklarının" yapılan işlem ile ihlal edilip edilmediğine bakmalı ve Anayasal hak ihlal

⁴⁵ Turhan Davası, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/48176-99.pdf>, (20.11.2012).

⁴⁶ İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.16, Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları", TBB Yayınları, Ankara, Kasım, 2008, s.77-78.

edilmiş olduğunu saptadığında da sanığın işlediği suçun, topluma vermiş olduğu zarar ile, delil toplanırken devlet güçlerinin sanığa ait Anayasal hakkı ihlal etmiş olmalarından doğan toplumsal zarar karşılaştırılmıştır. Sanığın topluma verdiği zarar daha büyük ise ve 148. maddede olduğu gibi açıkça yasaklanmış bir delil de söz konusu değil ise, hukuka aykırı nitelik taşıyan delili, hâkim hüküm verirken kullanabilir...⁴⁷

1.3.5 Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Arama koruma tedbirine maddi gerçeğin araştırılması için başvurulur. Dolayısıyla gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkarılması amacıyla yapılır. Duyu organlarıyla algılanabilen ya da açıkta olan bir durum için arama koruma tedbirine başvurulmaz. Örneğin; üzerindeki silah görünen bir kimsenin bu silahının alınması arama olmadığı gibi, yakalanmış bulunan kimsenin üzerinde iç kısımlara bakmaksızın sıvazlama yöntemiyle silah vb. şeylerin bulunup bulunmadığının kontrolü de arama değildir. Dolayısıyla bunlar hâkim veya savcı kararı olmaksızın kolluk tarafından da yapılabilir.⁴⁸

1.4 Arama Çeşitleri

1.4.1 Önleme Araması

Önleme araması; Anayasa'nın 20, 21, 22.maddelerinde belirtildiği gibi, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin (kaymakam, vali) yazılı emriyle belli yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel

⁴⁷ Sinerji Hukuk Yazılımları, (Erişim: 20.04.2015), Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 286-304, Sahte Rakı Kararı.

⁴⁸ Hakan Hakeri, Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.187.

kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemi şeklinde tanımlanabilir (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.19).

Önleme araması, suç işleneceğine dair bir şüphe üzerine suç işlenmeden önce önleme-caydırma maksadıyla ya da suç işleneceğine dair bir şüphe mevcut olmadığı halde sadece düzenleme, potansiyel failleri caydırma ve önleme amacıyla yapılır. Önleme aramasına, İdari arama, arama-tarama ve uygulama da denilmektedir.⁴⁹

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 9’uncu maddesinde “*Önleme araması*” aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir. M.9: “Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar. Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir...Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır. Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır. Önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir.”

Önleme araması bakımından, PVSK’nın 9.maddesindeki “...usulüne göre verilmiş hakim kararı...” ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek, Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, önleme aramasındaki itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 20.maddesine aykırı olmadığına, aksine m.20

⁴⁹ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2012, s. 366, Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, *Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı II; Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.135, Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 242, Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Bası, 2004, s. 374.

hükümünün sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahip olduğuna hükmetmiştir ve bu nedenle de itirazın reddine karar vermiştir.⁵⁰

PVSK'da mülki amirin yazılı olarak arama emri vermesi halinde bu emrin hakime onaylatılması öngörülmemiştir. Oysaki Anayasa m.20/2 açıkça yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulması ve hakiminde elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde kararını açıklaması öngörüldüğü için önleme aramasında da adli bir makam olan hakimın karar vermesi veya Anayasa m.20/2 ve 21 hükümleri uyarınca verilen idari kararın hakim tarafından onaylanması aranmaktadır.⁵¹

Yenisey/Nuhoğlu; önleme aramasındaki gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirden yazılı emir alınması şartını eleştirmiş, mülki amirden yazılı emir alınıncaya kadar geçecek dakikalar içinde çarşıdaki bomba patlayabilir demiştir. Halen patlamalar önlenabiliyorsa, bu önleme kanunların uygulanmaması yolu ile temin edildiğini ve uygulanabilecek istisnalara olanak sağlayan yasal düzenlemelerin yapılması, uygulamanın yargı tarafından denetlenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁵²

Bu görüş vakalara erken müdahale ve önlem açısından desteklenebilirse de, kolluğa yetki verildiği takdirde kolluk uygulamalarında sıklıkla görüldüğü gibi kötüye kullanımlara neden olacağı açıktır. Kamu yararı söz konusu olduğu takdirde zaten mevzuat dışına çıkılarak ivedi hareket edildiğini Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'da

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi 22.02.2006 tarih ve 2003/29, 2006/24 sayılı kararı. (Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kambur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlket Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2014, s.352-353.)

⁵¹ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2012, s. 366, Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, *Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı II; Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.135, Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 496, Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 242, Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Bası, 2004, s.375.

⁵² Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.544.

belirtmiştir.⁵³ Ancak bu istisnai durum yazılı hale gelecek olursa insan hakları açısından büyük zararlar doğuracak uygulamalara şahit oluruz.

Geçmiş pratiklere yönelik gerçekçi bir ara değerlendirme yapacak olursak, kolluğun büyük zarar doğuran uygulamalarıyla karşılaştığında yargının etkinliğinin zayıflaması, idare karşısında hak aramanın zorluğu, maalesef ki gelenekselleşmiş bir Türkiye gerçeğidir. Bu nedenle kolluk takdirine bırakılan alanların daraltılması, kolluk yetkilerinin azaltılması gerekmektedir. Diğer taraftan önleme aramasının nerelerde yapılacağı hususu PVSK ve AÖAY ilgili maddelerinde belirtilmiştir. Şöyle ki; PVSK m. 9 ve AÖAY. m. 19'a göre önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir:

a. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yer veya yakın çevresi,

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

c. Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerler,

d. Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisi, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerleri,

e. Umumî veya umuma açık yerler,

f. Her türlü toplu taşıma araçları, seyreden taşıtlar,

g. Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışları,

⁵³ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 17. Bası, İstanbul, 2010, s. 282.

h. 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde,

i. 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 6. maddesi kapsamında gerçekleştirilen spor müsabakalarıyla ilgili olarak, müsabakaların yapılacağı spor alanlarının çevresi, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişleri,

Spor müsabakalarının yapılacağı spor alanına, güvenlik güçlerince gerçekleştirilecek kontrolden sonra seyirci alınır. Spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde, müsabakayla ilgili olarak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hâllerde mülkî âmirin yazılı izni ile kolluk tarafından veya kolluğun denetiminde, özel güvenlik görevlilerince üst araması yapılır ve 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun amacına aykırı madde ve cisimler geçici olarak koruma altına alınır (AÖAY m.23).

j. 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 20. maddesi kapsamında, dernekler veya eklentileri,

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 hâllerde mülkî âmirin yazılı emri bulunmadıkça, kolluk kuvvetleri, dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz. El koyma söz konusuysa, mülkî âmirin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, el koyma kendiliğinden kalkar. Hâkim kararı, mülkî âmir tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur (AÖAY m.22).

Yukarıda sayılan yerler sınırlı olup, bu yerler dışında kalan yerlerde önleme araması yapılamaz. Bu sayma sınırlı bir sayma olmasına rağmen, arama talebinde belirtilen ve önleme amaçlı olmak üzere aramanın yapılacağı yerin, yukarıda sınırlı bir şekilde sayılan yerlerden olup olmadığına, arama kararını verecek olan (hakim

veya mülki amir) makam tarafından değerlendirilecektir.⁵⁴ Yönetmelikte sayılan bu yerlerin dışında da bazı yerlerde (örneğin; havaalanlarında, nezarethanelerde, cezaevlerinde vs.) yapılacak önleme aramaları kendi özel kanunlarında düzenlenmiştir.⁵⁵

Diğer taraftan PVSK m.9 ve Yönetmelik m.19 hükmü gereği, konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz. Ancak kolluk, imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, işyerlerine ve eklentilerine girebilir. (PVSK m.20/1) Bu halde kolluk, somut olayın şartları gözetilerek girmiş olduğu ev içerisinde önleme niteliğinde olan sınırlı bir arama yetkisinin de olduğu kabul edilir.⁵⁶

Kolluğun bir arama emri veya kararı gerekmeksizin arama yapabileceği haller AÖAY 8, 9 ve 25.maddesinde sayılmıştır:

a. Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada,⁵⁷

⁵⁴ Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.123.

⁵⁵ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.102.

⁵⁶ Aldemir, a.g.e., s.123.

⁵⁷ Danıştay Onuncu Dairesinin 13/3/2007 tarihli ve E.:2005/6392, K.: 2007/948 sayılı Kararı ile bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada..." ibaresi, (f) bendinde yer alan "ilgilinin rızası ile" ibaresi ile 30 uncu maddesinin birinci fıkrası iptal edilmiş; yapılan temyiz sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E.: 2007/2257, K.: 2012/1117 sayılı Kararı ile İptal Kararı onanmıştır.

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

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

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

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

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

g. 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 18 inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek ve bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurulmasında ve bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,

h. 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 çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için,

Bu fıkra AÖAY m.8/f'ye denk gelmektedir. Türk hukukunda, bir arama yöntemi olarak, rıza ile arama, 2003 ve 2005 tarihli Arama Yönetmeliği ile kolluğun imkanına sunulmaya çalışılmıştır. Bu hükümler ile rızanın alınması koşulu ile kolluk memuruna kendiliğinden adli arama yapma yetkisi tanınmaya çalışılmıştır. Fakat Danıştay 2003 tarihli ilk Arama Yönetmeliğinde olduğu gibi, 2005 tarihli ikinci Arama Yönetmeliğinin de “rıza dayanan arama” yöntemine yer veren hükümlerini iptal etmiştir. İptal edilmiş bu hükümler ile kolluk memurunun kendiliğinden arama yapamayacağı açıktır.

8. maddenin (a) ve (c) bentleri ile (f) bendindeki “ilgilinin rızası ile” ibaresinin, 27.maddesinin ve 30.maddesinin 1.fıkrasının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle İstanbul Barosu Başkanlığı tarafından Adalet ve İçişleri Bakanlığı hasım gösterilerek açılan davada; Danıştay 10.Dairesinin 19.01.2006 tarihli ve 2005/6392 Esas sayılı kararı ile dava konusu yönetmeliğin 8.maddesinin (a) bendindeki “...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada,” ibaresi ile 30.maddesinin 1.fıkrasının ve 8.maddesinin (f) bendindeki “...ilgilinin rızası...” ibaresi iptal edilmiştir.

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

8.maddesinin (a) bendindeki ...ibaresinin ve...8.maddenin (f) bendindeki “ilgilinin rızası” ibaresinin yürütmenin durdurulması talebinin kabulüne karar verilmiştir.⁵⁸

Sonuç olarak Danıştay Onuncu Dairesinin 13/3/2007 tarihli ve E.:2005/6392, K.: 2007/948 sayılı Kararı ile 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada...” ibaresi, (f) bendinde yer alan “ilgilinin rızası ile” ibaresi ile 30 uncu maddesinin birinci fıkrası iptal edilmiş; yapılan temyiz sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E.: 2007/2257, K.: 2012/1117 sayılı Kararı ile İptal Kararı onanmıştır. Bize göre bu olumlu bir karardır. Genel olarak konut, işyeri gibi kapalı alanlarda yapılan aramaya ilişkin hükümlerin, kişilerin özel hayatına ait yerler olması ve temel hak ve özgürlüklere yaptığı müdahale nedeniyle hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri bulunan kişinin yakalanması amacıyla yapılan aramalarda da geçerli olması gerekmektedir. Ayrıca bu aşamada sağlanan rızanın da özgür iradede doğamayacağı, kötü muamele bulunmasa dahi kişinin içinde bulunduğu ruhsal baskı haliyle sağlıklı bir irade sergileyemeyeceği nedeniyle de “ilgilinin rızası” ibaresinin de iptali hükmünü uygun değerlendiriyoruz.

Kanaatimizce birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceğinden, Anayasanın sıkı bir şekilde sınırlama ölçütlerine bağladığı temel haklardan olan “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı” hakkından vazgeçilmesi anlamına gelen “rıza” müessesesi, bu hakların ihlalini kolaylaştıracak ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabilecektir. Bu sebeplerle “rıza ile arama” ya mevzuatımızda, yer verilmemesi gerekir.

i. Suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için,

⁵⁸ Konuyla ilgili karar metnine ve Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 06.03.2006 tarih ve 9533 sayılı yazısı metnine ulaşmak için bkz.<http://www.cigm.adalet.gov.tr/duyurular/2007/yakalama.pdf>, (Erişim tarihi: 15.04.2015).

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

k. 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ek 1 inci maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında,

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

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

n. Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında,

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 4.maddesinde muhafaza altına alma; “kanunun yetki verdiği hallerde yetkili merci önüne çıkarılması gereken kişilerin ilgili kurumlar veya kişilerce teslim alınana kadar, sağlıklarına zarar vermeyecek şekilde ve zorunlu olduğu ölçüde özgürlüklerinin kısıtlanıp alıkonulmasını ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır.

YGAİAY m.5'e göre; Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla belirtilen esaslara uygun olarak, alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu ve uyarıcı madde veya alkol tutkunu, serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişiler, kolluk tarafından yakalanarak gözaltına alınabilirler. Yine, haklarında mahkemece çocuk bakım ve yetiştirme yurtlarına veya

benzeri resmî veya özel kurumlara yerleştirilmesine veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen çocuklar (YGAİAY. m. 5-i) ve usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren veya hakkında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınan kişiler (YGAİAY. m. 5-h) de muhafaza altına alınabilir.

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

p. Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontrollerde.

Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20.maddesi sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hakim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez.⁵⁹ Bu nedenle bize göre yukarıda sayılan durumlarda da hakim kararı güvencesi bulunmalı ve önleme araması yapılabilmesi için karar alınması gerekmektedir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.18’de, idari aramadan farklı olarak “denetim” adı altında kolluğun kendiliğinden yapabileceği işlemlerden bahsedilmektedir. Denetim yapılacak haller, teknik anlamda arama sayılmadığından, doğal olarak Anayasa’nın koruduğu alan dışında kalmaktadır. Kimlik sorma, ehliyet ve ruhsat kontrolü, hava alanlarında yapılan kontroller, PVSK’dan kaynaklanan diğer “denetim yetkileri” bunlara örnek olarak sayılabilir.⁶⁰

⁵⁹ Emine Cin, *Kamu Düzeni, Kolluk Faaliyeti ve Arama Yetkisi*, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.1121.

⁶⁰ Mustafa Gedikli, *Durdurma Kontrol Arama ve Yakalama Uygulamaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.26.

Arama yönetmeliğinde kolluk tarafından kendiliğinden denetim yapılabilecek haller sayılmıştır. Bu haller şunlardır:

a. Umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılan, 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 kasti olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zekâ geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet kafeler ve benzeri yerler ile sabit veya seyyar olarak kullanılan kara, deniz, hava ve her çeşit taşıma araçlarındaki bu tür yerlerin genel güvenlik ve asayiş yönünden denetimi,

b. Kumar oynanan umumî ve umuma açık yerler ile her çeşit özel ve resmî kurum ve kuruluşlara ait lokaller, mevzuata aykırı bir şekilde uyuşturucu madde imal edilen, satılan, kullanılan, bulundurulan yerler, mevzuata aykırı faaliyet gösteren genelevler, birleşme yerleri ve fuhuş yapılan evler ve yerler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlâka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya videobant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler, derneklere, sendikalara, loca ve kulüplere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile benzeri kurum ve kuruluşlara ait ve yalnız üyelerinin yararlanması için açılan lokallerden, birden fazla denetim sonunda ve yazılı ihtarla rağmen, iç yönetmeliğine aykırı faaliyet göstererek umuma açık yer durumuna geldiği tespit edilenlerin denetimi,

c. Yürürlükte bulunan hükümlere aykırı olarak işletilen yerler hakkındaki işlemler ile genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satan yerlerin denetimi,

d. Kanunlardaki istisnalar saklı kalmak üzere, onsekiz yaşından küçükleri çalıştırdığından veya onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girdiğinden şüphelenilen ve açılması izne bağlı bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kıraathane gibi oyun oynatılan benzeri yerlerin denetimi,

e. Suç işlenmesini önlemek için kişilerden kimlik sorma,

f. 26/6/1973 tarihli ve 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'nda belirtilen yerlerin denetimi,

1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'nun 1.maddesine göre; özel veya resmi, her türlü konaklama, dinlenme bakım ve tedavi tesisleri ve işyerleri ile konutlarda geçici veya sürekli olarak kalanlar, oturanlar, çalışanlar ve ayrılanlar ile araç kiralayan gerçek ve tüzel kişilerin kimliklerinin tespiti ve bildirilmesi bu Kanunun hükümlerine göre yapılır.

1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'nun 2.maddesine göre; Otel, motel, han, pansiyon, bekar odaları, kamp, kamping, tatil köyü ve benzeri her türlü, özel veya resmi konaklama yerleri ile özel sağlık müesseseleri, dinlenme ve huzur evleri, dini ve hayır kurumlarının sosyal tesislerinin sorumlu işleticileri, bu yerlerde ücretli veya ücretsiz, gündüz veya gece, yatacak yer gösterdikleri yerli veya yabancı herkesin kimlik ve geliş- ayrılış kayıtlarını, örneğine ve usulüne uygun şekilde günü gününe tutmak, genel kolluk örgütlerinin her an incelemelerine hazır bulundurmak, Devlet İstatistik Enstitüsüne, talebi halinde vermek zorundadırlar.

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

h. Doğal ve yapay göller ile su üstü ulaşımına imkân veren akarsularda su üstü araçlarının ve denizlerde deniz araçlarının ruhsat ve belgelerinin, su üstü araç sahip ve kullananları ile gemi adamlarının ehliyetleri, belgeleri ve deniz mevzuatında yer alan diğer belgelerinin denetimi,

i. Elektromanyetik aygıtlar ve dedektör köpekleri aracılığıyla yapılan tarama şeklindeki denetimler,

j. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 183 üncü maddesi kapsamında gürültü yapanların men edilmesi,

k. Hudut kapılarından giriş çıkış yapanların pasaport denetimleri.

Yukarıda belirtilen hallerde kolluk, denetim yapmak amacıyla hakimden karar veya mülki amirden yazılı emir alınması gerekli değil ise de denetimi aşan ve aramaya dönüşen faaliyetler denetim sayılmaz. Bu gibi hallerde adli veya önleme aramasından söz edilir.

Kolluğun denetim ve kontrol yetkisi, kolluğa arama yetkisi vermez. Örneğin; sınır kapılarında giriş çıkış yapanların pasaport denetimi yapıldığı sırada bir kişinin üstünde veya valizinde uyuşturucu, silah gibi suç teşkil eden bir eşyanın bulunduğu şüphelenmesi halinde, denetim işlemine son verip, gerekli önlemleri aldıktan sonra durum Cumhuriyet savcısına bildirilir. Arama kararı alınmadan, denetim ve kontrol yetkisine dayanılarak kişinin üst veya valizinde arama yapılamaz.⁶¹

Önleme araması konu başlığı altında bazı özel durumlara da değinecek olursak;

- Önleme amaçlı denetim ve kontroller genellikle kolluk güçleri tarafından yerine getirilmekte ise de özel alışveriş merkezlerinde veya özel işyerlerine girişte önleme amaçlı denetleme ve kontroller özel güvenlik görevlilerince yerine getirilmektedir. Özel güvenlik görevlileri, bu kontrol yetkilerini 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 7. ve AÖAY'nin 21.maddesinden almaktadır.⁶²

Özel güvenlik görevlileri AÖAY m.4'de tanımlandığı üzere; 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna göre valiliklerce çalışma izni verilen, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulanmasında kamu görevlisi sayılan ve görev alanlarında yetkili olan kişilerdir.

⁶¹ Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.139.

⁶² Aldemir, a.g.e., s.139.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 21.maddesinde özel güvenlik görevlilerinin kontrol yetkileri sayılmıştır:

a. Koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme,

b. Toplantı, konser, spor müsabakası, sahne gösterileri ve benzeri etkinlikler ile cenaze ve düğün törenlerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme,

c. Yangın, deprem gibi tabii afet durumlarında ve imdat istenmesi hâlinde görev alanındaki işyeri ve konutlara girme,

d. Hava meydanı, liman, gar, istasyon ve terminal gibi toplu ulaşım tesislerinde kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme.

Özel güvenlik görevlileri tarafından korunan özel işyeri konumundaki mekanlara girişte arama işlemine (dedektör veya metale duyarlı kapılar vs.) razı olmayan kişiler bu mekanlara alınmamaktadır.

Özel güvenlik görevlilerinin görev alanı içerisinde kişilerin üstlerini elle arama ve kıyafetlerini çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. Bu görevlilerin sadece kişileri duyarlı kapıdan geçirme ve üstlerini detektörle arama yetkisi bulunmaktadır. Genel kolluk kuvvetlerine derhal bildirmek şartıyla, aramalar sırasında suç teşkil eden veya delil olabilecek ya da suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek eşyayı emanete alma yetkisine sahiptir.⁶³ Yine özel güvenlik görevlilerinin kişileri yakalama yetkisi olmakla birlikte, sorgulama, ifade alma, olaya ilişkin tutanak imzalatma gibi yetkileri yoktur. Bu işlemlerin resmi kolluk görevlilerince yapılması

⁶³ Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.140.

gereklidir. Özel güvenlik görevlisinin yapabileceği şey, kişiyi yakalayıp durumu resmi kolluk görevlisine bildirmekten ibarettir.⁶⁴

- Önleme aramalarında elde edilen ve adli soruşturmalarda kullanılacak bilgi, bulgu ve şüpheliler hakkında 10.maddedeki aramada emir ya da karar kapsamı dışında elde edilen bulgular ve ele geçirilen kişiler hakkındaki hüküm uygulanır. Dolayısıyla usulüne uygun yapılan aramada;

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

b) Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek,

bir delil elde edilirse; bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. Hâkim kararı olmaksızın elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.

Bu tür aramada, aramanın amacı ve konusu dışında ele geçirilen ve haklarında tutuklama veya yakalama kararı bulunan kişiler, evrakıyla birlikte Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilir. Aramanın konusu ve kapsamı içinde olan, ancak suç unsuru oluşturmayan eşya, geçici olarak koruma altına alınır ve aramaya sebep teşkil eden husus sona erdiğinde ilgiliye teslim edilir.

- Durdurma ve kontrol işlemleri;

Durdurma, kişinin seyahat özgürlüğünü ilgilendiren bir konudur. Durdurma, bir yerden başka bir yere gitmekte olan kişinin geçici bir süre için bekletilmesi yani

⁶⁴ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.115.

seyahat hürriyetinin (Anayasa m.23/3) Anayasada belirtilen sebeplere uygun şekilde düzenlenmiş olan kanun (PVSK m.4/A) uyarınca sınırlandırılması demektir. Kolluk kuvveti, tehlike sinyallerini algılama çabasıyla görev yapar. Ama bu tehlike sinyalleri her zaman durdurma yetkisini doğuran “umma derecesinde makul bir şüphe”yi oluşturmaz. Tehlike sinyallerinin “umma derecesinde makul bir şüphe” oluşturması halinde kişi ya da araçlar durdurulabilir. Süreklilik arz edecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.⁶⁵

PVSK m.4/A hükmü gereği polis, kişileri ve araçları;

- a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,
- b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,
- c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,
- ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla durdurabilir.

Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir. Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz. Durdurma sebebini ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir.

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

⁶⁵ Mustafa Gedikli, *Durdurma Kontrol Arama ve Yakalama Uygulamaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 33.

alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.

AÖAY m.27 gereği, bir kişiyi geçici olarak durdurmak, yakalama sayılmaz; yakalama sayılması için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir. Denetim için araçların durdurulması da mümkündür. Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, "umma" derecesinde makul şüphe bulunmalıdır. Kolluk görevlisi, tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlarından, o kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde eder veya kişinin silâhlı olduğu ve hâlen tehlike yarattığı kanaatine varırsa kişi durdurulabilir. Somut emarelerle desteklenen şüphe bulunmadan, süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma ve kontrol işlemi yapılamaz.

Sebebin oluşmasına veya şüpheye yol açan davranışları hakkında, durdurulan kişiye sorular yöneltilebilir. Kişi bu sorulara cevap vermekle yükümlü değildir. Durdurma yetkisinin kullanılmasına neden olan şüphe, yapılan açıklama ile ortadan kalkarsa, kişinin gitmesine engel olunmaz.

Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır:

a) Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silâh bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası araması yapabilir.

b) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

c) Yapılan kontrolün konusu ve sebepleri ilgiliye açıklanır.

d) Bir kişinin veya aracın durdurulma süresinin, şartlara göre makul olması ve kontrol için ayrılan süreyi aşmaması gerekir.

e) Yoklama suretiyle kontrol, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılır.

f) Yapılan kontrolün neticesinde suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır.

g) Uyuşturucu gibi belirli bir şeyin, kişinin herhangi bir yerinde gizlendiği düşünülüyorsa, daha geniş çaplı kontrol yapılabilir.

h) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek kontrol yapılamaz.

i) Makul sebebi olduğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol yapılması için, kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.

j) Kontrolden sonra talep üzerine olay yerinde derhâl bir tutanak düzenlenir. Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir.

PVSK 4/A maddesinin altıncı fıkrasına **04.04.2015 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve “İç Güvenlik Paketi” olarak anılan 6638 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**’un 1.maddesi ile *“Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, 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 yapılabilir. Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir”* cümleleri eklenmiştir.

“İç Güvenlik Paketi” olarak anılan 6638 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un gerekçesi; *“Son zamanlarda meydana gelen toplumsal olayların terör örgütlerinin propagandasına dönüşmesi, göstericilerin vatandaşlarımızın can güvenliklerini ve vücut bütünlüklerini tehdit etmesi, kamuya ve özel kişilere ait bina, araç ve mallara zarar vermesi, hatta yağma girişimlerinde*

bulunması özgürlük-güvenlik dengesini bozmadan yeni tedbirler alınmasını zorunlu kılmıştır. Tasarı ile; - Suç işlenmesinin önlenmesi, vatandaşların kendilerini güvende hissetmelerinin sağlanması, can ve mal emniyetinin temin edilmesi, suçun aydınlatılması ve suçluların yakalanması gibi asli görevleri olan kolluk kuvvetlerinin durdurma, arama ve gözaltına alma, gerektiğinde silah kullanma gibi yetkilerinin yeniden düzenlenmesi öngörülmektedir” şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁶

Türk Ceza Hukuku Derneği ve Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği'nin “İç Güvenlik Paketi” ile ilgili hazırladıkları ortak raporda; 6638 sayılı Kanunun gerekçesinde her ne kadar “özgürlük – güvenlik dengesi bozulmaksızın” düzenlemelerde bulunulduğu defalarca ifade edilse de, söz konusu Kanunun hem anayasal anlamda bir geriye gidişe işaret ettiği, hem de Ceza Muhakemesi Kanunuyla çelişen düzenlemelere yer verdiği belirtilmiştir.

Aynı raporda; 1982 Anayasasının kendinden önceki döneme yansıttığı tepki gibi 6638 sayılı Kanunun da başlıca özelliğinin tepki ürünü olması, kanunun hemen her maddesinin 2013 ve devamında yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşlerine dönük tepkiyi yansıttığı ve bu anlamda da Anayasanın değişiklik öncesi metninin hazırlanış süreciyle benzerlik söz konusu olduğu belirtilmiştir.

Mezkur raporda Kanunda yapılan değişikliklerin, Anayasadaki temel hakların yanında devlet organları arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlerin esaslı bir bölümünü etkiler görüldüğü: kişinin yaşama ve maddi ve manevi varlığının bütünlüğü (md. 17), kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı (md. 19), özel hayata saygı hakkı (md. 20 ila 23 ve bazı durumlarda md. 17), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (md. 34), kanuni hakim güvencesi (md. 37), yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi (md. 9) ve adli kolluk yetkilerinin idari kolluğa aktarılması açısından da erkler ayrılığı ve hukuk devleti (Başlangıç, md. 2, md. 6), yetki saptırması (md. 14), olağanüstü yönetim usulleri (md. 120 ve 121 yönünden) belirtilmiştir.

⁶⁶ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss684.pdf> (Erişim: 23.01.2016).

Raporda PVSŞ m.4/A'nın altıncı fıkrasına eklenen cümlelerin Anayasası'nın Başlangıcına, 6., 7., 12., 17. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil ettiği, kişinin üstünün, eşyasının ve aracın dışarıdan görünmeyen bölümlerinin aranmasının keyfilige varan şekilde yürütme organına ve onun idaresinde bulunan kolluk kuvvetlerine bırakıldığı,yürütme organına tehlikenin bertaraf edilmesine ilişkin görevi sebebiyle tanınan müdahale yetkisinin kişinin onuruna yönelik bir tehdit içerdiği, bunun bir ihlale sebep olmaması ancak anayasalar ve bunlara uygun yasal düzenlemeler tarafından çizilen sınırlara uyulması ile mümkün olduğu belirtilmiş, madde de yer alan “İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar” ibaresinin, Anayasanın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olduğu aktarılmıştır. Zira yeni düzenleme ile getirilen arama yapma yetkisinin kim tarafından ve nasıl kullanılacağının belirlenmesi, yargıya ait münhasır alandan çıkarılıp yürütmenin alanına dahil edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Başka bir ifade ile kişinin genel olarak manevi ve maddi varlığına özel olarak da özel hayatına yönelik doğrudan müdahalelerin kaynağı kanun ve yargı kararı değil, yürütmenin düzenleyici işlemi ve yürütme teşkilatı içerisinde yer alan makamların kararı haline getirilmiştir. Polisin arama yapmasına ilişkin usuller kanunda değil, İçişleri Bakanlığı ifadesiyle, yürütme organının belirleyeceği esaslara göre olacaktır. Başka bir ifade ile polisin arama yetkisinin kaynağı kanundan kaynaklanmamaktadır, bu esaslar yürütmenin düzenleyici işlemi ile belirlenecektir. Bu durum, 1982 Anayasasının özgürlüklere kanunla sınırlama getirilmesi ilkesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca maddede yer alan “acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir” ibaresi, Anayasanın 6. ve 20. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Her acele hal, gecikmesinde sakınca bulunan hal anlamına gelmemektedir. 1982 Anayasasının özel hayatın gizliliğini korumaya aldığı 20.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yazılı emir kuralı, sözlü emre dayanak oluşturmaz.⁶⁷

Türk Ceza Hukuku Derneği ve Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği adına İbrahim Ö. Kaboğlu ve Fikret İlkiz tarafından hazırlanan rapora katılıyoruz ve raporda belirtildiği gibi; “6638 sayılı kanun özü bakımından kolluğa ve mülki amire

⁶⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, Fikret İlkiz, İstanbul, 25 Mayıs 2015, <http://www.tchd.org.tr/Uploads/dosyalar/RAPOR.pdf>, (Erişim: 23.01.2016).

çok geniş yetkiler vermektedir. Buna karşın, kolluğun adli işlem ve eylemlerini denetleyen savcının yetkileri kısıtlanmakta, hatta bu yetkiler çoğu yerde kolluk amirine verilmek suretiyle el değiştirmektedir. Bu durum, yapılan işlemlerin hukuki denetiminin sağlanması yönünden çok büyük eksikliklere neden olmuştur. Kolluğun fiillerinden doğan ağır insan hakları ihlallerinde cezasızlık sorunu net bir şekilde ortadadır. Buna karşın, savcının birçok yetkisinin kolluk amirine devredilmesinin ve kolluğun keyfi hareket alanının genişletilmesinin çok vahim sonuçları olacaktır. Kolluğun keyfi hareket alanını genişleten ve birçok kanunda değişiklik yapan 6638 sayılı Kanun düzenlemeleri karşısında “bağımsız ve tarafsız soruşturma ilkesi” yönünden yarattığı tehditlerle birlikte düşünüldüğünde yargısal sorunların artacağı kuşkusuzdur. Aniden ortaya çıkması nedeniyle veya belirli durumlara özgü olarak tasarlanmasından dolayı veya bütün boyutları ve sonuçları bakımından tartışılmaksızın aceleyle yapıldığı için “*Panik mevzuatı*” olarak adlandırılan 6638 sayılı Kanun değişiklikleri, “*hukuk devletinden kanun devletine*” yönelik niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla toplumda “*adalete olan inancın*” sarsılmasına neden olan bir kanun niteliğindedir. 6638 sayılı Kanun, Anayasa’nın amir hükümlerine ve değişmez maddelerine aykırılıklarla erkler ayrılığı kuramının özüne ve Anayasa’da düzenlenme biçimine açıkça aykırıdır. Bu ana ilke, yasama-yargı ve yürütme ilişkileri bakımından zedelendiği gibi, “savcı-mülki idare amiri ve kolluk” şeklindeki yapılanmanın görevler paylaşımı ilkesi de zedelenmektedir. Yargı ve adli kolluğu güçlendirilmesi yerine, mülki idare ve idari kolluk güçlendirilmiş haldedir.”

- Kanunlarda adli arama açısından öngörülmuş bulunan kişinin sıfatına bağlı sınırlamalar, önleme araması açısından geçerli değildir. Ceza ve hukuk mahkemeleri bir avukatın “önleme amacı ile”, miting alanında aranmasında, hukuka aykırılık görmezken, Ankara 3.İdare Mahkemesi “hizmet kusuru” bulunduğunu kabul ederek, tazminata hükmetmişti.⁶⁸ Bu karar daha sonra Bölge İdare Mahkemesinin 16.02.2005 tarihli (K.554) kararı ile bozulmuştur. Bu nedenle önleme amaçlı aramalarda avukatların aramaya tabi tutulmasında yasal bir engel bulunmadığı belirlenmiştir.⁶⁹

⁶⁸ Ankara 3.İdare Mahkemesi 11.06.2004: E.2003/1192, K.2003/978.

⁶⁹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 544.

Ancak önleme aramasına maruz kalan kişinin avukat olması nedeniyle aksi kanaatte olan Danıştay 8. Dairesinin 12.11.2010 tarih ve 2010/5626 Esas, 2010/6024 Karar sayılı kararında ise: “Avukat olan davacının, avukatlık kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin aranması nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açıldığı, Avukatlık Yasası uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranmayacağı, suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiğinin açık olduğu belirtilmiş, Davalı İdarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğuna, davacının manevi zararının karşılanmasına karar vermiştir.”⁷⁰

İki farklı içtihadı değerlendirecek olursak kanaatimizce avukatlar hakkında da önleme araması yapılması hukuka uygundur ancak mesleki nitelikleri gereği, suçüstü hali bulunmadığı takdirde kolluk kuvvetleri tarafından yapılan önleme aramalarının avukatların meslek onurları zedelenmeksizin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tazmin sorumluluğu doğacağı açıktır.

31.03.2015 tarihinde Savcı Mehmet Selim KİRAZ’ın İstanbul Adalet Sarayı içerisinde rehin alınması ve çatışmada hayatını kaybetmesi olayının ardından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, avukatların da aranarak adliyeye alınmalarına ilişkin yazılı talimat yayınlamış, İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı Hadi Salihoğlu imzalı talimat adliyenin giriş kapılarına asılmış, bu talimatta, adliyeye girişlerde avukat, personel ve vatandaşların kapı dedektörlerinden geçmeleri, çantalarının X-Ray cihazından geçirilmesi şeklinde güvenlik amaçlı denetim yapılacağı ifade edilmiştir. Avukatlar, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’nın arama talimatına tepki gösterdi. Bu talimat üzerine yapılan uygulamaların ardından ise avukatlar başsavcılık talimatının bir anlam taşımadığını belirterek aranmak istememiş, adliyede gerginlik artmış ve arbede yaşanmıştır.⁷¹

⁷⁰ <http://www.grihat.com.tr/danistaydan-avukatin-ustunun-aranmasi-hakinda-emsal-karar-13561h.htm>, (Erişim:01.11.2015).

⁷¹ <http://www.bugun.com.tr/gundem/danistayin-aksi-yondeki-kararina-ragmen-1573929.html>, (Erişim: 01.11.2015), <http://www.sozcu.com.tr/2015/gunun-icinden/danistay-avukatlarin-uzeri-aranamaz-792985/>, (Erişim:01.11.2015).

İstanbul Adalet Sarayı'nda karşılaşılan bu gibi münferit olaylara tepki olarak yürürlükteki mevzuat ve yargı kararlarını aşan uygulamaların oturtulmaya çalışılması hukuka aykırıdır. Zira yukarıda değindiğimiz içtihatlar gereği de, avukatların üzerinin aranması Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevi alanına giren suçlardan dolayı suçüstü halleri dışında yasal değildir, avukat kimliğinin ibrazına rağmen arama yapılması halinde ise mevcut hak ihlali nedeniyle arama emrini veren kurumun manevi tazminat ödemesi gerektiği sabittir.

Önleme araması işlemi nihayetinde, suç unsuruna rastlanmıyorsa AÖAY m.26 hükmü gereği önleme araması tutanağa bağlanır. Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sureti ilgiliye verilir. Suç unsuruna rastlanmadığı durumlarda, aranan kişinin talebi hâlinde, kendisine arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, aramanın tarih ve saati, yeri, aranan şahsın ve arayan görevlinin kimlik bilgilerinin yer aldığı bir belge verilir (AÖAY m.26).

Önleme amaçlı arama kolluk kuvvetleri tarafından rutin bir uygulamaya dönüştürülemez. Özellikle, yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında, sürekli veya sık aralıklarla veya rutin bir plan doğrultusunda önleme araması yapılamaz. Bu şekildeki bir uygulama önleme aramasını olağanüstü hal koşullarında yapılan aramalara dönüştüreceği gibi arama kararı vermek için gerekli olan makul şüphe sebebinin oluşmadığını gösterir. Örneğin; jandarmanın önceden belirlenmiş bir plan dahilinde ve rutin bir sıra ile köylerin giriş ve çıkışlarında belirli aralıklarla arama ve kontrol noktası koyma isteğine ilişkin talepleri bu nedenle hukuka aykırıdır. Bu şekildeki taleplerin “makul şüphe sebebinin bulunmaması”, “soyut gerekçeye dayanması, geniş zaman ve kapsamlı olması nedeniyle arama kararı verme yetkisinin devri anlamına gelmesi” şeklindeki gerekçelerle reddi gerekir.⁷²

1.4.2 Adli Arama

Adli arama AÖAY'nin 5.maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre adli arama; bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında

⁷² Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.107.

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.⁷³

Doktrindeki diğer tanımlara bakacak olursak: Arama, ceza yargılamasını amacına ulaştırmak için, suç şüphesi altındaki kişilerin, suç delillerinin ve müsadereye tabi nesnelerin elde edilmesi amacıyla, konutta, başka kapalı yerlerde ve kişilerin üzerlerinde yapılan bir işlemdir, bir araştırmadır.⁷⁴ Arama, şüpheli ya da sanığın, delillerin veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik araştırma işlemidir.⁷⁵

1.4.3 Ara Sonuç

Aramanın önleme araması mı yoksa adli arama mı olduğu hususundaki temel kriter suçun işlenmiş olup olmadığıdır. Adli arama delil elde etmek veya şüpheliyi yakalamak için suçun işlenmesinden sonra başvuru bir tedbir iken, önleme araması ise suçun işlenmesinden önce tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvuru bir tedbirdir. Önleme aramalarında herkes aramaya tabidir; bunun istisnası yoktur. Fakat adli aramalarda ise “kişinin üzerinde suç delilinin

⁷³ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınları, 2006, s. 238, Feridun Yenisey “İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma ve ilgili TCK-CMUK Maddeleri” AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s.19, Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.242, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 535, Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul, 2012, s.366.

⁷⁴ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Bası, 2004, s.400, Hakan Hakeri, Yener Ünver *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.187.

⁷⁵ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.495.

bulunacağına dair makul şüphe” varsa, mevzuatın gösterdiği usule göre kontrol ve arama yapılabilir.⁷⁶

Hem önleme araması hem de adli arama “amaç” değil, “araç”tır. Şöyle ki; önleme araması anayasal hak ve özgürlükleri korumak amacıyla, adli arama ise ceza yargılamasının amacına ulaşması amacıyla başvurulmuş bir araçtır. Ayrıca her iki tedbir de geçicidir. Aramanın amacının gerçekleşmesi hallerinde, yapılan işlemlere son verilir. Hedeflenen amaç gerçekleşmesine rağmen aramanın sürdürülmesi hukuka aykırı olup; insan hak ve özgürlüklerine müdahale sayılır. Önleme ve adli arama için kişinin rızasının olması önemli değildir. Ancak kişi hak ve özgürlüklerine ağır müdahale ettiği kabul edilmesi nedeniyle bu tedbire başvurulabilmesi için kural olarak hakim kararının bulunması anayasal ve kanuni bir zorunluluktur.

Adli arama, ceza muhakemesi hukuku alanına giren bir koruma tedbiridir. Önleme araması ise milli güvenliği ve kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetleri tehlikeye düşmeden ve henüz bir suç işlenmeden başvurulması nedeniyle idare hukuku alanına giren bir işlemdir.⁷⁷

Bir işlemin denetleme mi, önleme araması mı yoksa adli arama mı olduğunun tespiti son derece önemlidir. Bunların her biri ayrı prosedüre tabi olduğundan doğru şekilde hareket etmek için öncelikle yapılan işlemin niteliğini tam olarak tespiti gerekir. Bir suç işlendiği iddiası veya şüphesi üzerine arama işlemi yapılacak ise bu bir adli aramadır ve adli aramanın kurallarına göre yapılmalıdır. Suç işlenmesinin önlenmesi amacı ile yapılacak ise önleme araması söz konusudur. Yapılan işlem, işleme muhatap olan yerin kanun ve yönetmelik hükümlerine uygun olarak faaliyet gösterip göstermediğinin tespiti için ise yapılan işlem denetleme olarak nitelendirilmelidir.⁷⁸

⁷⁶ Feridun Yenisey, “İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma ve İlgili TCK-CMUK Maddeleri” A.Ü. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s.10, 19.

⁷⁷ Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.17-18.

⁷⁸ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.140.

BÖLÜM II

2. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ARAMA

2.1 Aramanın Amaçları

2.1.1 Genel Olarak

Aramanın amacı, şüpheli veya sanığın yakalanması ve/veya delil olarak el konulabilecek şeylerin ele geçirilmesidir. Aramanın amaçları, yakalama ve delil elde edilip elkoyma olarak belirlendiğinde, aramanın hemen her zaman yakalama ve/veya elkoyma koruma tedbirine aracılık ettiği, bu koruma tedbirlerinin ön basamağı olduğu söylenebilir. Dolayısıyla arama bir araç koruma tedbiridir. Arama bağımsız bir koruma tedbiri olarak nitelendirilmesine rağmen diğer tedbirlere araç olma özelliği yönünden en belirginidir. O halde, yakalama ve elkoyma aramanın doğrudan amacı iken, diğer bir koruma tedbirinin uygulanmasını sağlaması dolaylı amacı olarak kabul edilebilir.⁷⁹

⁷⁹ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s. 21, Ali Tanju Sarıgül “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama” *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl: 30, Sayı: 113, Ocak 2002, s.71.

2.1.2 Özel Olarak

2.1.2.1 Yakalama

Yakalama, şüpheli veya sanığın bir hakim kararı olmaksızın özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır. Yakalama amaçlı arama, hem herkesin yakalama yapabildiği durumları, hem de herkesin yakalama yapamadığı durumları kapsar. Ancak yakalama amacıyla arama yapılabilmesi için en azından sanığın orada bulunacağı konusunda bir duyum (ihbar vs.) mevcut olmalıdır. Yani suç şüphesi mümkün olduğunca somutlaşmış olmalıdır. Anayasal açıdan, basit suçlarda yakalama amacıyla arama yapılmamalı, arama delil bulma amacına yönelik olmalıdır (Oranlilik ilkesi açısından).

2.1.2.2 Delil Elde Etme ve Elkoyma

Delil, ceza uyuşmazlığının konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır. Ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesi geçerlidir, bir husus her türlü delille ispat edilebilir.⁸⁰ Deliller, bir fiilin işlenip işlenmediğini ispata yarayan araçlardır. Arama, delillerin toplanmasına ve böylece failin o suçu işleyip işlemediğinin ispatlanmasına hizmet eder (CMK m.116, 117 “suç delillerinin elde edilmesi” aramanın bu amacından açıkça söz eder). Soruşturma evresinde yapılan en önemli faaliyet, olayı temsil eden delillerin araştırılması ve koruma altına alınmasıdır. Kural olarak, soruşturma evresinde olayı temsil eden deliller araştırılır; kovuşturma evresinde ise deliller değerlendirilir.⁸¹

Elkoyma; suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemidir (AÖAY m.4). Doktrine göre elkoyma; ceza muhakemesinde delil olabilecek ya da ileride müsadere

⁸⁰ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul, 2012, s.196-197.

⁸¹ Centel, Zafer, a.g.e., s.197.

edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demektir.⁸² Kişi, bu tür değerleri rızası ile teslim ederse, bunlar muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişi bu değerleri rızasıyla teslim etmezse, bunlara elkonulur yani bunlar zilyedinden zorla alınır (CMK m.123). Yasaya göre elkoyma, eşyanın veya malvarlığı değerlerinin rızayla teslim edilmemesi halinde söz konusu olur (CMK m.123/2).⁸³

Elkoyma geçici bir koruma tedbiridir ve arama sonucu elkoyma işlemine Anayasa 20/2.maddesi gereği ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerinden birini veya bir kaçını gerçekleştirme amacıyla gidilebilir.

2.2 Aramanın Şartları

2.2.1 Şüphe Bakımından Şartlar

2.2.1.1 Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe

Şüphe; zihnin bir şey için var ya da yok diyemeyip duraksamasıdır, kuşku.⁸⁴ Şüphenin en genel tanımı ise; “inanç ve inançsızlık arasında kalan duygu”dur.⁸⁵ Şüphenin varlığı veya yokluğu ile şüphe var ise kuvvet derecesi, ceza muhakemesi hukuku açısından çok önemlidir. Zira; ceza muhakemesinin varlık sebebi suç şüphesidir.⁸⁶

⁸² Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul, 2012, s.377, Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.248, Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınları, 2006, s.253.

⁸³ Centel, Zafer, a.g.e., s.377.

⁸⁴ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1979.

⁸⁵ <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9E%C3%BCphe>, (Erişim tarihi: 01.12.2012), Francis Bacon der ki; *Eğer bir insan bir işe kesin olarak, “ben biliyorum” iddiası ile başlarsa, şüphe ile son bulur. Fakat eğer o şüphe ile başlamaya razı olursa, sonunda gerçeği bulacaktır.*

⁸⁶ Özkan Gültekin, “Ceza Muhakemesi Hukukunda “Şüphe” Kavramı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:5, Sayı:46, Haziran 2010, s.121.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, soruşturmanın başlatılması, koruma tedbirlerine karar verilmesi, iddianame düzenlenmesi ve iddianamenin iadesi gibi çok önemli işlemler, şüphe durumlarına göre yürütülmektedir ve sonuçlandırılmaktadır. Şüphede, soruşturma veya kovuşturma makamlarının delillere ve olgulara dayanan bir tahmini söz konusudur. Şüphenin içinde daima bir yanılma payı vardır. Yanılma payının derecesine göre şüphe; basit, makul, yeterli veya kuvvetli olarak sınıflandırılabilir.⁸⁷

Soruşturma evresinin başlayabilmesi için “basit şüphe” yeterli olduğu halde, arama işlemine başvurulabilmesi için “makul şüphe”, tutuklama ve iletişimin tespiti gibi tedbirlere başvurulabilmesi için “kuvvetli şüphe”, Cumhuriyet savcısının şüpheli hakkında iddianame düzenlemesi için de “yeterli şüphe” bulunması gerekir. Yeterli şüphe oluşturacak delilin bulunup bulunmadığı hususunda takdir yetkisi ise, Cumhuriyet savcısına aittir. Kaldı ki, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 01.01.2006 tarihli ve “Soruşturmalarda insan hakları ihlallerine yol açılmaması” konulu 4 Nolu Genelgesinde “...5271 sayılı CMK'nın hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, soruşturmaların yürütülmesinde asıl yetki ve sorumluluğun Cumhuriyet savcılarına ait bulunduğu görülmektedir.” İfadesi kullanılmak suretiyle, bu konuya vurgu yapılmıştır.⁸⁸

CMK m.116'da yer alan “makul” ibaresi 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle “somut delillere dayalı kuvvetli” şeklinde değiştirilmiş, daha sonra 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesiyle bu fıkrada yer alan “somut delillere dayalı kuvvetli” ibaresi “makul” şeklinde değiştirilmiştir.

Suç, muhakeme ve ceza algılaması/anlayışı çerçevesinde şekillenen sistemin “şüphe” ile harekete geçtiği açıktır. Ceza muhakemesine ilişkin süreç toplumsal barışı bozduğu kabul edilen bir fiilin işlenmiş olduğu yönündeki bir takım emarelerin belirmesi ile başlar. “Şüphe”nin ortaya çıkmasıyla birlikte soruşturma makamlarının gerek re'sen gerekse talep doğrultusunda yapmaları gereken bazı işlemler vardır.

⁸⁷ Gültekin, a.g.m., s.121.

⁸⁸ Gültekin, a.g.m., s.122-123.

Yenisey, “şüphe”yi derecelendirirken; “makul şüphe”, “umma”, “isnad”, “yeterli şüphe”, “kuvvetli şüphe” ifadelerine yer vermektedir. Bu derecelendirmenin Yargıtay tarafından da kullanıldığını görmekteyiz. YENİSEY’e göre makul şüphe, “Hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.” “Makul şüphe” daha ziyade arama işleminin yapılmasında gündeme gelmektedir. Aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin davranışları, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak somut olayda ‘makul şüphe’ olup olmadığı, arama sırasında kolluk memuru tarafından, sonradan da hakim tarafından takdir edilecektir. Bu tanımlamadan YENİSEY’in “umma” ile “makul şüphe”yi eşanlamlı olarak kullandığını da anlamaktayız. Her somut olayın şartlarına göre belirlenecek de olsa, kolluk kuvvetlerinin “makul şüphe”nin takdirinde yapacakları hata, elde edilen delili “hukuka aykırı delil” statüsüne düşürebilecektir. Makul şüphenin bir dava ikamesi için yeterli olmadığını ifade eden YENİSEY bunun için “yeterli şüphe”nin var olması gerektiğini söylemektedir.⁸⁹

Şüphenin derecesinin tayininde, eldeki deliller belirleyici olmaktadır. **Basit şüphe**, şüphenin en hafif derecesidir. Basit şüphenin varlığından söz edebilmek için, belli ve somut olayların suçun işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyması gerekir. Basit şüphenin söz konusu olduğu hallerde, deliller en azından belirti (emare) niteliğini taşımalıdır.⁹⁰ Bu hal CMK’nın 160.maddesinde “bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez” şeklinde ifade edilmiştir.

5271 sayılı CMK ile birlikte, **makul şüphe** kavramı da, şüphenin bir derecesi olarak ceza muhakemesi hukukuna girmiştir. Aşağıda belirtileceği üzere AÖAY’de tanımı yapılmıştır. Makul şüphede, ihbar veya şikayeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.⁹¹

⁸⁹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.536-537.

⁹⁰ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul, 2012, s.77.

⁹¹ Centel, Zafer, a.g.e., s.78.

CMK m.170’de iddianame düzenlenmesi bakımından **yeterli şüphe** aranmakla birlikte, tanım yapılmamıştır. Eldeki delillere nazaran, yapılacak muhakemede sanığın mahkum olması ihtimali, beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüphenin varlığı kabul edilir.⁹² Mevcut delillere göre, yapılacak muhakeme sonunda sanığın mahkum olma ihtimali kuvvetle muhtemel ise **kuvvetli şüpheden** söz edilir. Kuvvetli şüphe genellikle koruma tedbirleri için ön şart teşkil eden bir şüphe türüdür (Örneğin; şirket yönetimi için kayyım tayini, iletişimin tespiti, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme). Kanunumuz 100.maddesinde tutuklama için de kuvvetli şüphe aramıştır.⁹³

2.2.1.2 Arama Koruma Tedbiri Açısından Şüphe

1412 sayılı CMUK’da arama için gerekli olan şüphe konusunda herhangi bir düzenleme getirmemişken, 5271 sayılı CMK “Şüpheli veya sanıkla ilgili arama” kenar başlıklı 116’ncı maddesinin kanunun yürürlüğe girdiği değişiklikten önceki ilk hali; Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.” hükmüne amirdir.

“**5. Yargı Paketi**” olarak adlandırılan 06.03.2014 tarih ve 28933 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 9.maddesi ile CMK’nın 116.maddesinin birinci fıkrasında yer alan “**makul**” ibaresi “**somut delillere dayalı kuvvetli**” şeklinde değiştirilmiştir.

⁹² Centel, Zafer, a.g.e., s.79.

⁹³ Murat Balcı, “Delillerin, Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşturması (CMK m.170/2)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:7, Sayı:72, Ağustos 2012, s.11, Centel, Zafer, a.g.e., s.77-79.

5. Yargı Paketi ile yapılan ilk değişiklik Yenisey'e göre; "koruma tedbirlerinin uygulanması için bulunması gereken şüphenin kuvvet derecelerinin yoğunluğu açısından önemli sonuçlar doğuracak niteliktedir. Zira, kişi haklarından özel hayatı ilgilendirdiği ve en son çare olmadığı için, kural olarak basit suç şüphesinin bulunduğu hallerde yapılabilen arama işlemi için, kanun koyucu çıtayı yükseltmiş ve neredeyse tutuklama kararı verilmesi için gereken kadar kuvvetli şüphe bulunmasını ve bunun da somut delillere dayandırılması istemiştir. Yani, arama kararı verilmesi zorlaştırılmıştır. Esasında aramanın amacı delil elde etmektir. Zaten elde somut delil varsa, tekrar arama yapılması gereksizdir. Aramanın bu kadar zorlaştırılması yerinde bir değişiklik değildir. Hakim ve C. savcılar tarafından gerçekten yasanın öngördüğü biçimde uygulanırsa, etkin bir soruşturma yapmak mümkün olmayabilir."⁹⁴

"6. Yargı Paketi" olarak adlandırılan 12.12.2014 tarih ve 29203 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 02.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler Ve Savcılar Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 116. maddesinde yer alan "somut delillere dayalı kuvvetli" ibaresi "makul" şeklinde değiştirilmiştir. Nihayetinde 12.12.2014 tarihi itibariyle CMK m.116'da şüpheli veya sanıkla ilgili aramada "makul şüphe" şartının aranması yeterli görülmüştür.

CMK'nın genel olarak ifadelendirdiği "makul şüphe" kavramı AÖAY'nin 6'ncı maddesinde daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

AÖAY m.6 uyarınca; Makul şüphe; hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.

⁹⁴ Feridun Yenisey, "CMK'da 2014-6526 ile Yapılan ve Kolluğu İlgilendiren Değişiklikler", http://www.caginpolisi.com.tr/eski_sitemiz/148/5-6-7-8-9-10.htm, (Erişim: 28.12.2014).

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

İhbar veya şikayette bulunan kişi güvenilir ve verdiği bilgilerin de ayrıntılı olması durumunda makul şüphenin bulunduğu kabul edilir. Bu şüphenin, arama sonucunda delil oluşturan veya müsadere konusu bir şeyin elde edileceği ya da şüpheli veya sanığın yakalanacağına ilişkin somut ve yaşanmış olgulara dayanması gerekir. Doktrinde aramada yalnızca “umma”nın yeterli olmadığı, en azından basit başlangıç şüphesinin varlığının (aranan kişi ve/veya delillerin orada bulunduğuyla ilişkin bir şüphe) aranması gerektiği kanaati hasıldır. Çünkü umma, makul şüpheden hafif bir derecedir ve makul şüphe kuvvetli şüpheden hafif bir derecedir.⁹⁵ Umma bir varsayımdır, şüphe ise objektif bir anlam içerir.⁹⁶ Bize göre de umma çok başlangıç seviyesinde bir durumdur ve subjektiftir, dolayısıyla temel haklar alanını ciddi şekilde etkileyecek arama koruma tedbiri açısından “umma” durumundan daha ileri bir şüphe başlangıcı mevcut olmalıdır. Ancak ALDEMİR’in de ifade ettiği gibi; makul şüphenin, (kolluk memuru açısından kendi değer yargılarına ve mesleki tecrübesine dayalı değerlendirildiği için) subjektif ve (dışarıdan izleyen kişileri inandırması gerektiğinden) objektif bir yapısı bulunmaktadır.⁹⁷

“Diğer kişilerle ilgili arama” konusunda CMK m.117/2 de; “...aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır.” hükmü düzenlenmiştir. Dolayısıyla şüpheli veya sanık olmayan kişilerin aramaya katılma yükümlülüğü daha azdır ve bu nedenle daha sıkı koşullara bağlanmıştır.⁹⁸ Dolayısıyla yasa burada şüpheden ziyade “belirlilik” aramaktadır. “Olayların varlığı”

⁹⁵ Arama koruma tedbiri açısından “makul şüphe” yeterli iken, tutuklama ve yakalama tedbirleri için kanun koyucu “kuvvetli şüphe”yi aramaktadır. Bu durum hiç şüphesiz tutuklama ve yakalamanın arama tedbirine göre temel haklar alanına daha fazla müdahale etmelerinden kaynaklanmaktadır.

⁹⁶ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.357-358.

⁹⁷ Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.23.

⁹⁸ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.500.

belirli, somut bir delilin bulunacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle bir delilin bulunacağı şüphesi, bu konudaki genel bir şans, ümit ya da ihtimal diğer kişilerde arama yapmak için yeterli olmamalıdır.⁹⁹ Ancak 117'nci maddenin üçüncü fıkrası, kurala bir istisna getirmiş ve şüpheli veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında ikinci fıkra da bahsedilen, olayların varlığının aranmayacağını hükme bağlamıştır.

Sonuç olarak hakimın arama kararı verebilmesi için şüphe mevcut bulunmalıdır. “Şüphelilik” ile “sanıklık” statülerinin başlaması, ceza muhakemesinde önemli aşamalardır.¹⁰⁰ Yenisey/Nuhoğlu'na göre; CMUK'taki “suç işleme şüphesi altında bulunan kimse” terimi yerine “şüpheli” veya “sanık” kavramlarının kullanılması arama tedbirinin uygulanmasını zorlaştırıcı bir durumdur. Kanun “gerçekten” uygulanırsa, suçla mücadelenin önüne büyük ve aşılması zor bir “duvar” çıkacaktır.¹⁰¹ Yenisey/Nuhoğlu; bu görüşüyle haklı bir yakınmada bulunuyor olabilir ancak bize göre arama tedbiriyle ihlal edilen hakları orantılayacak olursak yeni mevzuattaki (CMK) düzenleme olumlu bir düzenlemedir. Temennimiz kanunların “gerçekten” uygulanmasından yanadır, ancak Türkiye uygulaması için “ütopik” görünen bu üst seviyeye geldiğimiz takdirde, terimlerin genişletilmesi tabanında bir tartışma yaratabiliriz.

6.Yargı Paketinin yürürlüğe girmesiyle yalnızca 9-10 aylık bir süreçte uygulanabilmiş olan 5.Yargı Paketindeki “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” derecesi uygulamada aranmaması gereken bir derecedir. Zira Yenisey'in de dediği gibi kanun koyucu neredeyse tutuklama kararı verilmesi için gereken kadar kuvvetli şüphe bulunmasını ve bunun da somut delillere dayandırılması istemiştir. Yani arama kararı verilmesi zorlaştırılmıştır. Ancak arama koruma tedbiri uygulamadaki son tedbir/uygulama olmadığı için makul şüphe derecesinde uygulanabilir olmalıdır. Çünkü arama koruma tedbirinin amacı delil elde etmek olduğu için “makul şüphe”

⁹⁹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.358.

¹⁰⁰ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.541.

¹⁰¹ Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s.540-541.

tedbirin uygulanması için gerekli ve yeterlidir. Eğer 6.Yargı Paketi ile yürürlüğe giren ve kısa bir süre uygulanan “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe derecesi” uygulaması devam edecek olsaydı, arama koruma tedbirinin uygulanması epey zorlaşacaktı ve ceza hukukundaki denge bozulacak, suçü ispata yarar ilk aşama olan delil elde edilmesi zorlaşacaktı. Bu nedenle 6.Yargı Paketi ile yapılan değişiklik uygulamanın ilk şekli olan makul şüpheye dönülmesi nedeniyle olumlu bir değişiklikdir.

CMK m.160/1’de makul şüphe kavramıyla aynı paralelde “bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hal” kavramı kullanılmıştır.¹⁰² Şüphe, suç sayılan bir davranışa ilişkin ve ona yönelik olmalıdır. Yani en azından suç kalıbında düzenlenen suçun özelliklerini taşıyor olması, soruşturma makamlarını yasada yer alan suç kalıbına yönlendirmesi gerekir.¹⁰³

Bir kişiden şüphelenmeye başlanabilirse, bu kişi “şüpheli” hukuk durumuna girer ve o kişi hakkında soruşturma başlamış olur. Yapılan soruşturmada, başlangıçta “zehap” derecesinde şüpheliye bağlanmış olan basit başlangıç şüphesi kuvvetlenerek “suç isnadı” yapabilecek şekilde somut olaylarla desteklenecek biçimde kuvvetlenirse ve “yeterli şüphe” seviyesine çıkarsa, şüpheliye belli merasimlere uyularak “suç yüklenir”, yani bu kuvvetli şüphe kendisine bildirilirse, bu kişi “sanık” hukuk durumuna girer ve kovuşturma başlamış olur.¹⁰⁴

Yargıtay 12.Ceza Dairesinin 24.12.2013 tarih, 2013/9105 E., 2013/30731 sayılı kararında: “...Somut olay değerlendirildiğinde, hakkında yapılmakta olan bir soruşturma ve kovuşturmanın bulunması veya suç ihbarı üzerine isin esası araştırılıp şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin bulunduğu hususunda değerlendirmesi ve başka suretle delil elde edilme imkânının bulunup bulunmadığı ve buna ait somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle, yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararındaki ölçütler de nazara alınarak, arama kararı

¹⁰² Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s. 541.

¹⁰³ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.358.

¹⁰⁴ Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s.541

verilmesi gerekirken davacının yaptığına ilişkin telefon ihbarı üzerine CMK'nın 160.maddesi gereğince yetkili Cumhuriyet Savcılığınca isin gerçeği araştırmaya başlanmadan, ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil ve başka kişi veya olaylar hakkında yapılan bir soruşturma da bulunmadığı ve yapılan aramanın AİHM kararlarındaki ölçütlere ve ilkelere uygun olmadığı dolayısıyla hukuka aykırı olduğu anlaşılınca davacı lehine makul bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi, kanuna aykırı...” olduğuna karar verilmiştir.¹⁰⁵

2.2.2 Arama Kararı ve Arama Emri Bakımından Şartlar

2.2.2.1 Hakim Kararı

Aramaya dayanak olan hakim tarafından verilmiş bir karar ise “arama kararı”; yetkili merci tarafından verilmiş bir karar ise “arama emri” söz konusudur. Hakimin kararı anayasa ve kanun hükmü gereği her zaman yazılı ve gerekçeli olmalıdır. Yetkili merci tarafından verilen bir arama kararı veya yazılı arama emri olmadıkça arama işlemi yapılamaz.¹⁰⁶

5271 sayılı CMK'nın 119'uncu maddesi; “Hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde 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. AÖAY 7'nci maddesi de adli aramaya karar verme yetkisinin hâkime ait olduğunu düzenlemiştir. Gerek Anayasa m.20-21'de gerek CMK'da gerekse AÖAY'de kural olarak arama kararı verme yetkisi hâkimdedir. CMK'nın 162'nci maddesine göre

¹⁰⁵ Sinerji Hukuk Yazılımları, (Erişim: 20.04.2015).

¹⁰⁶ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.33-34.

soruşturma aşamasında işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında ise davaya bakan mahkeme arama kararı vermeye yetkilidir.

2.2.2.2 Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri

Anayasamızın 20.maddesinde “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin bulunması halinde arama yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunulan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da arama kararı verilebilir.

Tedbire başvurulmamasında bir tehlike yoksa, koruma tedbirine başvurmaya da gerek yoktur. Koruma tedbirine başvurulmadığında veya geç başvurulduğunda muhakeme hiç veya gerektiği gibi yapılamaz, hüküm infaz edilemez hale gelecekse, gecikmede tehlike bulunduğu kabul edilmelidir.¹⁰⁷

AÖAY'nin m.4'te adli aramalar bakımından gecikmesinde sakınca bulunulan hal deyimi; derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğin tespit edilememesi olasılığının ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması halini ifade eder. AÖAY'nin tanımı isabetli bir tanımdır. Çünkü arama koruma tedbiri amaç değil araç tedbirdir ve bu nedenle geçicidir, ceza yargılamasına pratiklik katar, suçu açığa çıkarmak ve suçluyu yakalamak açısından süratli olunması gereken bir tedbirdir.

Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1987 tarih ve 1986/24 E., 1987/8 K. Sayılı kararında adli arama şu şekilde tanımlanmıştır: “Arama ceza muhakemesi hukukunda, suçluların yakalanması ve suç delillerinin ortaya çıkarılması için başvuru olan geçici bir koruma tedbiridir.”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s.201.

¹⁰⁸ Aktaran: Emine Cin, “Kamu Düzeni, Kolluk Faaliyeti ve Arama Yetkisi”, *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.1131.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.03.2005 tarih ve 2005/10-15 E., 2005/29 K. Sayılı kararında; hakim kararı olmaksızın yapılabilecek aramaların koşulu gerek Anayasa ve gerekse PYSK ile CMUK'unda "gecikmesinde sakınca bulunan hal" ile sınırlandırıldığı, gecikmesinde sakınca bulunması halinden kastedilenin, aramaya başvurulmadığında meydana gelebilecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi, hatta olanaksız kılması olduğu, yani gecikildiğinde aramanın yapılamaz duruma düşülmesi olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁹

Cumhuriyet savcısının yazılı emrinden maksat; hâkimden karar almaya vakit bulunmamakla birlikte Cumhuriyet savcısının yazılı emrini almaya vakit bulunması hali bulunmasıdır. Yani Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin alınması için yeterli ve fakat hâkimin kararının alınması için yeterli olmayan bir zaman söz konusu olduğunda Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri ile arama yapılabilecektir.¹¹⁰ Özbek'e göre gecikmeden maksat hâkime gidilmekle meydana gelecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi, hatta olanaksız kılmasıdır. Kolluğun ya da savcının hâkimden karar almasının beklenemeyeceği bir durum olmalıdır.

Aramanın amaçları bakımından bir zarar doğması beklenmiyorsa, yani delillerin karartılması veya şüpheli veya sanığın kaçma tehlikesi bulunmuyorsa gecikmede tehlike de yok demektir. Ancak böyle bir zarar mümkün ve muhtemel ise gecikmede tehlike vardır. Açık spekülasyonlar, varsayıma dayalı düşünceler, günlük mesleki tecrübe, duruma bağlı ummalar gecikmede tehlikenin var olduğunun gerekçesini oluşturamaz. Bu yönüyle soruşturma makamlarının bu hususlara dayalı takdir alanlarının bulunmadığı da söylenmelidir. Gecikmede tehlike olduğu gerekçesiyle hareket eden memur, hangi sebeplerle bunu kabul etmiş olduğunun gerekçelerini oluşturmalı ve bunu belgelemelidir. Bu temel haklara müdahalelerin hâkim tarafından mümkün olan en etkin şekilde kontrol edilmesi yükümlülüğünün bir gereğidir.¹¹¹

¹⁰⁹ www.yargitay.gov.tr (Erişim tarihi: Kasım 2012), Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.304-314.

¹¹⁰ Aydın, a.g.e., s.36.

¹¹¹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 377-378.

Yargıtay 7.Ceza Dairesi 19.03.2009 tarihli, 2006/8913 E. ve 2009/4357 K. sayılı kararında: “...somut olay değerlendirildiğinde; alınan ihbar üzerine suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’un 97.maddesi uyarınca hâkimden alınacak arama kararı ile ya da gecikmesinde sakınca varsa bu husus belirtilerek yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri ile sanığın işyerinde (deposunda) arama yapılması gerekirken, ilçe merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu da belirtilmeden, hâkim kararı da olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi...(yasaya aykırıdır)” değerlendirilmesinde bulunmuştur.¹¹²

AÖAY’nin 7/4.maddesinde öngörülen Cumhuriyet savcısının aramaya ilişkin yazılı emrinin 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulması hususuna ise haklı olarak yer verilmemiştir. Zira hazırlık soruşturmasında Cumhuriyet savcısına inisiyatif tanınmıştır.¹¹³

2.2.2.3 Kolluk Amirinin Yazılı Emri

Anayasa’nın 20.maddesindeki düzenlemeyi dayanak alan CMK’nın 119.maddesi de; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk amirinin de arama yapabileceğini kabul etmiştir. Dolayısıyla kolluk amirinin arama karar verebilmesi için iki koşul aranmaktadır: Birincisi, gecikmede sakıncanın varlığı, ikincisi, cumhuriyet savcısına ulaşılabilmesi.

Özbek’e göre kolluğun arama kararı verme yetkisini sınırlandırma amacı güden cumhuriyet savcısına ulaşılabilmesi koşulu tartışmaya açıktır. Zaten muğlak olan gecikmede tehlike kavramı, yanına bir başka muğlak ifade olan Cumhuriyet savcısına ulaşılabilme kavramı getirilmiş olup, bununla birlikte konut, işyeri ve kamuya açık olmayan alanlarda kolluk amirinin arama kararı verme yetkisi

¹¹² Aktaran: Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.29.

¹¹³ Recep Gülşen, “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama*”, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc (Erişim: 20.12.2013), s.3.

bulunmamaktadır. Burada ise kamuya açık olmayan alanlar kavramı tartışma yaratacak görünümde ve içi doldurulmaya muhtaç olan kavramdır.¹¹⁴ Kolluk amirinin arama emrinin de yazılı olması şarttır. Sözlü olarak verilen arama emri sonradan yazı ile teyit edilse veya arama emri hâkimin onayına sunulsa dahi bu emre dayanılarak arama yapılamaz.¹¹⁵

2559 sayılı PVSK'nın 2/3-VIII maddesi; "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için...yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir." hükmüne amirdir.

PVSK'nın 2.maddesi 16.07.1965 tarihli ve 694 sayılı Kanun ile değiştirilmiş olup, bu değişiklikten sonra Anayasa ve CMK'nın hükümleri dikkate alındığında bu madde hükmünün mülga olduğunun kabulü gerekir. Artık kolluk amirinin sözlü arama emri verme yetkisi kalmadığı gibi, vereceği arama emrinin kapsayacağı alan da daraltılmıştır. Bu nedenle bu madde hükmünün uygulanma imkânı kalmamıştır.¹¹⁶

Yine yukarıda değindiğimiz Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.03.2005 tarih ve 2005/10-15 E., 2005/29 K. Sayılı kararında; PVSK'nun 2. maddesinin 3. fıkrasının 8. bendinde yetkili amir tarafından verilecek sözlü emrin derhal yerine getirileceğinin hükme bağlandığı, PVSK'nun 2. maddesinin 3. fıkrasının VIII. Bendi ile 9. maddesinin 2. fıkrası karşılaştırıldığında, aynı konuyu düzenledikleri, ancak birincisinde "sözlü emrin" yerine getirilmesinin istenildiği, ikincisinde ise "emrin yazılı" olması gerektiğinin arandığı görüldüğü, arama kararı ya da emrinin yazılı olması gerektiği, davaya konu olayda sanığın üzerinin Emniyet Amir vekilinin sözlü emri ile arandığı, PVSK'nun 2. maddesinde belirtilen haller dışında (VIII bent hariç) yetkili kişinin sözlü emir verebilme yetkisi bulunmadığı, yazılı olması gereken bu emrin sözlü verilmesi biçimsel bir eksiklik sayılabilirse de, elkoyma işlemi üzerine

¹¹⁴ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.381-383.

¹¹⁵ Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.30, Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.38.

¹¹⁶ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.38.

aynı gün bu işlem hakim tarafından onaylanmış bulunması mevcut eksikliğin bir ölçüde giderilmeye çalışılması, kolluk görevlilerinin ise, hakim kararı alınması için girişimde bulunmaları, bu suretle hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde oldukları anlaşıldığı belirtilmiştir. Bu nedenle, somut olaydaki arama işleminin, esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşması ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemeyeceği, sanığın üzerindeki arama işleminin ve sonucunda elde edilen kanıtların hükümde değerlendirilmesine engel bulunmadığı belirtilerek biçimsel eksikliği bulunan arama kararının sonradan hukuka uygun hale geldiği hükme bağlanmıştır.¹¹⁷

¹¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.03.2005 tarih ve 2005/10-15 E., 2005/29 K. Sayılı kararında; *"Anayasanın belirlediği ilkelere uygun şekilde değiştirilen PVSK'nun 9. maddesinde Anayasanın 20. maddesi adeta aynen tekrar edilerek, polisin "... kamu düzeninin, genel sağlık,... veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması... amacıyla usulüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle;... kişilerin üstlerini, araçlarını,... ve eşyasını..." arayabileceği belirtilmiştir. Maddenin 1. fıkrasında aramanın genel koşulları düzenlenmiş iken, 2. fıkrasındaki düzenleme ile de, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlara göre suç iz, eser, emare veya delillerinin tespiti veya faillerinin yakalanması amacıyla polis tarafından yapılacak aramalar için de usulüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, diğer kanunlarda yetkili kılınmış merciin yazılı emri..."nin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Ancak maddenin 2. fıkrasındaki bu düzenleme, gerek aynı yasanın (yani PVSK'nun) 2. maddesinin 3. fıkrasının VIII. Bendi ve gerekse CMUK'nun 97/1. maddesinin 2. cümlesi ile çelişir duruma düşmüştür. Şöyle ki; PVSK'nun 2. maddesinin 3. fıkrasının VIII. Bendinde "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda zabita tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalarda yetkili amir tarafından verilecek sözlü emrin derhal yerine getirileceği..."; CMUK'nun 97/1. maddesinin 2. cümlesinde de "... tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet savcuları ile savcuların muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabita memurlarının arama yapabileceği" hükme bağlanmıştır. Esasen VIII. Bende burada yer verilmesinin nedeni belki de CMUK'nun 97. maddesi ile paralellik kurmak düşüncesidir. Zira CMUK'nun 97/1. maddesinde düzenlenen yetki Cumhuriyet savcuları tarafından genellikle sözlü emir biçiminde kullanılmaktadır. Ancak yukarıda da değinildiği gibi, her iki hüküm PVSK'nun 9. maddesinde yapılan değişiklikle çelişir durumdadır. Özellikle PVSK'nun 2. maddesinin 3. fıkrasının VIII. Bendi ile 9. maddesinin 2. fıkrası karşılaştırıldığında, aynı konuyu düzenledikleri, ancak birincisinde "sözlü emrin" yerine getirilmesinin istenildiği, ikincisinde ise "emrin yazılı" olması gerektiğinin arandığı görülmektedir. PVSK'nun 9/2. maddesindeki bu yeni düzenleme karşısında artık 2. maddesinin 3. fıkrasının VIII. Bendinin yürürlükten zımnen kaldırılmış olduğunun kabul edilmesi zorunludur. Ve gerek Anayasanın 20. maddesindeki ve gerekse PVSK'nun 9/1. maddesindeki yeni düzenlemeler karşısında, CMUK'nun 97/1. maddesinin 2. cümlesindeki Cumhuriyet savcularına ve onun muavini sıfatıyla **hareket edenlere tanınmış olan yetkinin sadece "yazılı emir" biçiminde kullanılabilmesi gözden kaçırılmamalıdır.** Yukarıda ayrıntıları ile belirtildiği gibi arama kararı ya da emri yazılı olmalıdır. Oysa sanığın üzeri Emniyet Amir vekilinin sözlü emri ile aranmıştır. PVSK'nun 2. maddesinde belirtilen haller*

Tüm bu açıklamalara ek olarak şunu belirtmeliyiz ki; CMK m.119 ve AÖAY m.7 hükmü kapsamında konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Yani kolluk amirince bu alanlarda arama kararı verilemez. Kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan arama ve sonuçları Cumhuriyet başsavcılığına derhal bildirilir.

Yukarıda önleme araması başlığı altında değindiğimiz kolluk görevlilerinin işlenen suç dolayısıyla arama kararı veya emri gerekmeden kendiliğinde arama yapabileceği halleri bu bölümde tekrarlamayacağız ancak kısaca birkaç husustan bahsetmek isteriz. Şöyle ki; kolluk görevlilerinin hangi nedenle olursa olsun kendiliğinden arama yapma yetkisinin olmadığı doktrinde kabul edilmektedir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturan tedbirlerin yönetmelikle değil, kanunla düzenlenmesi ve getirilen düzenlemenin de Anayasaya uygun olması anayasal bir zorunluluktur.

*dışında (VIII bent hariç) yetkili kişinin sözlü emir verebilme yetkisi bulunmamaktadır.” Şeklinde kollukla ilgili yoruma yer verilmiştir. “Sanığın, üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçiminde kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın pazaryeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle delillerin yok edilebilmesi olasılığının yüksek olması karşısında CYUY'nın 97. maddesinde belirtilen "gecikmesinde sakınca bulunan" halin somut olayda gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, aynı Yasa maddesi uyarınca, **emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Yazılı olması gereken bu emrin sözlü verilmesi biçimsel bir eksiklik sayılabilirse de, elkoyma işlemi üzerine aynı gün bu işlem hakim tarafından onaylanmış bulunmakla mevcut eksiklik bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır.** Sanık da, suçlamayı kabul etmiş, düzenlenen tutanaklara karşı bir diyeceği olmadığını bildirmiştir. Kolluk görevlilerinin ise, başlangıçtan itibaren elde ettikleri tüm bilgileri C.Savcılığına ulaştırıp arama konusunda hakim kararı alınması için girişimde buldukları, bu suretle hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle, somut olaydaki arama işleminin, esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemez. O halde, sanığın üzerindeki arama işleminin ve sonucunda elde edilen kanıtların hükümde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır. Bu itibarla, sanığa yüklenen kullanma amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçu, sanığın tüm aşamalarda yinelediği ikrarı, elde edilen esrar maddesi, buna ilişkin Adli Tıp Kurumu raporu gibi delillerle sabit olduğundan, sanığın yüklenen suçtan delil yetersizliği nedeniyle beraatine ilişkin Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” şeklinde biçimsel eksikliği bulunan arama kararının sonradan hukuka uygun hale geldiği belirtilmiştir. www.yargitay.gov.tr (Erişim tarihi: Kasım 2012).*

CMK'da açıkça yer almadığı halde, AÖAY'de sayılan bazı durumlarda kolluk görevlilerine arama kararı veya emri olmadan da arama yapılabilmesine imkan tanınmasının, özel hayatın korunması ve dokunulmazlığı gibi temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin anayasal kurala (Ay m.13) ve AİHS'nin 8.maddesine aykırı olduğu kural olarak söylenebilir. Kuşkusuz, normlar hiyerarşisi açısından yönetmeliğin kanun ve tüzüğün uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmaması gerekmektedir.¹¹⁸ Bu nedenle kanaatimizce kolluğun yetki alanını ve sınırlarını net bir şekilde belirleyecek, kanun ve yönetmeliğin çatışmasını önleyecek bir düzenlemeye gidilmesi uygun olacaktır. Normlar hiyerarşisi gereği kanunlara aykırı olmayacak yönetmelik düzenlemeleri ile yola çıkılması gerekmektedir. Zira anayasal hakları korumak adına Anayasa ve kanunlarla set vurulan kolluk yetkileri alt normlar olan yönetmeliklerle genişletilirse ve bu uygulamalar yaygınlaştırılırsa anayasal haklar bakımından demokratik esasların dışına çıkmış olur. Bunun doğuracağı tehlikede geçmiş deneyimlerle sabittir.

2.2.2.4 Arama Kararı ve Arama Emrinin Kapsamı

Yazılı ¹¹⁹ arama emrinin neleri içermesi gerektiği CMK'nın 119/2.maddesinde belirtilmiştir. Arama kararında veya emrinde;

- Aramanın sebebi,
- Aramanın konusu ve kapsamı,
- Aramanın yapılacağı yer,
- Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre belirtilir.

¹¹⁸ Recep Gülşen, "Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı: 9, Ağustos 2010, s.22.

¹¹⁹ Arama konusunda yazılılık ilkesinin benimsenmesi, kişi hürriyeti, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetler açısından bir güvenceyi teşkil etmektedir. Zira yazılı bir karar veya emir olmamasına rağmen, böyle bir karar varmışçasına yapılan bir arama dürüst işlem ilkesine aykırıdır. (Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s.32-33.)

- AÖAY m.7/7 bunlara ek olarak “Aranılacak eşyanın elde edilmesi halinde el konulup konulmayacağı”nın da açıkça gösterileceğini ifade etmektedir.

Arama kararı/emri ile sağlanması hedeflenen hukuki güvencenin hayata geçirilmesi ve aramaya ilişkin kuralların içeriğine göre; genel, uzun süreli, geniş ve belirsiz bir alanı kapsayan arama kararları verilemez. Örneğin; bir hafta, 15 gün, bir ay, iki ay gibi geniş sürelerle geçerli arama kararı verilemez. Uzun süreli olarak verilen bir arama kararı, arama konusunda karar verme yetkisinin kolluğa devri anlamına gelir. Yine arama emri/kararı; kolluk kuvvetlerinin imkân ve sayısını aşacak derecede, geniş kapsamlı, yerleşim yerinin büyük bir kısmında veya tamamında genel bir arama-tarama işlemi sonucunu doğuracak şekilde verilemez.¹²⁰

Gecikmesinde sakınca bulunan ve Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan durumlarda kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilecek arama işlemlerinde, neden Cumhuriyet savcılığına ulaşılamadığı ve Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla arandığını belirten ayrıntılı bir tutanak düzenlenerek ilgili soruşturma evrakına eklenecektir (AÖAY m.7/3). Arama işlemi tutanağa bağlanır. Bu tutanağa, işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır.

Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama ve sonuçları Cumhuriyet başsavcılığına derhal bildirilecektir (CMK m.119/1, AÖAY m.7/5). Diğer taraftan kolluğun savcıya ulaşabilmesi ve arama ile ilgili kararların alınabilmesi için Cumhuriyet başsavcılıklarınca 24 saat süreyle nöbetçi Cumhuriyet savcısı görevlendirilecektir (AÖAY m.7/8). Bu düzenleme sonucu “savcıya ulaşılamamıştır” şeklindeki soyut beyanlar yeterli değildir. Yönetmeliğin bu ayrıntılı düzenlemesi sonucu kolluğun arama kararı vermesi artık çok istisnai durumlarda söz konusu olabilecektir.¹²¹ Bu olumlu bir düzenlemedir.

Diğer taraftan uygulamada sorun çıkan nokta şudur ki; aramaya ilişkin karar veya emrin mutlaka aramadan önce verilmesi gerekip gerekmediğidir. Zira Anayasada arama emrinin yazılı olması gerektiğine işaret edilmekle birlikte, bunun

¹²⁰ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.107.

¹²¹ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınları, 2006, s.246.

arama yapılmadan önce verilmesi gerektiğine ilişkin bir zorunluluk aranmış değildir. Kanunda açıklık bulunmamakta ise de; aramadan önce, aramaya ilişkin karar veya emrin nezdinde arama yapılacak kişiye gösterilmesi ve arama sona erdikten sonra da bir örneğinin verilmesi gerekir.¹²²

Mevzuatta boşluk bulunan söz konusu durumda hukuk devletinin gereği olarak olması gereken arama eyleminden önce arama emri verilmeli yahut kararı alınmalı ve arama eylemine konu olacak kişiye bu karar veya emrin içeriği bildirilmelidir. Her arama kararı, aksine bir hüküm içermiyorsa yalnızca bir kez arama yapma yetkisi verir.¹²³ Son olarak arama karar veya emrinde, sadece arama yetkisi verilebileceği gibi, aynı zamanda elkoyma yetkisinin de verilebileceği hususunu belirtelim.

2.2.3 Kişi Bakımından Şartlar

2.2.3.1 Şüpheli ve Sanık Hakkında Arama

CMK m.2/a'ya göre şüpheli; soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, CMK m.2/b'ye göre sanık; kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder. Şüpheli-sanık ayrımı bakımından asıl olan iddianamenin kabul edilmiş olup olmaması dolayısıyla kişi hakkında kamu davası açılmış olup olmadığıdır. Kişi hakkında henüz kamu davası açılmamışsa şüpheli, açılmışsa sanık sıfatını almaktadır. Şüpheli, henüz sanık sıfatına sahip değildir; ancak her sanık şüphelidir. CMK'nın getirdiği aranılacak kişinin arama kararında açıkça belirtilmesi zorunluluğu (CMK m.119/2-b) karşısında artık şüphelinin kişi olarak biliniyor olması da şarttır.¹²⁴ Kararda belirtilmeyen kişinin aranması mümkün değildir

¹²² Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.504.

¹²³ Özge Sırma, “Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 34, Haziran 2009, s.36.

¹²⁴ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.359.

Arama kural olarak şüpheli veya sanık hakkında başvurulmuş bir koruma tedbiridir. Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m.116). 116. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi; arama, suç işlediği sanılan, şerik oldukları veya yataklık ettiği düşünülen kişilerin konutlarında, adı geçenlere ait diğer yerlerde, üstlerinde veya bunlara ait eşyada, suç işlediği sanılan kişinin yakalanması, suçun delil, iz, eser ve emarelerinin bulunması, suçla ilgili eşyanın elde edilmesi için yapılabilir.

2.2.3.2 Diğer Kişiler Hakkında Arama

Arama işlemine sadece şüpheli veya sanık değil üçüncü kişiler de maruz kalabilir. Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m.117/1). Bu hallerde arama yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır (CMK m.117/2). Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir (CMK m.117/3).

Diğer kişiler genellikle aranan şeyi elinde bulunduran ya da aranan kişi yanında bulunan kişilerdir. Bu kişiler hakkındaki arama delil bulunması amacıyla değil, bu kişilerin çevresinde bulunan herhangi bir sanık veya şüphelinin durumunu aydınlatmak için yapılabilir.¹²⁵ Diğer kişiler kavramına tüzel kişiler¹²⁶, resmi makamlar, kusur yeteneği olmayan kişiler ve tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler de girer.¹²⁷

¹²⁵ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.357-358.

¹²⁶ Dikkat edilmelidir ki; tüzel kişiler şüpheli ya da tanık sıfatıyla aranamaz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, a.g.e., s.359.)

¹²⁷ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınları, 2006, s.239.

Üçüncü kişinin sadece orada bulunması yeterli olmayıp, o kişinin suçla ilişkili olduğunu belirtecek delillerin bulunması gerekir. Hatta aranılan şeyin o sırada orada bulunanların üstünde saklanmış olması maddi olarak imkânsızsa, polisin bu kişilerin üstünü araması dahi hukuka aykırıdır. Fakat çoğu kez polisin böyle bir durumda güvenlik gerekçesiyle arama yaptığı bir gerçektir. Ancak bu durumda da arama sadece bir silahın bulunup bulunmadığını kontrol etmek sınırını aşmamalıdır.¹²⁸

Diğer kişiler hakkında yapılacak aramada makul şüphe kavramının son derece sıkı tutulmasında fayda vardır.¹²⁹ Hatta bu nedenle bu şekil aramada öğretide makul şüpheden çok olayla ilgisiz üçüncü kişilerin yaşam alanına müdahale edildiği, belirliliğin arandığı, makul şüphenin yeterli görülmediği belirtilir.¹³⁰ Ancak CMK m.117/3'de sayılan haller hariç olmak üzere makul şüphe araştırılacaktır. Başka bir ifade ile suç işleyen kişinin kendi evine veya diğer bir kişinin evine saklandığına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, adli arama kararı verilebilmesi için şüphelinin belirtilen yerde saklandığının kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların (makul şüphenin) somut olayda olup olmadığı hususu araştırılmayacaktır. Aynı şekilde şüphelinin veya sanığın izlendiği sırada girdiği yerlerde arama yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların (makul şüphenin) varlığına bağlı değildir.¹³¹

2.2.3.3 Hukuki Statü ve Görevleri Bakımından Haklarında Özel Arama Usulleri Uygulanan Kişiler

Hukuki statü ve görevleri bakımından haklarında özel arama usulleri uygulanan kişiler başlıca şunlardır:

¹²⁸ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.362.

¹²⁹ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.500.

¹³⁰ Hakan Hakeri, Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuk Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.193, Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.316.

¹³¹ Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.21.

2.2.3.3.1 Cumhurbaşkanı

Cumhurbaşkanı vatana ihanet fiili dışında görevleriyle ilgili işlerden dolayı sorumsuzdur. Bu nedenle aranması da mümkün değildir. Esasen Cumhurbaşkanının sahip olduğu şahsiyetin yüceliği, hakkında soruşturma yapılmasına ve bu arada soruşturmanın gereği olan arama koruma tedbirine başvurulmasına engeldir.¹³²

2.2.3.3.2 Diplomatik Dokunulmazlığı Olanlar

Şüpheli, sanık veya üçüncü kişi de olsalar “Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi”nin 29.maddesi uyarınca, diplomasi ajanları hakkında arama yapılması mümkün değildir.¹³³

2.2.3.3.3 Yasama Dokunulmazlığına Sahip Olanlar

Yasama dokunulmazlığına ilişkin Anayasa'nın 83/2.maddesi uyarınca seçim döneminden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Milletvekilleri hakkında yapılamayacak olan ceza muhakemesi işlemleri arasında aramadan ayrıca söz edilmediği için, arama yapılması mümkündür.¹³⁴

Diğer taraftan yasama dokunulmazlığı, mutlak değildir. Yasama dokunulmazlığının Anayasa tarafından öngörölmüş iki istisnası vardır. İlk istisna; Anayasa 83.maddesinin 2.fıkrasında ağır cezalı suçüstü halinin yasama

¹³² Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s.89.

¹³³ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.500.

¹³⁴ Ferhat Yıldız, “Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı-Arama-Elkoyma”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 4, Sayı 13, Ağustos 2010, s. 208, Özge Sırma, “Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 34, Haziran, 2009, s.33.

dokunulmazlığının dışında kaldığı belirtilmiştir. İkinci istisna ise; Anayasa'nın 83.maddesine göre seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14.maddesindeki durumlardır.¹³⁵

2.2.3.3.4 Noterler

Noterler hakkında ise 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 153-156.maddelerine göre; görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Ancak Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 01.01.2006 tarihli "Noterler hakkında yapılan inceleme ve soruşturma işlemleri" konulu 14 Numaralı Genelgesinde de konumuza paralel ifadeler mevcuttur. İşbu genelgede 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun "Kovuşturma izni" kenar başlıklı 153.maddesinde Noterlerin görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine bağlı olduğunun düzenlendiği belirtilmiştir. Bu nedenle noterler hakkındaki her türlü kovuşturma talebinin ilgili belgelerle Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹³⁶

2.2.3.3.5 Yargı Mensupları

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 88.maddesinde Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak,

¹³⁵ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 19.Baskı, Bursa 2015, s.205.

¹³⁶ Bkz. <http://www.cigm.adalet.gov.tr/genelgelerimiz/genelgemetinleri/14nolu.pdf>, (Erişim tarihi: 03.10.2014.)

durum Adalet Bakanlığına derhal bildirilir. Hakim ve savcılar için öngörülen arama yasağı, sadece hakim ve savcının görevinden doğan veya görevi sırasında işlendiği iddia olunan suç kapsamaz. Özel yetkili mahkeme¹³⁷ nin kapsamına girip girmemesi veya adi suç niteliğini taşıyıp taşınamaması ayırımı yapılmaksızın, hakim ve savcılarının üzerleri, dolayısıyla yanında taşıdığı eşya, konutu ve büroları aranmaz.¹³⁸

Diğer taraftan 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 46.maddesi: “Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlıdır. Ancak, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinin hazırlık ve ilk soruşturması genel hükümlere tabidir”, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 81.maddesi: “Yukardaki maddeler hükümlerine göre yapılacak soruşturmalar ile verilecek kararlarda, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun soruşturmaya ilişkin hükümleri uygulanır” ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nda 16.maddesi; “Başkan ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ve disiplin eylemleri için soruşturma açılması Genel Kurulun kararına bağlıdır. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde, soruşturma genel hükümlere göre yürütülür” hükmüne amirdir. Bu hükümler gereği yargı mensuplarının aranması mümkündür.

¹³⁷ Bilindiği üzere; 5.Yargı Paketi” olarak adlandırılan 06.03.2014 tarih ve 28933 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesi uyarınca kurulan ve kamuoyunda “özel yetkili mahkemeler” olarak bilinen ağır ceza mahkemeleri tümüyle kaldırılmıştır.

¹³⁸ Ersan Şen, “İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Şubat, 2009, Sayı 30, s.343.

CMK m.130 gereği avukat bürolarının aranması ve burada bulunan şeylere elkonulması özel olarak düzenlenmiş ve ağır koşullara bağlanmıştır.¹³⁹ Bu başlık ileriki bölümlerde ayrıntılı şekilde işlenecektir.

Avukatlar, hakim ve savcılar için yer verilen açıklamalar, arama tedbirinin tatbiki konusunda bu sıfatı taşıyanlar için öngörülen istisna ve özel prosedürler bir ayrıcalık olarak görülebilir. Ancak bunlar keyfi imtiyazlar olmayıp, taşınan sıfatın ve icra edilen mesleğin özelliği, yargının bağımsızlığı, yani baskı altına alınamaması ve yargı görevini en iyi şekilde icra etmesi ile ilgilidir. Ayrıca bu imtiyaz, yargının kurucu unsurları olarak kabul edilen hakim, savcı ve avukatlara güven ve saygının bir gereği, hakim ile savcılarla birlikte avukatları kapsamaya yönü ile de “*silahların eşitliği*” ilkesinin bir teminatıdır.¹⁴⁰ Bizde bu görüşe katılıyoruz, ayrıcalıklı niteliği ya da mesleği önemi gereği belli meslek gruplarının özel düzenlemelerle korunması gerektiğini düşünüyoruz.

2.2.4 Zaman Bakımından Şartlar

Aramanın günün hangi kısmında yapılacağı, hatta mümkünse saati arama kararında açıkça belirtilmelidir.¹⁴¹ Ayrıca arama kararı veya yazılı emirde, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresinin de açıkça belirtilmesi gerekir (CMK m.119, AÖAY m.7).

Arama, kararda veya yazılı emirde belirtilen süre içerisinde yapılır. Her arama kararı, aksine bir hüküm içermiyorsa sadece bir kez arama yapma yetkisi verir. (AÖAY m.31/1) her hangi haklı bir gerekçe olmadan uzun bir süreyi kapsayan arama kararına veya emrine dayalı olarak yapılan arama hukuka uygun değildir.

¹³⁹ Özge Sırma, “Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 34, Haziran, 2009, s.33.

¹⁴⁰ Ersan Şen, “İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Şubat, 2009, Sayı 30, s.343.

¹⁴¹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.373.

Ayrıca arama kararının geniş bir zaman dilimini kapsayacak, işin niteliğine uygun olmayacak bir süre için de verilmesi yerinde değildir.¹⁴²

Aramaya soruşturmaya başlanmasından hükmün verilmesine kadarki her aşamada başvurulabilir. Ancak aramanın karar verilmesinden itibaren ne kadar süre içinde uygulanacağına dair yasada bir açıklık yoktur. O halde makul bir süre içerisinde yerine getirmesi gerektiği kabul edilmelidir.¹⁴³ Kararın verildiği tarihten itibaren başlayan ve kısa olması tercih edilen bu süre olaydan olaya değişebilir.¹⁴⁴ Özbek; arama kararının uzun bir süre içermesi “Demokles’in kılıcı” gibi şüphelinin tepesinde bekletilmesine bu da aramaya hakim olan ilkelere özellikle hukuk devleti ve dürüst işlem ilkesine aykırı olacağı kanısındadır. Bizde bu değerlendirmeye katılıyoruz.¹⁴⁵

Arama kural olarak gündüz yapılır. CMK m.118/1’e göre, konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde¹⁴⁶ arama yapılamaz. Zira gece vakti özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakları bakımından özellik arz eder. Aramanın gündüz vakti yapılacağı kuralına CMK m.118/2 ile istisnalar getirilmiştir.¹⁴⁷ Düzenlemeye göre suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar gece vaktinde yapılabilir.

¹⁴² Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.55.

¹⁴³ Ali Tanju Sarıgül, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl: 30, Sayı: 113, Ocak, 2002, s.74.

¹⁴⁴ Feridun Yenisey, “İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma ve İlgili TCK-CMUK Maddeleri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s. 21.

¹⁴⁵ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.379.

¹⁴⁶ TCK m.6 tanımına göre “gece vakti”; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresidir.

¹⁴⁷ CMK, CMUK’ta sayılan istisnaları azaltmıştır. CMK, herkesin girip çıkabileceği yerler, mahkumların toplanma, sığınma ve suçtan elde edilen eşyayı saklama yeri, gizli kumar yeri, genelev gibi yerlerde gece-gündüz ayrımı yapılmaksızın aramanın her zaman yapılabilmesi olanağını kaldırmıştır. (Aktaran: Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.374.)

Ancak CMK gıyabi tutuklamayı kaldırdığından ancak yüze karşı verilmiş tutuklama kararından sonra firar eden kişi gece aramaya maruz kalabilecektir.¹⁴⁸

CMK, herkesin girip çıkabileceği yerler, mahkumların toplanma, sığınma ve suçtan elde edilen eşyayı saklama yeri, gizli kumar yeri, genelev gibi yerlerde gece-gündüz ayrımı yapılmaksızın aramanın her zaman yapılabilmesi olanağını kaldırmıştır ancak bize göre CMK m.118/1’de sayılanlardan olup olmadığına bakılmaksızın gece vakti çalışılan, gece kulübü, pavyon, bar, gazino vs. gibi yerlerde arama yapılabilmesi lazımdır. Zira suç unsurları ve delillerin elde edilmesi amacına yönelik olarak gece vakti çalışılan yerlerde arama yapılabilmesi önemlidir.

Ayrıca her ne kadar öğretilerde aksi görüşü savunanlar olsa da şunu belirtelim ki; gündüz başlayan aramalara gece vakti devam edilebilir. Zira JTGY m.113/5; “Aramanın gündüz yapılması, aramaya gündüz başlanmış olması demektir. Gündüz başlanan aramalar gece de sürdürülebilir.” hükmüne amirdir. Kaldı ki; gündüz başlayan aramaya gece devam edilememesinin; suç soruşturmasını halele uğratacak, delilleri karartacak sonuçlar doğuracağı ve zaman kaybına neden olacağı aşıkardır.¹⁴⁹

Önleme aramaları, denetimler ve kontroller ise gece vakti de dahil olmak üzere her zaman yapılabilir. Ayrıca PVSK m.7’de sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde de gece arama yapılabilir.

Arama konusunda gece-gündüz ayrımı yapılmış olmasına rağmen bayram ve tatil günleri hakkında bir düzenleme yoktur. Ancak yasa koyucu bu konuda gece dışında bir istisna getirmek istememiş olabilir.¹⁵⁰ Adeta bilinçli bir boşluk bırakılmıştır. Bu noktada arama işlemi için gerekli şartlar oluştuğunda ve özellikle gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama yapılabilmesi görüşündeyiz.

¹⁴⁸ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.501.

¹⁴⁹ Aksi görüş için bkz. Öztürk, Erdem ve diğerleri, a.g.e., s.501.

¹⁵⁰ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.373, Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s.99.

2.3 Aramanın Yapılabileceği Yerler

CMK'ya göre, şüphelinin, sanığın ya da 117.maddedeki hallerde diğer bir kişinin üstü, eşyası, konutu, işyeri ya da ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m.116-117). Arama kişinin üstünde, eşyasında, konutta, işyerinde, bilgisayar kütüklerinde, avukat bürosunda ve diğer yerlerde yapılabilir.

2.3.1 Konutta Arama

Konut, kişinin kişiliğini bulması, özgürlüğü, güvenliği ve kendisini ifade etme ve geliştirmesi için en uygun olan yerdir. Bu nedenle de Anayasada ifadesini bulan temel haklar arasında konut dokunulmazlığı¹⁵¹ sayılmıştır. Bu kavramın koruduğu değer, insanın evinde özgürce huzur ve güven içinde baskı ve korkudan uzak yaşamasıdır. Ceza hukukundaki konut kavramı özel hukuka nazaran daha geniş bir kavramdır. Ceza hukukunda konut devamlı veya geçici olarak kalınan yerdir. Birden fazla olabilir.¹⁵²

Konuttan maksat, geçici de olsa oturulan yerdir. Bu nedenle ikametgahtan farklıdır. Bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi için bu yönde bir özgüleme (tahsis) iradesi bulunmalıdır. Ancak bu irade anlaşılabilir, yani dış dünyadan ayrı tutulduğu açıkça ortaya konmalı ve sürekli olmalıdır.¹⁵³

Ev terimi günlük dilde, etrafı çevrili ve üstü örtülü yerleri ifade eder. Bu anlamı ile kullanıldığında maddenin uygulama alanının daralacağı şüphesizdir. Yasa koyucu, bilinçli olarak ikametgah terimini de kullanmamıştır. Zira ikametgahta bir

¹⁵¹ AY m.21/1: “Kimsenin konutuna dokunulamaz.” hükmüne amirdir. Konut dokunulmazlığı ilk defa 1876 tarihli Kanuni Esasinin 22.maddesi tarafından kabul ve ilan edilmiştir. (Aktaran: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 19. Baskı, Bursa 2015, s.148.

¹⁵² Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2010, s.275-276.

¹⁵³ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s.109.

kişinin sürekli olarak yerleşmek niyetiyle ve fiilen bulunduğu yerdir. Böyle bir kabulde maddenin uygulama alanını daraltır. Buna karşılık konut terimi ise, kişinin fiilen oturduğu yeri ifade eder. O halde konut teriminin kabulü dokunulmazlığın etki alanını mümkün olduğunca genişletmektedir.¹⁵⁴

Gillow/İngiltere Davasında (24.11.1986); “...Sahip oldukları evde hiç yaşamamış olan kişilerin bu yerleri, uzun süre hiç yaşamamış olsalar bile, hep söz konusu yere dönme niyetleri olması ve söz konusu taşınmazla ilgili ilişkilerini konutları sayılabilecek düzeyde devam ettirmeleri halinde konut kavramına dahil sayılacaklardır.”¹⁵⁵ Konutta aramada, konut kavramını geniş olarak yorumlamak gerekmektedir. Konutun mutlaka ev ya da daire olması gerekmez. Konut eklentileri de konut kavramına dahildir. Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. Bu kişilere arama tanığı (adli tanık) adı verilmektedir (AY m.38/6, CMK m.217/2).¹⁵⁶

Yargıtay arama işlemi sırasında arama tanıklarının bulunması konusunda içtihat değiştirmiştir. Şöyle ki; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.03.2012 tarihli 2011/8-278 Esas, 2012/96 Karar sayılı kararı ile usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememelerinin kabul edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

Yine aynı kararda Yargıtay Ceza Genel Kurulu; Yasanın arama sırasında bulunmasını istediği diğer kişilerin aramaya katılmadığını, bunun da şeklen hukuka aykırı olduğunu ve 5271 sayılı CYY'nin 217. maddesinin 2. fıkrasında hüküm

¹⁵⁴ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s.106-107.

¹⁵⁵ İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Malkoç Kitapevi, 1. Cilt, Ankara 2005, s.306.

¹⁵⁶ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.502.

uyarınca, arama sonucu elde edilen delilin hukuka uygun biçimde elde edilen delil niteliğinde bulunmadığı ileri sürülebilir ise de; usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunan somut olayda, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itiraz vaki olmadığı gibi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım haklarının ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın da bulunmadığını, bu nedenle sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı ve ele geçirilen delillerin hukuka aykırı olarak nitelenemeyeceğinin kabulü gerektiği hükmüne varmıştır.

Camenzind/İsviçre Davasında (16 Aralık 1997); AİHM, İsviçre'nin konutların aranması konusundaki yasal çerçevesinin davacının haklarını yeterince koruyup korumadığını değerlendirme durumunda kalmıştır. Buna göre aramanın konut dokunulmazlığını ihlal etmemesi için kararda sayılan asgari yasal şartların varlığını aramıştır. Mahkeme aramanın tek bir görevli tarafından ve davacıya hakkındaki dosyayı inceleme ve bir avukatı arama fırsatı verildikten sonra davacının da hazır bulunduğu bir biçimde yapıldığına dikkat çekmiştir. Aramanın yaklaşık iki saat sürmüş olmasına ve bütün evin aranmasına rağmen, arama yetkilisi sadece telefonları ve televizyonları kontrol etmiştir; mobilyaların içine bakmamış, herhangi bir belgeyi incelememiş veya herhangi bir şeye el koymamıştır. Sonuç olarak mahkeme davacının haklarına yapılan müdahalenin, hedeflenen amaçla orantılı olduğuna ve 8.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁵⁷

AİHM, **Funke/Fransa Davasında (10828/84, 25 Şubat 1993);** arama ve elkoyma için mahkeme kararının gerekliliğini belirtmiştir. Aramadan önce mahkeme kararının alınması, konuta saygı gösterilmesi hakkının bir teminatıdır. Adı geçen davada Fransa Hukuk Sistemine göre gümrük yetkilileri gümrük suçlarında aramaların aciliyeti, sayısı, uzunluğu ve kapsamını münhasıran değerlendirme yetkisine sahip olup, bu yetkiye dayanarak başvuruçunun yurtdışındaki malları konusunda bilgi edinmek için evini aramışlar ve yurtdışındaki banka hesapları hakkındaki belgelere el koymuşlardır. Mahkeme bu davada, arama ve elkoyma

¹⁵⁷ Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.17.

konusundaki yasal düzenlemenin, başvurucunun 8.maddede korunan haklarını yeterince koruyucu önlemleri almadığı ve 8.maddenin ihlal edildiğini kabul etmiş, mahkemeden arama emri çıkartılmasının gerekli olmadığı bir durumda, kanunen belirlenen sınırlamalar ve şartlar, davacının haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen meşru amaçla tamamen orantılı olarak görülemeyeceği kadar gerçek ve hukuki boşluklarla dolu gibi görüldüğüne karar vermiştir.¹⁵⁸

Murray/Birleşik Krallık Davasında; Bayan Murray ve ailesinin evine ordu mensupları tarafından girilmesinin, arama yapılmasının ve ailesinden beş kişiyi kısa bir süre için odada tutmasının 8.maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkeme ulusal mahkemenin Bayan Murray'in terörizmle ilgili bir suç işlediğinden gerçekten ve dürüst bir biçimde şüphelendiği sonucuna ulaşmış ve bu şüphenin makul bir şüphe olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle konuta girme ve konutu arama ihtiyacının var olduğuna karar vermiştir. Karar verirken mahkeme Kuzey İrlanda da bu tür tutuklamaların yapıldığı "aşırı gerilimli şartlar" da göz önünde bulundurarak konuta girişin ve aramanın yapılma biçimini açıklayan ve haklı çıkaran meşru unsurlar olduğuna katılmıştır. Hedeflenen amaçla yetkililerin kullandığı yöntemlerin orantısız olduğuna katılmamıştır.¹⁵⁹

Mialhe/Fransa Davasında (No:1, 12661/87, 25 Şubat 1993); yurtdışına sermaye kaçışını ve vergi kaçırılmasını önlemek için Devletin ciddi zorluklarla karşılaştığına, bu nedenle Devletin kambiyo denetimi suçları için fiziksel kanıt toplamak amacıyla evleri araması ve bazı şeylere el koyması gerekebileceğini ve gerekirse sorumlular aleyhine dava açabileceğini kabul etmiştir. Söz konusu davada durum böyle değildir. Mahkeme yetkililerin geniş yetkilere sahip olduğunu, arama kararı şartı olmadığı için kanunlarda belirtilen sınırlandırmaların, davacıların haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olamayacağı kadar aşırı

¹⁵⁸ Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.18-20.

¹⁵⁹ Aktaran: Çiçek, a.g.e., s.18-19.

gevşek ve hukuki boşluklarla dolu olduğuna, bu nedenle 8.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁰

Yukarıda değindiğimiz AİHM kararlarında konutun “özel yaşam” daki önemine değinilerek, arama koruma tedbirinin kişinin özel yaşam alanı olan konutta hukuka aykırı olarak uygulanması halinde, AİHS’in “Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı” kenar başlıklı 8.maddesi hükmü ihlali oluşturacağı belirtilmiştir.¹⁶¹

CMK m.119 hükmü gereği konutta arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. AÖAY m.7/4 hükmü gereği; kolluk âmirlerince konutta arama kararı verilemez. Konutta arama ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle yapılabilir. Ancak 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda öngörülen suçlar bakımından, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz. Yani Kaçakçılık Kanununda öngörülen suçlar kapsamında konutta aramanın istisnası bulunmamakta, arama yapılabilmesi için yalnızca hakim kararı gerekmektedir.

2.3.2 İşyerinde Arama

İşyeri, bir kimsenin içinde mutad sanatını icra ettiği yer olarak tanımlanabilir. Bu kavrama eklentileri de dahildir. Mesela, bir otel ve buna bağlı olan yemek salonu veya gazino gibi. Yine tamirhane, fabrikalar, dükkan, mağaza, büro, doktor muayenehanesi, yabancı konsoloslukların hizmete ayrılmış odaları, pazar yerlerinde her bir esnaf için ayrılmış bölümler işyeridir. Ancak tamamıyla taşıma aracı olarak

¹⁶⁰ Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.19.

¹⁶¹ AİHS m.8- Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı; “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi sağlığı veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak şartıyla söz konusu olabilir.”

kullanılan kamyon bir işyeri olarak kabul edilemez. Bununla birlikte bir taşıt aracı aynı zamanda örneğin; yiyecek-içecek satmak amacıyla kullanılıyor ise işyeri sayılmalıdır. Ayrıca işyeri faaliyeti devamlılık arz etmek zorunda olmakla birlikte, geçimin sağlanması amacıyla kazanç elde edilmesi şart değildir.¹⁶² Bazen konut ile işyeri aynı yer olabilir. Bu durumda konuta ilişkin esasların geçerli olacağı açıktır.¹⁶³

Klas/Almanya Davasında (06.09.1978); Konut bazen işyerlerini de kapsayabileceği, bir kişinin mesleğine ve işine ait faaliyetlerin kişinin özel konutunda yapılması durumunda konutun işyerini kapsadığı kabul edilmiştir.¹⁶⁴

Yargıtay 7.Ceza Dairesinin 08.12.2014 tarih ve 2014/1269 E., 2014/20809

K. Sayılı kararında: “...Cumhuriyet Savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunduğundan bahisle verilmiş yazılı bir arama izni bulunmasına rağmen arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin belirtilmediği, dosya içerisinde bulunan 02.02.2011 tarihli arama tutanağının tarih ve saati incelendiğinde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması nedeniyle arama kararının savcılık tarafından verilemeyeceği, buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu, sanık aşamalarda ki savunmalarında ise sigaraları içmek amacıyla aldığını, ticari amacının olmadığını beyan etmiş olup işyerinde yapılan aramada da herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı, usulsüz arama sonucu kanuna aykırı olarak elde edilen delil (eşya) dışında sanığın mahkumiyetini gerektirecek başkaca bir delil de elde edilemediği ve kaçak eşyanın miktar ve mahiyeti gözetildiğinde, dava konusu eşyayı ticari amaçla bulundurduğuna dair sanığın savunmasının aksine mahkumiyeti için her türlü şüpheden uzak, kesin, yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığı halde, beraati yerine yazılı gerekçeyle mahkumiyetine karar verilmesi nedeniyle bozulmasına...” karar verilmiştir.¹⁶⁵

¹⁶² Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.366.

¹⁶³ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.502.

¹⁶⁴ İsmail Malkoç, Mert Yüksektepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Malkoç Kitapevi, 1. Cilt, Ankara, 2005, s.306.

¹⁶⁵ Sinerji Hukuk Yazılımları, (Erişim: 20.04.2015).

Yukarıda aktarılan yargı kararında gecikmesinde sakınca bulunulan hale dayanılarak Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama izni bulunmasına rağmen arama kararında gecikmesinde sakınca bulunulan hal gerekçesi belirtilmediğinden işyerinde yapılan arama hukuka aykırı bulunmuştur. Sonuç olarak konut dokunulmazlığı hakkı kapsamında, konutta yapılan arama gibi işyeri aramaları da eklentileri ile birlikte koruma bulur.

2.3.3 Üst Araması ve Vücutun Muayenesi

Kişinin üstünde arama yapılması elbise üzerinde veya altında, cilt üzerinde veya doğal vücut boşluklarında gözle veya elle yapılan ve gizli olan bir şeyi ortaya çıkarmaya yönelik araştırma işlemidir.¹⁶⁶ Üstte yapılan arama insan onuru ve kişi özgürlüğüne yapılan önemli bir müdahale olduğu için, özellikle polisin bir hakim kararı olmaksızın arama yapabildiği durumlarda mümkün olduğunca keyfilikten uzak ve aramaya hakim olan ilkeleri göz önünde tutarak yapılmalıdır. Kişinin üstü aranırken vücut tamlığına, ar ve haya duygularına saygı gösterilmelidir.¹⁶⁷ Bir kadın üzerindeki arama, aynı cinsiyetteki bir görevli tarafından yapılmalıdır.

Üstte yapılan arama beden muayenesi değildir ve CMK m.75 vd. düzenlenen beden muayenesinden farklıdır. Eğer yapılan arama işlemi beden muayenesi niteliğine sahipse, CMK m.116 vd. değil, beden muayenesi ile ilgili düzenlemelerde aranan şartlara uyulmalıdır.¹⁶⁸

Dış beden muayenesi, gerektiğinde kişinin çırılçıplak soyulmasını, ağız, anüs, vajina gibi vücut boşluklarına bakılmasını gerektirdiği için, bunun hakim veya savcı kararı olmadan yapılabilmesi kabul edilemez. Nitekim CMK m.75/3'te cinsel organlarla anüs bölgesinde yapılan muayenenin iç beden muayenesi sayılacağı

¹⁶⁶ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.501.

¹⁶⁷ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s.117.

¹⁶⁸ Yasemin F. Saygılar, "Arama", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, Cilt 1, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, İstanbul 2008, s. 633.

düzenlendiği için, bu organlar ancak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda savcı kararı ile muayene edilebilecektir. Bu düzenleme, arama yapılması için şüpheli veya sanığın, adli kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından çırılçıplak soyulmasına, anüs ve cinsel organlarının görülmesine engel oluşturur.¹⁶⁹

2.3.4 Araçlarda Yapılan Arama

Her türlü deniz, hava ve kara ulaşım aracı bu kapsamda sayılır. Ancak aranacak aracın, konutta ya da işyerinde bulunması durumunda bu yerlerde arama yapılmasına ilişkin kurallar uygulanacaktır.¹⁷⁰

AÖAY m.29 araçlarda aramayı ayrıca düzenlemiştir: “Araçlarda aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Araç araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır. Araç araması, kişiye en az sıkıntı verici şekilde ve makul olan en kısa sürede 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 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.”

¹⁶⁹ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s.502.

¹⁷⁰ Öztürk, Erdemve diğerleri, a.g.e., s.503.

2.3.5 Eşyada Yapılan Arama

Maddi bir varlığa sahip, taşınabilir ve delil olabilir nitelikteki her şey “eşya” olarak aramanın konusunu oluşturabilir. Eşyaya sahip olmak hakka dayanmak zorunda olmadığı gibi, kişinin zilyetliğinde bulunması yeterlidir. Bunların da aranması mümkündür.¹⁷¹ Örneğin; bavul, çanta vs.

2.3.6 Avukat Bürolarında Arama

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1.maddesi; “Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.” hükmüne amirdir.

Av.K m.34’e göre; Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun Konsey Statüsü'nün 15. maddesine göre düzenlenen 9 Numaralı Tavsiye Kararında; “Serbest avukatlık son yıllarda oldukça değişmiştir ve mesleği icra edenler işlerinde daha çok ticari yaklaşımı benimsemek zorunda kalmışlardır. Ancak bağımsız bir mesleğe mensupurlar ve mahkemeye ve müvekkillerine karşı sorumluluklarına uymalarını sağlayan kurallara uymalı ve mesleki statülerini korumalıdır. Yüksek kalitede hukuk hizmetlerinin verilmesi ve kişiler arasında ayırım yapılmaması sağlanmalıdır.” şeklinde ifade edilen kurallar avukatın üstlendiği kamusal nitelikteki görevin değerini belirlemektedir.¹⁷²

¹⁷¹ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s.118.

¹⁷² Atila Sav, “Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, Sayı: 2010/1, s.139-140.

Avukatlık mesleğinin özel önemi gereği avukatların soruşturulması da özel usule tabidir. Bu usul belirlenirken avukatların savunma hakkı ve sır saklama yükümlülüğü göz önünde bulundurulmuştur.¹⁷³ Avukat ile müvekkili arasındaki ilişkilerin gizlilik içerisinde yürütülmesine önem verilmiş bulunmaktadır.¹⁷⁴ Avukatın büro edinme zorunluluğunu düzenleyen Av.K. m.3'e göre; Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır.

Kocaoğlu'na göre; Yargının üç ayağından birisi olan “savunma” adı verilen kamu hizmetini ve buna bağlı ekonomik faaliyetlerini sürdürebilmesi büroyu avukat için çok önemli kılar. Yani aslında büro, savunmanın her türlü faaliyetinin emin bir şekilde yürütülmesi için var olan adeta avukatın kalesidir. Bu kale, her türlü dış tehditten hukuken korunaklı olmalıdır. Zira, avukat ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişki tamamen “güven”e dayalı bir ilişkidir.¹⁷⁵

Faruk EREM, bu konunun önemini altını şu şekilde çizmektedir: “Arama en ağır bir soruşturma tedbiridir. Zira bu tedbir kişinin temel haklarını (mesken masuniyeti, sır masuniyeti gibi) ihlal eder. Kolaylıkla verilen arama kararları bu tedbirin niteliğinin anlaşılammış olduğunu gösterir. Avukatların yazıhanelerinde arama ise daha vahim bir haldir. Zira avukatlar tam bir güven içerisinde bulunmazlarsa mesleklerini ifa edemezler. Avukatın bürosu basit bir iş mahalli değildir. Avukatın (müdafii) yazıhanesinin aranabileceğini düşünen bir müvekkilin avukatına güvenmesine imkan yoktur. Aranabilen avukat yazıhanesi tuzak haline gelebilir. Zamanla, çok az kişi bu tuzağa düşer. Şüphe edilen bir şahsın avukatı varsa, onun bürosunda delil bulunabileceği ümidine kapılan zabıta, savunma emniyetine en büyük darbeyi vurmuş olur. Zabıtaya “savunma özgürlüğü”nü inkar imtiyazını tanıyan bir kanun hükmü yoktur. “Savunma özgürlüğü” yalnız duruşmada serbestçe savunma yapabilme olanağı değildir. Kişi dilediği delili getirmek veya getirmemek

¹⁷³ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınları, 2006, s.252.

¹⁷⁴ Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s.247.

¹⁷⁵ Serhat Sinan Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-1/2012-1-2.pdf>, (Erişim: 20.04.2015), s.55.

takdirine de sahip bulunmalıdır. Nasıl sanık yemine zorlanamazsa, aynı şekilde elinde bulunan delili vermeğe de zorlanamaz. Avukat yazıhanesine intikal etmiş bir delil artık savunmanın takdirine tevdi edilmiştir.¹⁷⁶

Öztürk/Erdem’inde belirttiği üzere CMK’da avukat bürolarının aranması konusunun özel olarak düzenlenmesi ve bunun ağır koşullara bağlanması ileri doğru atılmış önemli bir adımdır. TCK m.6’da yargı görevi yapan deyiminde hakim ve savcılarla birlikte avukatlar da sayıldığına göre, hakimin, savcının bürosu nasıl aranıyorsa avukatları da öyle aranmalı yani aranmamalıdır. Sırf savunma hakkının korunması için bunun yapılması gerekirdi.¹⁷⁷

Av.K. m.58’e 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 büroları 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 aranmaz.” Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar 5235 sayılı Kanununun 12.maddesinde sınırlı bir şekilde hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre TCK’da yer alan yağma, irtikap, resmi belgede sahtecilik, nitelikli dolandırıcılık, hileli iflas suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçun yanında birde suçüstü halinin varlığı şartı da aranmalıdır.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Aktaran: Serhat Sinan Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2012-1/2012-1-2.pdf>, (Erişim: 20.04.2015), s.56.

¹⁷⁷ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.502-503.

¹⁷⁸ Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.111.

CMK avukatların kişisel suçlar ile görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar konusunda yapılacak arama bakımından bir ayırım getirmemiştir. Dolayısıyla, her iki halde de CMK uygulanacaktır.¹⁷⁹

Avukat büroları Av.K. m.43’de belirtilen avukatın levhaya yazıldığı tarihten itibaren üç ay içinde baro bölgesinde belirlediği veya baro başkanlığına bildirdiği yer olarak anlaşılır. Bu şekilde belirlenen yer, hem konut hem de büro olarak kullanmakta ise adli arama bakımından bu yer de büro olarak kabul edilir. Aynı şekilde evin bir kısmı büro olarak kullanılmakta ise bu yer de adli arama bakımından büro sayılır. Her avukatın tek bir büroya sahip olma yetkisi bulunmaktadır. Adli aramaya esas olan büro, bağlı olduğu Baro Başkanlığına bildirilen yerdir.¹⁸⁰

CMK m.130 ve AÖAY m.13’e göre; avukat büroları ancak mahkeme kararı¹⁸¹ ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Avukat bürosunda arama yapılmadan önce en seri şekilde durum mutlak surette Baro Başkanlığına bildirilecektir. İlgili Baro Başkanının veya görevlendireceği avukatın arama yerine gelmesi beklenmelidir.

Gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı ileri sürülerek, belirtilen kişiler gelmeden aramaya başlanması usule aykırıdır. Arama başladıktan sonra veya aramanın devam ettiği sırada baro başkanının veya temsilcisinin aramaya katılması usule aykırılığı ortadan kaldırmaz ve bu şekilde yapılan arama işlemi hükme esas alınmaz.¹⁸²

¹⁷⁹ Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.70.

¹⁸⁰ Aldemir, a.g.e., s.108-109.

¹⁸¹ Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re’sen mahkeme tarafından verilir.

¹⁸² Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.110.

CMK m.130 gerekçesinde de; “ayrı ve istisnai usuller getirilmesinin nedeni, savunma hakkını sağlam tutmaktır. Avukat ile müvekkili arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi, savunma hakkını sağlam tutmanın ve avukatın mesleki sırlarının korunmasının temel koşuludur. İşte bu nedenle özel hükümler meydana getirilmiştir.” ifadeleriyle özel usul gerekçelendirilmiştir.¹⁸³

CMK m.130/2 ise; “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, yirmidört saat içinde verilir.” hükmüne amirdir.

130. maddenin birinci fıkrasında avukat bürolarının ancak “*mahkeme kararı*” ile aranabileceği ifade edilerek, avukat bürolarının soruşturma aşamasında değil, kovuşturmada arama tedbirine konu edilebileceği ifade edilmiştir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında avukat bürolarının soruşturma aşamasında da aranabileceğine dair hükme yer verilerek, birinci fıkrada öngörülen sınırlamanın terk edildiği görülmektedir. Bu durumda, ya birinci fıkrada bir eksiklik bulunmamakta, kanun koyucu bilerek ve isteyerek avukat bürolarının soruşturma aşamasında aranmasını istememekte veya birinci fıkrada sehven yanlışlık yapılmakla birlikte, bu eksiklik ikinci fıkra ile giderilmektedir.

ŞEN’e göre; avukat bürolarında arama ve elkoymanın özel olarak CMK m.130’da düzenlendiği dikkate alındığında, soruşturma aşamasında avukat bürolarının aranmaması, maddenin ikinci fıkrasındaki açıklık sebebiyle mümkün

¹⁸³ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhuğlu, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Beta Yayınları, Cilt 1, İstanbul 2013, s.1288.

olamayacaktır. İkinci fıkrada soruşturma aşamasında da avukat bürolarında arama ve elkoyma tedbirine başvurulamayacağı belirtilmiş olsa idi, soruşturma aşamasında avukat bürolarında arama ve elkoyma tedbirine başvurulamayacağı söylenebilirdi.¹⁸⁴

Avukatlık Kanunu m.58; “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 aranmaz.” hükmüne amirdir.

CMK m.130 ile Avukatlık Kanunu m. 58 arasında önemli fark bulunmaktadır. CMK m.130, avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlendiği iddia olunan suç ayırımı yapmayarak, her durumda avukatın bürosunda arama, elkoyma ve postada elkoymayı özel prosedüre bağlamıştır. Özel kanun niteliği taşıyan Avukatlık Kanunu m. 58 ise, avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği iddia olunan suçlardan dolayı bürosunun dışında konutunun da özel prosedüre bağlı olarak aranacağını ifade etmiştir. CMK m.58’de elkoyma ile ilgili hüküm bulunmadığından, avukatlık ofisi dışında kalan avukatlık evinin aranması sonucunda elde edilen delil ve belgeler hakkında elkoyma tedbiri, genel hükümler uyarınca tatbik edilecektir.¹⁸⁵

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 01.01.2006 tarihli “Avukatlar hakkında yapılan inceleme ve soruşturma işlemleri” konulu 13 Numaralı Genelgesinde de konumuza paralel ifadeler mevcuttur. Mezkur genelgenin hazırlanma gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: “Avukatların görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları ile kişisel suçları nedeniyle haklarında yapılan inceleme ve

¹⁸⁴ Ersan Şen, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/sites/ankarabarusu/tekmakale/2013-2/2013-2-12.pdf>, (Erişim: 20.04.2015).

¹⁸⁵ Ersan Şen, “İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Şubat, 2009, Sayı 30, s.341.

soruşturmalarda; hatalar yapıldığı, yakınmalara sebebiyet verildiği ve evrakın usulüne uygun olarak düzenlenmediği Bakanlığımıza intikal eden bilgilerden anlaşılma bazı hususların teşkilata duyurulmasında yarar görülmüştür” ve devamında avukatlar hakkındaki inceleme ve soruşturmalarla ilgili mevzuata değinilmiş, mevzuata uyma konusunda gereken dikkat ve özenin gösterilmesi rica edilmiştir.¹⁸⁶

Konuya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Adalet Divanınının 16.12.1992 tarih ve 72/1991/324/396 numaralı Almanya’ya karşı Niemietz Kararına göre; avukat büroları aramalarında, haberleşme niteliği taşıyan yazılı belgeler incelenemez. Ayrıca bir avukat bürosunda arama, başka bir amaçla yapılmış olsa dahi, arama emri genel ifadelerle geçirilmiş, özel bir arama yöntemi öngörülmemiş ve meslek sırrına ağır bir saldırı oluşturuyorsa yasa dışı kabul edilmelidir.¹⁸⁷ Arama emrinin genel ifadeler taşıması, incelenen belgelerin bir kısmının mesleki gizlilik ilkesinin ihlaline neden olacak belgelerden bulunması nedeniyle Alman kanunlarının arama yetkisinin kullanılması konusunda, aramanın usulüne ilişkin teminatları içermemesi nedeniyle uygulama amacıyla orantısız olduğu belirlenmiştir. Hakaret suçu nedeniyle başlatılan bir soruşturma sırasında delil elde etmek amacıyla avukatlık bürosunda arama yapılmasını mahkeme orantısız bulmuştur.¹⁸⁸

Yine aynı kararda resmi makamların müdahalesi demokratik toplum kurallarına aykırı olmaz. Bu bağlamda meslek sırrına saldırı ölçüsüne varan avukat bürosunun aranması savunma görevinin yerine getirilmesi ve m.6’da öngörülen haklara etki edebilir. Bu tür bir müdahale avukatların meslek onurunu, müvekkilleri ve kamuoyu önündeki durumunu olumsuz yönde etkiler.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Bkz. <http://www.cigm.adalet.gov.tr/genelgelerimiz/genelgemetinleri/13nolu.pdf>, (Erişim tarihi: 03.10.2014).

¹⁸⁷ Aktaran: Ferhat Yıldız, “Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı – Arama – Elkoyma”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, Ağustos 2010, s.211.

¹⁸⁸ Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.18.

¹⁸⁹ Aktaran: Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara, 2014, s.368-369.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin **Roemen ve Schmit / Lüksemburg Davasında (2003)**; bir gazetecinin bürosunda yapılan arama ve elkoyma işlemi davaya konu edilmiş olup, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesinin 2.fikrasında 1.fıkra ile koruma bulan özel hayatın ve aile hayatının korunmasının istisnaları düzenlenmiştir. Ancak AİHM; “8/2’deki istisnalar yorumlanmayı gerektirir. Gereklilik konusu ikna edici olmalıdır. Sorgu mahkemesi her türlü belge, eşya ve kullanılması soruşturmanın selametine zarar verecek şeyleri araştırmak ve elkoymak amacıyla oldukça geniş kapsamlı bir arama kararı vermiştir. Üstelik sonuçta gazetecinin kaynağını açığa çıkarmak gibi bir amaç sezilmektedir. Aramanın gerçekleştirildiği çabukluk, izlenen amaçla orantısızdır. Bu yüzden Sözleşmenin 8.maddesi ihlal edilmiştir” sonucuna varmıştır.¹⁹⁰

Andre ve Diğerleri / Fransa Davası (2008) ile de arama sırasında hazır bulunan Baro Başkanının ileri sürdüğü itirazlara rağmen avukatın tüm belgelerinin incelenmesi ve belgelere elkonulması suretiyle Baro Başkanının hazır bulunmasının şekilde kalması ve etkin olmaması nedeniyle bu uygulamanın AİHS'nin 8.maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹⁹¹

Elçi ve Diğerleri / Türkiye Davasında (2003); olağanüstü hal sırasında Diyarbakır Barosuna kayıtlı bir avukat olan Tahir Elçi ve arkadaşlarının ev ve işyerleri polis tarafından yetkili yerlerden izin alınmadan aranmış ve çok sayıda belgeye el konulmuştur. Başvurucu, aramaya neden gösterilen suç konusu ile ilgisi bulunmayan ve temsil ettiği kişiler adına AİHM'ye yaptığı başvuru dosyalarına da el konulduğunu belirtirken Hükümet savunmasında Olağanüstü Hal Kanunu ve CMUK'un 90 ve 97. Maddesine dayalı olarak yapılan aramaların, ulusal güvenliği sağlama, suç işlenmesini önleme amacını taşıdığını belirtmişti.

AİHM bu davaya ilişkin kararında; başvuruculara ait ev ve işyerlerinin aranmasının öncelikle onların konutlarına ve iletişim özgürlüklerine saygı

¹⁹⁰ Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.71, Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.111.

¹⁹¹ Aktaran: Aldemir, a.g.e., s.110-111, Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.95-96.

gösterilmesi hakkına yapılmış bir müdahale olduğunu, aramaya ilişkin ne bir hakim kararı olduğunu ne de Olağanüstü Hal Kanununun gecikmesinde sakınca olan hallerde valiye verdiği yetkiye dayalı olarak verilen yazılı arama emrinin bulunduğunu, aramalar sırasında başvuruculara ne arandığının söylenmediğini, hatta aramaya ilişkin tutanak bile tutulmadığını, yapılan arama işleminin hiçbir yargısal mercinin denetimine sunulmadığını belirterek Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁹²

Smirnov/Rusya Davasında; mahkeme bir avukat söz konusu olduğunda yapılan arama kapsamında mesleki gizliliğe tecavüz edilmesinin adaletin sağlanmasını olumsuz etkileyeceğinden sözleşmenin 6.maddesine de aykırı olabileceğini vurgulamıştır.¹⁹³

Domenichini/İtalya Davasında (15.11.1996); tutuklunun avukatına yazdığı mektubu inceledikten sonra, geç verilmesinde hem m.6/3-b, hem de 8.madde ihlali tespit etmiştir. Müdafî ile sanık görüşmesine, istisnai durumlarda kısıtlama getirilecekse, bunun kanunla yapılması ve net ve açık bir düzenleme ile hangi hallerde sınır konulabileceği belli edilmiş olmalıdır.¹⁹⁴

Diğer taraftan burada bahsi geçen sınırlı arama işlemi CMK m.144 ve meslek sırrı kurallarında geçerli olsa da, önleme aramasında ayrıcalık vermez.¹⁹⁵ Konuyla ilgili Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 16.02.2005 tarihli 2004/3869 E., 2005/554 K. Sayılı kararında söz konusu maddenin (m.58), avukatın bir suç isnadı ile karşı karşıya kaldığı durumlarda geçerli olduğu ve adli aramalarda uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle önleme araması kapsamında yapılacak olan üst aramalarında avukatların da aramaya maruz kalması hukuka uygun bir durum teşkil

¹⁹² Aydın, a.g.e., s.95, Çiçek, a.g.e., s.20.

¹⁹³ Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.16.

¹⁹⁴ Aktaran: Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhuğlu, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Beta Yayınları, Cilt. 1, İstanbul, 2013, s.1289.

¹⁹⁵ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.543-544.

eder.¹⁹⁶ Güvenlik nedeniyle üst araması yapılmadan içeri alınmayan stadyum veya salonlar, miting alanları veya alışveriş merkezleri gibi yerlere girişte avukatların üstleri aranabilir. Ancak avukat, üstünün aranmasını istemez ise bu yere giremez. Bu halde zorla üst araması yapılmaz.¹⁹⁷

Avukat bürolarının aranmasında bazı ayırık hususlara daha değinecek olursak; müdafinin sanıkla yazışması da denetlenemez. Bunlar arama kapsamı dışındadır. Ancak Terörle Mücadele Kanunu m.10/1-e uyarınca, müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belgeler elde edilmesi halinde belgeler hakim tarafından incelenebilir.¹⁹⁸ Yine meslek sırrının bir gereği olarak avukat kaçak sanığın adresini bildirmek zorunda olmadığı için sanığın adresinin öğrenilmesi amacıyla büroda arama yapılamaz. Avukat ihbar etmezse suçlu konumuna getirilemez. Bu durum AİHS m.6'ya aykırı olurdu.¹⁹⁹ Diğer bir sorun hakkında gıyabi tutuklama kararı bulunan şahsın avukatın bürosunda yakalanması amacıyla büroda arama yapılabilip yapılamayacağına ilişkindir. Bu mümkündür ama savunma özgürlüğü ve avukata olan güven düşünceleri uygulanmasına engel teşkil eder.²⁰⁰ Sonuç olarak; bir avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği bir suçtan dolayı; konutunun aranması söz konusu ise Av.K.m.58, bürosunun aranması söz konusu ise CMK m.130 uygulanacaktır. Bir avukatın kişisel bir suçu nedeniyle; konutunun aranması söz konusu ise özel bir düzenleme olmadığından genel hükümlere göre arama işlemi yapılacak, bürosunun aranması söz konusu ise CMK m.130 uygulanacaktır.

¹⁹⁶ Yasemin F. Saygılar, "Arama", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, Cilt 1, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, İstanbul 2008, s.635/dipnot:10.

¹⁹⁷ Hüsnü Aldemir, *Adli – Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.111.

¹⁹⁸ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.554.

¹⁹⁹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.370.

²⁰⁰ Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 1, Sayı 1, Ekim 2006, s.176, Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.g.e., s.370.

Avukatların büroları gerek kişisel suçları ve gerekse de görev suçları bakımından özel düzenlemeye tabi tutulmuş iken, konutları sadece görev suçları bakımından özel düzenlemeye tabi tutulmuştur.²⁰¹

Roemen ve Schmit/Lüksemburg Davasında (51772/99, 25 Şubat 2003); birinci başvuru gazeteci, ikincisi onun avukatıdır. Birinci başvuru bakan hakkındaki yolsuzluk iddiasının gazetede yayınlanması sonrası, ikinci başvuru bürosunda, iç hukuk çerçevesinde verilen arama kararına dayanılarak arama yapılmış; “Birim amirlerine bilgi için gizli olarak iletildi.” Notu taşıyan bir mektuba el konulmuştur. Arama kararı ve soruşturma işlemlerine karşı iptal başvurusunu, sorgu mahkemesi kabul edip el koymayı iptal ederek, başvuru sahibine iade kararı vermiştir. Belge geri verilmiştir. İkinci başvuru, avukatın işyerinin ve avukat-müvekkil arasındaki haberleşmenin dokunulmazlığı ilkesinin çiğnendiğini ileri sürerek iptal başvurusunda bulunmuş, talep sorgu mahkemesince reddolunmuştur. Bu karar karşı yapılan başvuruyu da istinaf mahkemesi reddetmiştir. İşlemler, iç hukuka uygun olarak gerçekleşmiştir. Avukatlık Yasasının 35/3.maddesi ise aramanın sadece uygun şekilde çağrılan Baro Başkanı veya onun temsilcisi huzuruyla yapılabileceğini belirtmektedir. Elkoyma belgeleri ve arama tutanakları, Baro yetkilisinin yöntemince çağrıldığını, gerektiğinde yapılmasını istedikleri gözlemleri içermelidir. Yoksa geçersiz olurlar. Sorgu mahkemesi, her türlü belge, eşya ve kullanılması soruşturmanın selametine zarar verecek şeyleri araştırmak ve elkoymak amacıyla oldukça geniş kapsamlı bir arama kararı vermiştir. Üstelik sonuçta gazetecinin kaynağını açığa çıkarmak gibi bir amaç sezilmektedir. Aramanın gerçekleştirildiği çabukluk, izlenen amaçla orantısızdır. Bu yüzden sözleşmenin 8.maddesi ihlal edilmiştir.²⁰²

²⁰¹ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.91.

²⁰² İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.21-22, Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*”, TBB Yayınları, Ankara, Kasım, 2008, s.77.

Son olarak **AİHM Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya Davasında (74336/01, 16 Ekim 2007)**; Birinci başvuru Salzburg'da avukatlık yapmaktadır. Birinci başvuru ayrıca ikinci başvuru sahibinin (şirket) sahibi ve genel müdürüdür. İkinci başvuru, diğer şirketlerin yanı sıra, ... Limited Şirketinin tek sahibidir. Mahkeme bir avukatın bürosunun aranmasının “özel yaşama” ve “aile hayatına” hatta, “ikamet” terimini ima eden Fransızca metin ile daha geniş anlamda ve potansiyel olarak “konuta” müdahale olarak telakki edildiğini yinelemektedir (bkz *Niemietz / Almanya*, 16 Aralık 1992 tarihli karar ve *Tamosius / Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik hakkında karar) ayrıca *Petri Sallinen ve Diğerleri / Finlandiya* 27 Eylül 2005 tarihli karar, karar bir avukata ait iş yerlerinin aranmasının onun “konutuna” saygı gösterilmesi hakkına müdahale anlamına geleceğini doğrulamaktadır.)

Mahkeme elektronik verilerin incelenmesi ve bunlara el konulmasının başvuru sahiplerinin, Sözleşmenin 8.maddesinin anlamı çerçevesinde, yazışma/ haberleşmeye saygı haklarına bir müdahale teşkil ettiği kanaatinde. Mahkeme tarafından değerlendirmeye alınan unsurlar, özellikle, aramanın yargıç tarafından verilen bir arama kararına ve makul bir şüpheye dayanıp dayanmadığı, bir avukatın bürosunun aranması söz konusu olduğunda, arama kararının kapsamının makul bir şekilde sınırlı olup olmadığı ve mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olan materyallerin götürülmemesini temin etmek üzere bağımsız bir gözlemcinin huzurda bulunup bulunmadığıdır. Somut durumda Mahkeme arama kararının makul bir şüpheye dayandığı hususunda tatmin olmuştur.

Aramanın yürütülüş şekli başvuru sahibinin mesleki sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hakkının ihlal edilmesi riskinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Mahkeme adaletin uygun şekilde tecellisi açısından etkilere/yansımalara neden olabileceği gerekçesiyle yukarıda bahsedilen riske özel bir ağırlık vermiştir.

Sonuç olarak Mahkeme; ilgili resmi makamlarca herhangi bir şekilde görevin kötüye kullanılmasını veya keyfi davranılmasını önlemeyi ve ayrıca avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğünü korumayı amaçlayan usulü güvencelere uygun davranılmamasının, ilk başvuru sahibinin elektronik verilerinin aranması ve el konulması

işlemlerinin hedeflenen meşru amaç ile orantısız olmasına neden olduğunu tespit eder. Ayrıca Mahkeme, bir avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğünün müvekkilin korunmasına da hizmet ettiğini gözlemlemektedir. İlk başvuruçunun, hisselerinin bir kısmı ikinci başvuruçuya ait olan çok sayıda şirketin hukuki danışmanlığı yaptığına ve el konulan verilerin mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi bazı bilgileri ihtiva ettiğine dair yukarıdaki tespitlerini dikkate alarak Mahkeme, ikinci başvuruçu açısından farklı bir sonuca ulaşmak için herhangi bir neden görememektedir. Sonuç olarak her iki başvuruçu açısından bir Sözleşme m.8. ihlali mevcuttur.²⁰³

Yukarıda aktardığımız ve avukat bürolarının aranması ile ilgili AİHM kararlarından da anlaşılacağı üzere adaletin önemli sujesi olan avukatın görevinin önemine binaen hakkında arama koruma tedbiri ile ilgili özel düzenlemeler getirilmiş ve bunların ihlali halinde de bu durumun iç hukuk düzenlemelerinin yanı sıra AİHS'nin m.6/3-b ve 8.maddesi hükümlerine de aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir.

Tüm bu olumlu kararların aksine iç hukukumuzdan bir karar örneğine değinecek olursak, Danıştay 10.Dairesinin 26.06.2000 tarih ve 2000/776 E., 2000/2531 K. Sayılı kararında; Ceza ve tutukevlerinin özel nitelikte gözetim ve denetim gerektiren kurumlardan olduğu, içerisine bulunduğu koşulların, bu kurumların işleyişinin daha düzenli yapılanmasını zorunlu kıldığı tartışmasıdır. Kurumun özelliği gereği içeriye giriş ve çıkışlar sırasında yapılacak aramaların da daha özenli ve ayrıntılı olarak gerçekleştirilmesi zorunlu bulunmaktadır.

Bu nedenle, ceza ve tutukevlerindeki gözetim ve denetim görevinin en etkin biçimde yapılabilmesi ve avukatlık görevinin her türlü isnat ve iftirallardan da korunmasını sağlamak amacıyla getirilen düzenlemede (ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki yönetim, dış koruma ve sağlık hizmetlerinin bakanlıkların işbirliğiyle daha düzenli ve etkili yürümesi için Adalet, İçişleri ve Sağlık bakanlıklarının arasında düzenlenen protokole göre; avukatlar görüş mahalline alınmadan önce cezaevinde görevli iki memur tarafından elle aranacaktır, yargılama

²⁰³ Serkan Cengiz, “*Wieser Ve Bicos Beteiligungen Gmbh / Avusturya Kararı*”, www.serkancengiz.av.tr, (Erişim: 15.04.2015).

ve savunma ile ilgili olan eşyalar hariç kendilerine geri verilmek üzere muhafazaya alınacaktır vs.) hukuka aykırılık görülmemiştir.

Av.K. uyarınca ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatların aranmayacağı düzenlenmiş ise de dava konusu protokol ve işlemlerde öngörülen arama amacının nitelik ve kapsamının savunma hakkının kullanımıyla ilgili bulunmamaktadır. Bu durumda kamu yararı ve güvenliği ile hizmet gereği olarak tesis edilen düzenleyici işlem gereği işlemlerde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediğinden davanın reddine karar verilmiştir.²⁰⁴

Danıştay 10.Dairesinin bu kararı isabetlidir. Zira ceza infaz kurumları özel niteliği gereği hassas gözetim ve denetim gerektiren alanlardan olduğu için, bu alanlara girişte yapılacak arama savunma hakkını kısıtlamayacaktır.

2.3.7 Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama

Bilişim ağları artık “yeni suç alanı” denilen bir suç mecrası haline gelmiş, “siber suç” olarak adlandırılan yeni suçlar ortaya çıkmıştır. Siber suçlar farklı kategorilerde sınıflandırılmaktadır. ABD’de 1978 Florida Bilgisayar Suçları Kanunu bilgisayar aracılığıyla işlenen suçlar konusunda yapılmış ilk hukuki düzenlemedir. Bir olgu olarak şaşırtıcı bir şekilde doğan, yeni bir kriminal hareket olan siber suç kavramı karşısında, devletlerin de yeni ceza hukuku düzenlemelerine başvurmaları gerektiği tartışmasıdır.²⁰⁵

Maddi gerçeği bulmak için ulaştırılması gerekli olan suç delilleri, belirti, iz, eser ve emareleri değişik nedenlerle bilişim araçlarında bulunabilir. Birincisi, bilişim araçları kullanılarak işlenen suçların (örneğin; internet ağında çocuk pornografisi içeren verilerin erişime sunulması gibi) delilleri bilişim araçlarında bulunabilir. İkinci olarak, klasik şekillerde işlenen suçların delillerinin de bilişim araçlarına

²⁰⁴ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.230-233.

²⁰⁵ İhsan Baştürk, “Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:9, Ağustos 2010, s.23.

kaydedilmiş, depolanmış olması mümkündür. Son olarak, bir bilgisayar programının bizatihi kendisinin de suçun maddi konusunu oluşturması mümkündür (hukuka aykırı olarak kopyalanmış program veya virüs bulaştırma programı gibi). İşte tüm bu hallerde, delil elde etme amacıyla yapılacak arama, kopya çıkarma ve elkoyma gibi koruma tedbirleri bilişim araçları üzerinde yani elektronik (sayısal) ortamda gerçekleştirilecektir.²⁰⁶

CMK m.134’de bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerde arama, kopyalama ve elkoymayı ayrıca düzenlemiştir. Bu özel düzenleme ile amaçlanan şey bir yandan temel hak ve özgürlüklerin korunması, diğer yandan da maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi şeklindeki kamusal yarar arasındaki dengenin oluşturulmasıdır.²⁰⁷ Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; “Bireye ait kişisel bilgiler üzerindeki hak, temel insan haklarından olduğundan hakkın kısıtlanabilmesi için yasal düzenleme gerekeceği açıktır. Ancak bilgisayarlardaki kayıtların gerçeğin açığa çıkarılması yönünden, ceza davasında delil, iz, eser ve emare oluşturacağı açıktır. Bu itibarla madde hem bu olanağı sağlamak ve hem de bireysel yararları saklı tutmak amacıyla bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılmasını belirli koşullara tabi kılmış bulunmaktadır.”²⁰⁸ Ayrıca bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılmasının ayrı usullere bağlanmasının nedeni; beş duyu organı ile yapılan bir araştırma işlemi olmaktan öte teknik bilgi gerektiren ayrı bir araştırma işlemi olmasıdır.

Yenisey/Nuhoğlu’na göre, bir kişiye ait bilgisayarın hafızasında kayıtlı tüm dosyaların tek tek açılıp içerlerinden delil aranması kişinin özel hayatına yönelik kabul edilemez bir müdahaledir ve hukuka aykırıdır.²⁰⁹

²⁰⁶ Baştürk, a.g.m., s.24.

²⁰⁷ Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.247-248.

²⁰⁸ Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.72.

²⁰⁹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.588.

AÖAY m.17’de bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerde arama, kopyalama ve elkoymayı CMK m.134 ile paralel olarak düzenlemiştir.

“**5. Yargı Paketi**” ile getirilen değişiklikten önceki halde; CMK m.134/1’e göre bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, **Cumhuriyet savcısının istemi üzerine** şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine **hâkim** tarafından karar verilir.

“**5. Yargı Paketi**” olarak adlandırılan 06.03.2014 tarih ve 28933 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 11.maddesi ile CMK’nın 134.maddesinin birinci fıkrasında yer alan “soruşturmada,” ibaresinden sonra gelmek üzere “**suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve**” ibaresi eklenmiş ve dördüncü fıkrasında yer alan “İstemesi halinde, bu” ibaresi “Üçüncü fıkraya göre alınan” şeklinde değiştirilmiştir.

Söz konusu tedbire sadece ceza muhakemesi hukuku kurallarına göre ve CMK kapsamında yürütülen “suç” soruşturmalarında imkan verilmiş olması, hukukun diğer alanlarına dair kurallara göre yürütülecek soruşturmalarda bilişim araçlarına başvurulamayacağı anlamına gelmektedir.²¹⁰

Görüldüğü üzere arama sadece şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programı ve kütüklerinde yapılmalıdır. Kanun sadece şüpheliden bahsettiğine göre, kovuşturma aşamasında bu tedbire başvurulamayacaktır.²¹¹ Turhan’a göre bu sınırlamanın gerekçesini anlamak mümkün değildir ancak Şahin’e göre bu sınırlama ceza muhakemesi sistemi ile çelişmemektedir. Çünkü CMK delillerin asıl olarak

²¹⁰ İhsan Baştürk, “Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı: 9, Ağustos 2010, s.25.

²¹¹ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınları, 2006, s.253, Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.248.

soruşturma evresinde toplanmasını öngörmektedir ve bununla birlikte yargılama sırasında delil toplanmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığından, mahkeme resen araştırma yetkisine sahip olduğundan, kovuşturma evresinde de bu tedbire başvurulabilmesi mümkündür.²¹²

Bizde Şahin'in savunduğu ikinci görüşe katılıyoruz. Zira adı üzerinde koruma tedbirleri delil toplanması ve muhafazası mantığıyla esas olarak soruşturma evresinde etkin olup, tedbirlerin kovuşturma evresine geçişi de kesin ve net çizgilerle engellenmemiştir. Dolayısıyla mevzuatta tek tek ve ayrıca kovuşturma evresindeki durumun düzenlenmemesi ceza muhakemesi mantığına uygun bir durumdur.

Delil etmek amacıyla bilgisayar sistemleri ve verileri üzerinde koruma tedbiri uygulayabilmek için başka türlü delil elde etme imkanının bulunmaması gereklidir. Uygulamada mahkemelerce bu ölçütün fazla sorgulanmadığı, dolayısıyla ikincilik ilkesinin ihlal edildiği şeklindeki yakınmalara zaman zaman rastlanmaktadır. Soruşturma makamı, başka şekillerde delil elde etmek imkanının bulunmadığını ve bu tedbire başvurmayı zorunlu kılan olguların nelerden ibaret olduğunu hakime somut olarak sunmak, hakim ise, zorunluluğuna kanaat getirdikten sonra bilgisayar sistemlerinde ve verilerinde koruma tedbiri uygulanmasına karar vermek durumundadır.²¹³

Diğer taraftan uygulamada önceleri Cumhuriyet savcıları ile kolluğun hakim kararı olmaksızın gerçekleştirebildikleri böyle durumlar, artık hakim güvencesine bağlanmıştır.²¹⁴

CMK m.134'ün lafzi yorumunda tedbire konu edilen şeyin şüphelinin kişisel bilgisayarı veya şüphelinin işyerine ya da genel kullanımda bulunan bir bilgisayar sistemi veya verisi olması arasında CMK bir fark gözetmemiştir. Ayrıca avukat

²¹² Turhan, a.g.e., s.253, Şahin, a.g.e., s.248.

²¹³ İhsan Baştürk, "Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 9, Ağustos 2010, s.27.

²¹⁴ Recep Gülşen, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama", www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc (Erişim: 20.12.2013), s.6.

bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoymayı düzenleyen CMK m.130 avukatların kullandığı bilişim araçları yönünden ayrı bir düzenleme öngörmediğinden, CMK m.134 avukatlar yönünden de aynı şartlarda uygulama yeteneğine sahiptir.²¹⁵ CMK m.134/2'ye göre bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

Görüldüğü üzere kural bilgisayarların bulunduğu yerde arama yapılmasıdır. İstisna ise, ancak şifre ve gizlenmiş bilgilerin varlığı nedeniyle bilgisayarların başka bir yere götürülerek incelenmesidir. Bu düzenleme ile amaçlanan, kişilerin hayatlarını olumsuz etkilemeden arama koruma tedbirini uygulamaktır. Dolayısıyla bilgisayarlara, yerinde arama yapmak mümkün iken, kolluk kuvvetleri tarafından elkonulması yasaya aykırı bir durum oluşturur.

Bilgisayar ve kütüklerine elkoymaksızın sistemdeki verilerin kopyası da alınabilir. Bu husus tutanağa kaydedilerek, ilgililerce imza altına alınır.²¹⁶

Yargıtay 11.Ceza Dairesinin 16.04.2007 tarihli ve 2005/6376 E., 2007/2551 K. Sayılı kararında; ...öncelikle e-posta yoluyla virüs gönderilerek sistemine zarar verilmiş bir bilgisayarda incelemenin olaydan hemen sonra yapılması yada inceleme yapılacak bilgisayarın olaydan sonra inceleme anına kadar hiç kullanılmamış olması; bilgisayarda virüslü dosya üzerinden inceleme yaparken ilk işlem olarak, söz konusu dosyanın birebir yedeğinin alınması, ikinci olarak birebir yedeğin değiştirilip değiştirilmediğinin tespitine yarayacak zaman ve bütünlük kontrolü imkanı sağlayan değer (hash) belirlenmesi;...hususları da göz önüne alınarak, bilgisayardaki virüslü dosya veya dosyaların orijinallerinin korunup

²¹⁵ İhsan Baştürk, "Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 9, Ağustos 2010, s.28.

²¹⁶ Özge Sırma, "Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 34, Haziran 2009, s.37.

korunmadığı, birebir yedeklerinin alınıp alınmadığı hususlarının araştırılması, e-posta veya e-postaları gönderenin İP adresinin bilirkşi raporları doğrultusunda tespiti, bulunacak adresin sanıkla ilgisinin belirlenmesi, olay tarihinde katılan dışındaki diğer şirket ortakları ile Y.nin tanık sıfatı ile dinlenmeleri ve toplanan deliller bir bütün halinde değerlendirildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde beraatine hükmolunması, yasaya aykırı, görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı CMUK.nun 321. maddesi uyarınca bozulmasına karar verilmiştir.²¹⁷

Yukarıda bahsedilen CMUK'dan farklı olarak CMK m.134 ile düzenlenen, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerde arama, kopyalama ve elkoyma, çağa uyumu bakımından yeni ve özel bir düzenleme olup, Türkiye'nin CMK'nın hazırlandığı aşamada taraf olmadığı Birleşmiş Milletlerin Avrupa Konseyinin 23.01.2011 tarihinde kabul ettiği 185 sayılı Siber Suçlar Sözleşmesi (Cyber Crimes Convention)'nin "Saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara elkonulması" başlığını taşıyan 19.maddesi göz önüne alınır nitelikte hazırlanmıştır.²¹⁸

Siber Suçlar Sözleşmesi, 6533 sayılı "Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanunu" adıyla yasalaştı. 2 Mayıs 2014 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdi. Sözleşmenin temelinde siber suçlar alanında ülkelerin maddi ceza hukuku unsurlarını ve bağlantılı hükümleri uyumlu hale getirmek yatıyor. Sözleşme aynı zamanda siber suçlarla mücadele ederken, taraf devletlere insan hak ve özgürlüklerinin gerekli ölçüde korunmasını sağlama ve orantılılık ilkesini yerine getirme şartını ve güvencesini de düzenliyor. Esasında Türkiye için bu süreç yeni sayılmaz. Zira 2001 yılında Avrupa Konseyi'nde imzalanan bu sözleşmeyi Türkiye 2010 yılında kabul etmişti. Ancak

²¹⁷ Aktaran: İhsan Baştürk, "Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 9, Ağustos 2010, s.30/dipnot 57.

²¹⁸ Ferhat Yıldız, "Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı – Arama – Elkoyma", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, Ağustos, 2010, s.212, Recep Gülşen, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama", www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc (Erişim: 20.12.2013), s.5, Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.407, Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.84, Baştürk, a.g.m., s.23.

Dışişleri Bakanının imzasıyla kabul edilen sözleşme bugüne kadar TBMM tarafından onaylanmamış ve yasalaşmamıştı.²¹⁹

Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğünün 03.09.2012 tarih ve 3607 sayılı yazısıyla TBMM Başkanlığına gönderilen Kanun tasarısının gerekçesinde Avrupa Konseyi (AK) bünyesinde hazırlanarak 23 Kasım 2001 tarihinde Budapeşte’de imzaya açılan ve 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe giren “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi”ne AK dışındaki ülkelerin de taraf olma imkânı bulunduğu belirtilmiş ve sözleşmenin önemi şu şekilde açıklanmıştır:²²⁰ “İnternet ve bilgisayar ağları aracılığıyla işlenen suçlara ilişkin ilk uluslararası Sözleşme olan belge, özellikle telif haklarının ihlali, bilgisayarla bağlantılı sahtecilik, çocuk pornografisi ve güvenlik ağlarının ihlali konuları üzerine odaklanmaktadır. Sanal ortamda işlenen suçların ortak tanımlarının yapılmasını, bu alanda ülkelerin maddi ceza hukuku unsurlarını uyumlu hale getirmeyi, suçların soruşturulması ve kovuşturulması için gerekli olan yerel ceza usul hukuku yetkilerini sağlamayı ve etkin bir uluslararası işbirliği rejimi oluşturmayı amaçlayan söz konusu Sözleşme, küresel düzeyde etkilere sahip olabilecek bir hukuki belgedir. Budapeşte Sözleşmesi adıyla da anılan ve siber ortamda özgürlüklerin, insan haklarının ve güvenliğin korunması ile risklerin azaltılmasına ilişkin kabul edilmiş tek uluslararası rehber olan belge, hükümetlerin vatandaşlarını korumasına yönelik önemli bir araç niteliğindedir. Söz konusu Sözleşmenin onaylanması, ülkemizin Avrupa Konseyi çerçevesinde oluşturulan ortak hukuk sistemine siber ortamda işlenen suçlarla mücadele alanında da dâhil olmasını sağlayarak uluslararası saygınlığına katkıda bulunacaktır.”

Sonuç olarak, bilgisayar sistemlerindeki arama ve elkoyma düzenlemesinin eleştirisi bağlamında şunları belirtmek isteriz ki; CMK m.134 hükmüne tüm suçlar için başvurabilmek mümkün kılınmıştır. Ancak Baştürk’ün de belirttiği gibi temel

²¹⁹ Bkz. Salih Kural, “*Yasalaşan Siber Suçlar Sözleşmesi Türkiye’de Neleri Değiştirecek?*” <http://sosyalmedya.co/turkiye-siber-suclar-sozlesmesi/>, (Erişim: 27.09.2014).

²²⁰ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, (Erişim: 27.09.2014).

hak ve özgürlüklere ciddi müdahale oluşturan bu tedbire ancak belirli ağırlıktaki suçlar söz konusu olduğunda başvurulabilmelidir.²²¹

Diğer taraftan bu tedbire başvurulması için aranacak şüphe derecesi ile ilgili 5.Yargı Paketi ile yapılan değişiklik, -uygulamada çok geniş yorumlara mahal vermemek için- hak ihlallerine ve keyfi uygulamalara engel olunmasına zemin oluşturacak olumlu bir değişikliktir.

2.3.8 Askeri Mahallerde Arama

Başlık altında ilk olarak askeri hizmet ve askeri mahal kavramlarına değinmek istiyoruz. Askeri Ceza Kanununun 12.maddesi askeri hizmeti tarif etmektedir. “Hizmetin tarifi” kenar başlıklı 12.madde; “*Bu kanunun tatbikatında (Hizmet) tabirinden maksat gerek malüm ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir*” hükmüne amirdir.

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 6.maddesine göre hizmet; Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir. Askeri mahal kavramına bakacak olursak; askeri mahal kavramı Anayasamızın “Askeri Yargı”yı düzenleyen 145.maddesinde zikredilmemiştir.

Diğer taraftan 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun “Genel görev” kenar başlıklı 9.maddesi; “*Askeri mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişilerin aleyhine (...) yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler*” hükmüne amirdir. Bu madde de üç nokta ile gösterilen yerde yer alan “...veya askeri mahallerde” ibaresi Anayasa

²²¹ İhsan Baştürk, “Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 9, Ağustos 2010, s.32.

Mahkemesi'nin 15/3/2012 tarihli ve E.: 2011/30, K.: 2012/36 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 15.03.2012 tarihli ve 2011/30 E., 2012/36 K. Sayılı kararında: “Anayasanın 145'inci maddesinin değişen 1'inci fıkrasıyla tamamen paralel bir düzenleme niteliğinde olan, 353 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde yer alan; Askerî mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişilerin aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.” hükmünün, asker kişilerin askerî mahalde işledikleri suçlarla ilgili yargılama görevinin askerî mahkemelere ait olduğuna ilişkin, “askerî mahallerde” kısmı, üst norm niteliğinde olan Anayasanın 145'inci maddesine aykırı hale gelmiştir. İptali istenen kural, asker kişilerin tarafından askeri mahalde işlenen, fakat askeri suç olmayan, asker kişiye karşı veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olmayan suçlar bakımından yargılama yapma görevini askeri mahkemelere vermektedir. Hâlbuki Anayasa'nın 145. maddesinde yapılan değişiklik sonucu askeri yargının görev alanı daraltılarak, asker kişilerin sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ait davalarla sınırlı tutulmuştur. Bu durumda itiraz konusu kural, Anayasa'nın 145. maddesine aykırı hâle gelmiştir” şeklinde “askeri mahal” kavramının anayasaya aykırı bulunduğu karar verilmiştir.²²²

Ancak CMK m.119'da “askeri mahal” terimi halen kullanılmaktadır. Kanaatimizce bu durum Anayasaya aykırılık teşkil etmemektedir. Zira Anayasa Mahkemesinin mezkur kararı ile iptal edilen “askeri mahal” terimi olmayıp, “askeri mahalde işlenen suçlarla ilgili davalara askeri mahkemelerin bakması” durumudur. Bu nedenle “askeri mahal” teriminin sair mevzuatta varlığı devam etmektedir ve bu durum Anayasa hükümleri ile çelişmemektedir. Öyle ki; AsMKYUK'nın askeri mahallerde keşif (m.62), askeri mahallerde arama ve zapt (m.66) ı düzenleyen çeşitli maddelerinde “askeri mahal” kavramının kullanılmaya devam edilmesi, CMK

²²² <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/163162b5-951a-4481-989c-c4cd3c9609d3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı:2011/30, Karar Sayısı:2012/36, Karar Günü:15.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 26.06.2012-28335.

m.119/5 paralelinde bir usul hükmüdür. Bu usul hükümleri de anayasaya aykırılık teşkil etmemektedir.

CMK'nın 119.maddesinin 5.fıkrası; “askeri mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının²²³ istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilir.” hükmüne amirdir.

AÖAY m.14'de CMK hükmüyle paralel bir düzenleme içermektedir.

CMK'nın “Soruşturma” kenar başlıklı 251.maddesi 8.fıkrası; “Türk Silahlı Kuvvetleri kıt'a, karargâh ve kurumlarından istemde bulunulması halinde istem, yetkili amirlikçe değerlendirilerek yerine getirilebilir.” hükmüne amirdir. Ancak bu maddede yer alan istem araç gereç ve personelden yararlanmak için yapılan isteme yönelik olup, bu madde hükmüne dayanarak, CMK m.250 kapsamında kalan soruşturma konusu olayla ilgili olarak askeri mahalde yapılacak aramanın adli makamlarca yerine getirilmesi Kanuna aykırıdır. Yine askeri mahalde bulunduğu düşünülen bir belge ya askeri makamdan istenir ya da CMK m.119/5 hükmü uyarınca Cumhuriyet savcısının katılımı ile askeri makam tarafından yapılacak aramada ele geçirilir. Soruşturma aşamasında hakimın askeri mahale girip, arama yapması veya gizli belgelerin bulunduğu söylenen yerde arama veya inceleme yapması hukuka aykırıdır.²²⁴

Askeri mahaller yerleşik askeri yargı içtihatlarına göre, 211 sayılı İç Hizmet Kanununun 12, 51 ve 100'üncü maddelerine göre askerlerin eğitim, konaklama ve barınmalarına ayrılan yerleşik, bir başka deyişle, askerlerin eğitim, öğretim, tatbikat gibi görev yaptıkları, barındıkları ve konakladıkları yerler “askeri mahal” olarak kabul edilmektedir. Buna göre kışla sınırları dışında konuşlanmış olan askeri lojmanların, kıta, karargah veya askeri kurum kavramları içerisinde değerlendirilmesi

²²³ Buradaki “hâkim veya” ibaresi, 25/5/2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanununun 15 inci maddesiyle madde metninden çıkarılmıştır.

²²⁴ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.83-84.

mümkün değildir. Bu nedenle kışla sınırları dışında konuşlanmış olan askeri lojmanlar “askeri mahal” niteliğinde değildir.²²⁵

211 sayılı İç Hizmet Kanununun 12.maddesinde tarif edilen, kışla, taktik birlik, idari birlik, karargah ve askeri kurumlar ile 51.maddesinde açıklanan kışla ve benzeri yerler askeri mahallerdir. 100.madde de orduevleri, askeri gazinolar ve kışla gazinolarının da askeri bina olup askeri mahal niteliğini haiz olduğu açıklanmıştır.²²⁶

Askeri mahallerde Cumhuriyet savcısının talep ve katılımıyla yapılacak adli aramada, herhangi bir hakim kararına veya Cumhuriyet savcısının yazılı emrine gerek bulunmamaktadır. Zira bu mahaller özel hayatın yaşandığı yerler değil, kamu hizmetine tahsis edilmiş yerlerdir.²²⁷ Söz konusu yerlerde arama yapabilmek için Cumhuriyet savcısının bu yönde yazılı bir talebi yeterlidir. Ancak arama sırasında Cumhuriyet savcısının hazır bulunması (bizzat, fiilen) zorunludur. Cumhuriyet savcısı hazır olmadan yapılan aramalar hukuka aykırı sayılır.²²⁸

Cumhuriyet savcısı, yetkili askeri makamlardan arama talebinde bulunması üzerine, aramanın yapılacağı askeri yere bizzat giderek adli aramanın icrasını sağlar. Askeri makamlar haklı gerekçe olmaksızın yapılan arama talebini reddedemez. Arama talebinin haklı bir gerekçe olmaksızın reddedilmesi, hiçbir işlem yapmayarak cevap verilmemesi halinde sorumluların tespiti ile haklarında soruşturma yürütülmesi gerekir.²²⁹ Ancak bu yorumla ulaşılan bir sonuçtur çünkü kendilerine arama talebi yapılan askeri makamların bu talebi kabul etmemesi durumunda ne yapılacağına ilişkin Kanunda ve Yönetmelikte bir hüküm bulunmamaktadır.²³⁰

²²⁵ Yener Mutlu Kaynar, İsmail Turgut Kıldan “Adli Yargı ile Askeri Yargı Arasındaki Görev Uyuşmazlıkları, 5918 Sayılı Kanun ve 5982 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliğinin Anlamı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:5, Sayı:50, Ekim 2010, s.28-29.

²²⁶ Ferhat Yıldız, “Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı – Arama – Elkoyma”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, Ağustos, 2010,s.211.

²²⁷ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009,s.84.

²²⁸ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s.113-114, Aydın, a.g.e., s.84.

²²⁹ Aldemir, a.g.e., s.114.

²³⁰ Aydın, a.g.e., s.84.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 01.01.2006 tarihli “Asker kişiler hakkında soruşturma” konulu 23 Numaralı Genelgesinde de konumuza paralel ifadeler mevcuttur.²³¹

AsMKYUK'nın 66.maddesi 1.fikrasında 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 ait olduğu belirtilmiştir.

AsMKYUK m.66/1'de düzenlenen arama adli aramadır. Zira askeri mevzuatta önleme araması açıkça düzenlenmediği gibi, PVSK'na da bu konuda bu konuda bir atıf hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla askeri mahallerde ve asker kişiler bakımından yapılan önleme aramalarının sonuçları da tartışmalı hale gelmektedir. Askeri Yargıtay, askeri hizmetin kendine özgü iç disiplini, yapısı ve işleyiş özelliklerinin dikkate alınarak önleme aramasının yapılabileceğini ifade etmektedir. Bu uygulamanın Ay m.20 ve m.21 düzenlemesi ile bağdaşmadığı açıktır.²³²

AsMKYUK m.66/2'de gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî savcılar, teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amirleri ve bunların verecekleri yazılı emir üzerine diğer askerî makamlar da arama ve zapt işlemi yapabilirler. Arama ve zapt işlemleri, yirmidört saat içinde yetkili askerî mahkemenin onayına sunulur. Askerî mahkeme, kararını arama ve zapt işleminden itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, zapt kendiliğinden kalkar. AsMKYUK m.66/2'deki bu düzenleme de AsMKYUK'da düzenlenen adli arama olduğunu göstermektedir.

Askeri Yargıtay'ın 07.05.2009 tarihli ve 2009/63-63 E., K. Sayılı kararında; “353 sayılı Kanun'un 66'ncı maddesinde düzenlenen “Arama” müessesesi ile askeri

²³¹ Bkz. http://www.adalet.gov.tr/duyurular/genelgeler/genelge_pdf/23.pdf, (Erişim tarihi: 03.10.2014.)

²³² Zeynel T. Kangal, *Askeri Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2012, s.354.

hizmetin kendi gerekleri doğrultusunda, henüz adli soruşturmaya başlanılmadan askeri birlik içinde bulunan sanığın üzerinde yapılan bir tür “önleme aramasının” birbirine karıştırılmaması gerektiği açıktır.” hükmüne varılmıştır.²³³ AsMKYUK m.66/2’de belirtilenin aksine askeri mahkeme arama ve elkoyma işlemini onaylamadığı takdirde, arama ve elkoyma işleminin hukuka aykırı olarak yapıldığını tespit etmiş olur. Bu durumda da ileride bahsedeceğimiz haksız arama suçu oluşabileceği gibi, üstü veya eşyası aranan ya da eşyasına el konulan kişi tazminat talebinde de bulunabilir.²³⁴ AsMKYUK m.66/3’de; “Askerî mahallerde yapılacak arama ve zapttan o yerdeki askerî birlik komutanı veya kurum amiri haberdar edileceği”, m.66/4’de ise; “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.” hükmü düzenlenmiştir.

AsMKYUK m.66 aramanın koşullarını ve yetkili kişileri açıkça belirtmiş olmasına rağmen, Askeri Yargıtay 4.Dairesi 29.04.2003 tarihli ve 2003/416-417 E., K. Sayılı kararında burada belirtilen kişilerden olmayan nöbetçi amiri, hatta mağdur tarafından yapılan bir aramayı hukuka uygun bulmuş ve bu aramalar sonucunda elde edilen deliller üzerine şüphelinin ikrarına da dayanabilmiştir. Böyle bir kararın özgürlükler ve adil yargılanma hakkı bakımından tehlikeli olduğu ortadadır.²³⁵ Kovuşturma aşamasında ise arama ve elkoyma işlemine karar verecek tek makam askeri mahkemedir. Askeri mahkemenin arama veya elkoyma kararı askeri savcılık tarafından yerine getirilir.

Üstünün, eşyasının, konutunun veya ona ait diğer yerlerin aranması gereken şüpheli veya sanık dışında kalan diğer bir kişi, AsMKYUK m.10 anlamında asker kişi ise, AsMKYUK m.66 gereğince arama yapılır. Bu kişi sivil ise, genel hükümler gereğince arama işlemi yapılır.²³⁶

²³³ Aktaran: Zeynel T. Kangal, *Askeri Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2012, s.354/dipnot 554.

²³⁴ Kangal, a.g.e., s.355.

²³⁵ Bkz. Kangal, a.g.e., s.355-356.

²³⁶ Zeynel T. Kangal, *Askeri Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2012, s.357.

Jandarma Genel Komutanlığının 6 Mayıs 2009 tarihli “Jandarma Sorumluluk Bölgesinde ve J.Gn.K.lığı bünyesindeki Askeri Mahallerde Yapılacak Soruşturmalarda Görüntü ve Ses Kayıtları” konulu emrinde;

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 12, 51 ve 100.maddeleri kapsamına giren ve J.Gn.K.lığı bünyesindeki askeri mahallerde yapılacak aramaların, C.savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yapılacak aramalar ile diğer soruşturma işlemleriyle ilgili yapılacak görüntü ve ses kayıtları ile fotoğraf çekimlerinin ise kayıtlar üzerinde değişiklik yapılmasını engelleyecek şekilde negatif filmli (analog) olarak yapılmasının esas olduğu, bununla birlikte soruşturma sırasında, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısınca sayısal görüntü ve/veya ses kayıt sistemlerinin kullanılması yönünde talimat verilmesi durumunda bu hususa tanzim edilecek tutanakta yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Jandarma sorumluluk bölgesinde, C.savcısının talimatıyla emniyet birimlerince yapılacak soruşturmalarda, öncelikle C.savcısının talimatı teyit edilecek, müteakiben işlemlere jandarma personelinin katılıp katılmayacağı veya nezaret edip etmeyeceği ve işlemler esnasında ihtiyaç duyulan görüntü ve ses kaydı ile fotoğraf çekimlerinin ne şekilde yapılacağı konularında C.savcısının talimatının alınacağı, jandarmanın iştiraki ile hazırlanacak tutanaklarda; görüntü ve ses kaydı ile fotoğraf çekimi işlemlerinde sayısal veya analog kayıt sistemlerinden hangisinin kullanıldığı hususunun belirtileceği emredilmiştir.

Jandarma Genel Komutanlığının 26 Kasım 2009 tarihli “Askeri Mahallerde Yapılacak Arama ve Elkoyma” konulu emrinde;

TSK İç Hizmet Kanununun 12.maddesinde belirtilen, kıta, karargah, askeri hastane, okul, orduevi, dikimevi, fabrika, askerlik şubesi, ikmal merkezi ve depo gibi askeri kurum, tesis ve teşkillerin, 51.maddede tanımı yapılan kışla, gemi, konak ve ordugahların, 100.madde de belirtilen orduevleri, askeri gazinolar ve kışla gazinolarının “askeri mahal” vasıf ve mahiyetini taşıdığı belirtilmiştir. Ancak askeri lojmanların, “askeri mahal” kapsamında bulunup bulunmadığı hususunda, mevzuatta

açık bir hükmün bulunmadığı, Askeri Yargıtayın istikrar kazanmış içtihatlarına göre, askeri lojmanların kışla sınırları ile askeri yasak bölgeler ya da ordu evlerinin konuşlu olduğu alanlar içerisinde, bitişiğinde veya kışla sınırları uzağında olması durumuna göre ayırma gidilmekte; askeri lojmanlar, kışla sınırları ile askeri yasak bölgeler ya da ordu evlerinin konuşlu olduğu alanlar içerisinde ve bitişiğinde bulunmaları halinde “askeri mahal” olarak kabul edileceği, bu alanların bitişiğinde olmakla birlikte buralardan fiziki olarak ayrılmış (ör; tel, çit, çevre duvarı vs. ile çevrelenmiş) veya bu alanlardan uzakta bulunmaları halinde ise “askeri mahal” olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.

Cumhuriyet savcıları tarafından verilen adli arama ve elkoyma emirleri ile adliye mahkemeleri tarafından verilen adli arama ve elkoyma kararları gereği “asker mahallerde” yapılacak arama ve elkoyma işlemlerinin ancak C.savcısının istem ve katılımıyla, askeri makamlar tarafından yerine getirileceği yine bu emirde belirtilmiştir.

Ayrıca şüpheli askeri personelin işyerinde kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine C.savcısının istemi üzerine ancak hakim tarafından karar verilmesi gerektiği hususuna dikkat edilmesi ve hakim kararının bulunmadığının anlaşılması halinde bilgisayarda, bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama ve elkoyma işlemlerinin yapılmasına müsaade edilmemesi emredilmiştir.

Şüpheli askeri personele tahsis edilen ve ana sisteme veya TSK geniş alan ağına/intranet ağına bağlı olup, personelin kişisel kullanımı dışında TSK'nın gizlilik içeren ve yapılan aramanın konusuna ilişkili bulunmayan bilgilerine de ulaşılması imkanı sağlayan bilgisayar ile veri depolama birimlerinde yapılacak aramalarda C.savcısının yanında somut durumun gereklerine uygun olmak koşuluyla...uzman askeri personelin ve teknik bilirkişilerin de katılımıyla inceleme yapılması temin edilerek, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılması ve bu kayıtların çözülerek metin halinde getirilmesi işlemlerinin herhangi bir güvenlik ihlaline sebebiyet verilmeden yapılmasının sağlanması,

Arama ve elkoyma işlemleri sırasında şüpheli personelin erişim yetkisine sahip olduğu klasörler veri depolama aygıtları ile sınırlı olmak kaydıyla inceleme yapılmasına dikkat edilmesi, sadece hakkında arama kararı verilen şüpheli askeri personele ait kayıtlardan ve C.savcısının işlenen suçun delili olarak kullanmak amacıyla istediği bölümlerden kopyalama yapılmasına dikkat edilmesi emredilmiştir.

Jandarma Genel Komutanlığının 11 Şubat 2010 tarihli “Kurumsal Bilgisayarlarda Yapılacak Arama ve Elkoyma İşlemleri” konulu emrinde;

Son zamanlarda Cumhuriyet savcıları tarafından asker kişiler hakkında yürütülen soruşturmalar kapsamında Jandarma Genel Komutanlığına bağlı bazı karargah, birlik ve kurumlarda icra edilen arama ve elkoyma işlemlerinde CMK, AÖAY hükümlerine aykırı uygulamalar yapıldığı, haklarında soruşturma yapılan şüpheli askeri personelin işyerlerindeki çalışma odalarında kullandıkları kuruma ait bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine aramayı yapan Cumhuriyet savcılarınca doğrudan elkonularak kurum dışında incelenmek ve imajları alınmak üzere götürüldükleri görülmektedir.

CMK ve AÖAY maddeleri gereğince, ancak hakim kararıyla ve sadece şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşamaması halinde çözümün yapılması ve gerekli kopyaların alınabilmesi için elkonulabileceği hususuna dikkat edilerek, arama ve inceleme işlemlerinin buldukları mahalde yapılması temin edilecek, bulunduğu yerde incelemesi yapılabilecek bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine doğrudan elkonulmak istenilmesi halinde ise, aramayı yapan Cumhuriyet savcısına talimatının hukuka aykırı olduğu hatırlatılacak ve kuruma ait bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinin buldukları askeri mahallin dışına çıkarılmasına kesinlikle müsaade edilmeyecektir. Ancak ileride delillerin karartıldığı yönünde iddialara meydan verilmemesi bakımından bu bilgisayarların aramayı yapan Cumhuriyet savcısının nezaretinde, bulunduğu yerde mühürlenerek muhafaza altına alınması temin edilecektir.

Jandarma Genel Komutanlığının 13 Kasım 2010 tarihli “İdari Konular Devamlı Emir Nu:2 (Askeri Mahallerde Yapılacak Arama ve Elkoyma İşlemi)” konulu devamlı emrinde;

Cumhuriyet savcısı veya polis/jandarma görevlileri, askeri birlik veya askeri mahal sınırları içerisindeki lojman nizamiyesine geldiğinde; durumun derhal birlik komutanına ve bağlı bulunulan adli müşavir ve sıralı üst komutanlıklara bildirileceği, aramanın yapılacağı mahallin birlik komutanı ilgili adli müşavir ile koordineli olarak aramayı yapacak Cumhuriyet savcısı ile bizzat görüşerek, arama ve elkoyma kararını inceleyeceği belirtilmiştir.

Bahse konu kararın hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında Cumhuriyet savcısı tarafından verilen yazılı emir olup olmadığı, CMK ve AÖAY gereğince arama kararında bulunması gerekli unsurları taşıyıp taşımadığı kontrol edilecek ve bahse konu hususlarda eksiklik varsa karardaki eksikliklerin giderilmesi hususu aramaya katılan Cumhuriyet savcısından talep edilecek, mevzuata uygun bir hakim kararı veya yazılı emir olmaksızın arama yapılmasına müsaade edilmeyecek, bu arada arama yapılacak mahalde delillerin zarar görmemesi için her türlü tedbir alınacak, gerekirse mahal tutanakla mühürlenecektir.

Mevzuata uygun arama kararı veya yazılı emrin bulunduğu anlaşılmaması durumunda;

Hazır bulunan askeri personel tarafından Cumhuriyet savcısından ne/nelerin arandığını tutanağa yazması teklif edilecek, kabul ederse bir tutanak tanzim edilecek, kabul etmez ise şifahen söyledikleri not edilerek tutanak haline getirilecek, bu işlemler sırasında mahal Cumhuriyet savcısının nezaretinde emniyete alınacak, gerekirse mühürlenecek, arama ve elkoyma işlemleri Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilecektir.

Arama ve elkoyma işlemleri sırasında Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edildiği belirtilirse bu delil muhafaza altına alınacak, Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile elkoyma işlemi gerçekleştirilecektir.

Aramalarda incelenecek belgelerin devlet sırrı niteliğinde bilgileri içermesi halinde soruşturma aşamasında bu belgelerin Cumhuriyet savcısınca dahi incelenmesine izin verilmeyecektir.

Arama ve elkoyma işlemlerini yürüten Cumhuriyet savcısına her türlü yardım ve kolaylık sağlanacaktır.

Askeri makamlar tarafından teknik bilirkişinin temin edilmesinin mümkün olmaması halinde dahi polis/jandarma görevlilerinin bizzat arama işlemi yapmak üzere askeri mahallere girmelerine izin verilmeyecek, gerekirse söz konusu belgeler, teknik bilirkişi temin edilinceye kadar delil niteliğini kaybetmeyecek şekilde heyet huzurunda tutanakla mühürlenecektir.

Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılmasına izin verilmeyecektir.

Arama işleminin, sadece arama kararında belirtilen yerlerle sınırlı olarak yapılması sağlanacak, arama kararında belirtilmeyen askeri birliğin diğer yerlerinde arama işlemine müsaade edilmeyecektir.

Aramaya katılan Cumhuriyet savcısı ile arama ve elkoyma işlemlerinin icrasına ilişkin esas ve usullerde görüş birliği sağlanamayan hususlar ve uygulamaların mutlaka arama ve elkoyma işlemleri sonunda düzenlenecek tutanaklarda şerh olarak belirtilmesi sağlanacak, mevzuata uygun olmayan hususlar üst komutanlıklara ve ilgili cumhuriyet başsavcılıklarına bildirilecektir.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılacaksa genel arama işlemlerine ek olarak, sadece hakim kararıyla, arama kararında belirtilen cihazlarda yapılacak, bu cihazların kışının dışına çıkarılmasına müsaade edilmeyecek,

Bilgisayarlarda şifrelerin çözümünün yapılması, var ise gizlenmiş bilgilere ulaşılabilmesi amacıyla gerekli kopyaların alınması için gereken tüm teknik

çalışmalar, cihaz birlik dışına çıkarılmadan Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilecektir.

Asker kişinin konutu/lojmanı askeri mahal dışında ise; ilgili askeri personel tarafından derhal merkez komutanlığına haber verilecek, merkez komutanlığında görevli üstsubay bizzat arama işleminde hazır bulunacak, subay ve astsubay hakkındaki soruşturma işlemlerinin sadece ve bizzat cumhuriyet savcılıkları tarafından yapılması zorunlu olduğundan, polis/jandarma görevlileri tarafından tek başına arama işlemine yapılmasına izin verilmeyecektir.

Bu hükümlerin göz ardı edilmesi halinde; Cumhuriyet savcısına hukuki yetkileri hatırlatılacak ancak ısrarcı olması halinde, delillerin korunması için gerekli tedbirler alınarak hukuka aykırı olduğu düşünülen işlemin durdurulması için ilgili mahkemeye itiraz edilecek, itiraz edilmesi işlemin icrasını kendiliğinden durdurmadığından, işlemin icrasına devam edilecek ve itiraz sonucu verilecek karara göre hareket edilecek, hukuki yetkilerini kötüye kullanan adli görevliler hakkında derhal Cumhuriyet savcılıklarına suç duyurusunda bulunulacak, durum Genel Kurmay Adli Müşavirine de bildirilecektir.

AsMKYUK'da arama veya elkoymaya ilişkin bir düzenleme bulunmadığı takdirde, CMK hükümleri uygulanır. Bu bağlamda postada elkoymaya (CMK m.129), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymaya (CMK m.134) ilişkin düzenlemeler askeri yargıda da uygulama alanı bulacaktır.²³⁷

Konumuzla doğrudan ilişkili olmamasına rağmen askeri yargı ile sivil yargı arasındaki görev ilişkisine değinmek istiyoruz. AsMKYUK m.9'a göre; Askeri mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

²³⁷ Zeynel T. Kangal, *Askeri Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2012, s.357.

Asker kişiler tarafından devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı işlenen suçlara ait davalar adliye mahkemelerinde görülecektir. Anayasa m.145 ve AsMKYUK m.9, askeri mahkemelerin görevini tespitte hem sanığın sıfatını hem de suçun niteliğini ve mağdurun sıfatını esas almıştır.²³⁸

Ayrıca AsMKYUK m.12 gereğince, askeri mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi halinde, suç Askeri Ceza Kanununda yazılı bir suç olduğu takdirde sanıkların yargılanmaları bakımından askeri mahkemeler görevlidir. Buna karşın müştereken işlenen suç Askeri Ceza Kanunun da yazılı olmayan bir suç ise, adliye mahkemeleri görevli olacaktır. Bununla birlikte CMK m.3'e 5918 sayılı Kanunun 6.maddesi ile eklenen 2.fıkra gereğince; *“Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçu tek başına veya asker kişilerle iştirâk halinde işlemesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcıları, kovuşturmaları adli yargı mahkemeleri tarafından yapılır”*. Bu düzenleme nedeniyle AsMKYUK m.12 kısmen zımnen ilga edilmişti. Ay m.145/2, 5982 sayılı Kanunun 15.maddesiyle değiştirilerek asker olmayan kişilerin sadece savaş zamanında askeri mahkemelerde yargılabileceğinin kabul edilmesi karşısında, sivillerin işledikleri veya iştirak ettikleri suçlara ilişkin davalara barış zamanında askeri mahkemelerin bakmasına imkan kalmamıştır. Anayasa Mahkemesi 20.09.2012 tarih ve 2011/80 Esas sayılı kararıyla AsMKYUK m.12'nin iptaline karar vermiştir. Siviller tarafından işlenmiş olan hangi suçlar bakımından askeri mahkemelerin savaş zamanında görevli olacağı AsMKYUK m.14'te gösterilmiştir.²³⁹

İçen / Türkiye (31.05.2011) Davasında AİHM: “AİHS'nin, askeri mahkemelerin yargı yetkilerini, sivil kişilerin dahil olduğu davalarda kullanmalarını kesinlikle sınırladığının varsayılmayacağını hatırlatmaktadır; bu tür bir yargı yetkisinin mevcudiyeti, özellikle titiz bir incelemeye tabi tutulmalıdır. Bu bakımdan, AİHM, benzer bir durumun, demokratik bir toplumda, mahkemelerin güven sağladığı kanısını ciddi biçimde sarstığını göz önünde bulundurarak, daha önceki

²³⁸ Zeynel T. Kangal, *Askeri Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2012, s.233.

²³⁹ Kangal, a.g.e., s.248-249.

birçok davalarında, bir sivilin, yalnızca kısmen askeri üyelerden oluşan bir mahkeme huzuruna çıkmak zorunluluğu altında bulunduğunu özellikle hatırlatmaktadır. Bir mahkemenin yalnızca askeri hâkimlerden oluşması durumda geçerli olan bu kaygı, AİHM'yi, yalnızca çok istisnai durumlarda, bu tür mahkemelerde, siviller aleyhinde yapılan suçluluk isnadının, Sözleşme'nin 6. maddesiyle uyumlu olduğuna karar verilebileceğini onaylamaya yöneltmektedir. AİHM, sivillerin yargılanması söz konusu olduğunda, askeri mahkemelerin, cezai alanda yargılamasına sınırlamalar getirme yönünde bir eğilimin olduğunu doğrulayan uluslararası seviyedeki gelişmelerle ilgili tespitini hatırlatmaktadır. AİHM, öte yandan, yargı yetkisinin, prensip olarak bir sivil toplum niteliği olması nedeniyle, ordunun, demokratik devletlerin anayasal öngörülerinde sahip olduğu özel konumun, ulusal güvenlik alanıyla sınırlı tutulması gerektiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, ayrıca, silahlı kuvvetlerin iç düzenini ve hiyerarşik yapısını düzenleyen özel kuralların mevcut olduğunu da göz önünde bulundurmaktadır. AİHM, askeri cezai adaletin gücü, böyle bir durumu haklı çıkaracak zorunlu nedenlerin bulunmadığı ve bulunsa bile, açık ve öngörülebilir yasal bir temele dayanmadığı müddetçe sivil kişileri kapsamaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu tür nedenlerin mevcudiyeti, her durumda ... gösterilmelidir. Askeri mahkemeler, Sözleşme'nin normları ile sivil mahkemelerle aynı seviyede uyumlu olsa bile, farklı niteliklerine ve var olma nedenlerine bağlı olarak muamelede görülen farklılıklar, mahkemeler önünde özellikle ceza davalarında mümkün olduğunca kaçınılması gereken eşitsizlik problemlerine yol açabilir” açıklamalarıyla AİHS'nin 6.maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁴⁰

Askeri ve adli yargı yerleri arasındaki olumsuz görev uyuşmazlığından kaynaklı olarak **Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından incelenen ve 26.12.2005 tarih ve 2005 / 48 E., 2005/40 K. Sayılı kararda:** “...Sanığın, Gümrük Koruma Kapısında arama ve kontrol yapmakla görevli olduğu, yüklenen eylemin, yapmakta olduğu görev sırasında...ele geçirilen kaçak maddeleri, bilgi ve belgeleri tutanak düzenleyerek teslim etmesi gerekirken, sanığın bu yükümlülüğü yerine getirmeyerek ele geçirilen parayı yedinde bulundurması eyleminin, Jandarmanın idari (mülki) görevleri sırasında işlenen suç olduğu kuşkusuzdur. Bir an için adli yargı yerince sanığa yüklenen eylemin “Emir ve Talimatlara İtaatsizlik” suçunu oluşturduğu

²⁴⁰ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/icen.pdf>, (Erişim: 10.12.2015).

düşünülse dahi suçun Jandarmanın mülki görevleri sırasında işlendiği belirlendiğinden bu durumda dahi yargılama görevinin adli yargı yerine ait olduğu açıktır. Sanık, Jandarma Personeli olduğuna göre, Jandarmanın hangi nitelikteki görevler ile görevlendirildiğine ilişkin yasal düzenlemenin göz önünde tutulması, suça konu olayın meydana geldiği sırada yerine getirilmekte olan görevin, Yasa'da belirtilen görevlerden hangisine uygun olduğunun incelenmesi gerekmektedir... Bir an için adli yargı yerince sanığa yüklenen eylemin "Emir ve Talimatlara İtaatsizlik" suçunu oluşturduğu düşünülse dahi suçun Jandarmanın mülki görevleri sırasında işlendiği belirlendiğinden bu durumda dahi yargılama görevinin adli yargı yerine ait olduğu açıktır. 2803 sayılı Kanun'un 15 ve Yönetmeliğin 186. maddelerine göre jandarma personelinin ancak askeri hizmete ilişkin eylemlerinden dolayı askeri yargıya tabi buldukları kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle, sanık hakkında açılan kamu davasının adli yargı yerinde görülmesi..." kararı verilmiştir.²⁴¹

Yine Uyuşmazlık Mahkemesinin 01.02.2010 tarih ve 2010/6 Esas sayılı kararında; "...suçun askeri bir suç olmaması askeri bir suça bağlı bulunmaması durumunda, askeri mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesiyle, askeri mahkemenin görevinin sona ereceği düzenlenmiş bulunduğu ve somut olayda sanığa yüklenen eylemin askeri suç olmadığı anlaşıldığından, davanın adli yargı yerinde görülmesi ve sulh ceza mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir."²⁴²

2.3.9. Olay Yeri İnceleme

Kolluk güçleri için olay, kanunlarda açıkça suç olarak tanımlanan eylemlerin belli bir zaman ve ortamda gerçekleşmesidir. Olayın işleniş yönteminin, mağdur(lar) ve suçlu/suçluların ilişkisinin belirlendiği dinamik bölgeye olay yeri denir. Olay yeri, olayının başlangıcından bitimine değin geçen tüm alanları kapsar ve olayın işleniş tarzını, kullanılan yöntemleri, oradaki cisimleri, nesnelere ve bulguları

²⁴¹ Sinerji Hukuk Yazılımları, (Erişim: 20.04.2015).

²⁴² Sinerji Hukuk Yazılımları, (Erişim: 20.04.2015).

içerir.²⁴³ Bulgu, olay yerinde bulunan, olayla ilgili olan ve olayı aydınlatmaya yarayan her şeydir. Delil ise, hukuki anlaşmazlığı çözmeye veya suçu ispata yarayan ve ikamesi hukuk tarafından yasaklanmamış canlı-cansız, yazılı-sözlü her şey olarak tanımlanmaktadır.²⁴⁴

Gün geçtikçe kalabalıklaşan, karmaşıklaşan ve sorunları artan toplumlarda orantısız olarak suç çeşidi ve sayısı artmaktadır, suçlar hem birey bazında, hem de organize bazda işlenmektedir. Bu nedenle suçların işlenmesini önlemeye yönelik ve suçun işlenmesi durumunda olay yerinin daha sistematik ve bilimsel araştırılması, incelenmesi ve soruşturulmasında (kolluk birimlerinin adli görevi) kolluk birimlerine önemli görevler düşmektedir. Suç ve suçlularla etkin mücadele için önleyici ve caydırıcı hizmetlerin yanında, suçu aydınlatmada, olay yerinde bilimsel tekniklerin kullanımı ve olay yerinden elde edilen bulguların yine bilimsel tekniklerle delil niteliği kazandırılması ön plana çıkmıştır. Suç ve suçlularla mücadelede, çağımız modern kolluk güçlerinin, gelişen teknolojiye yararlanması zorunludur. Suç sonrası şüphelilerce olay yerinde bırakılan bulguların olayın çözümünde çok büyük işlevleri vardır; vücut sıvıları, parmak izleri, atış artıkları, mermi çekirdekleri, kovanlar vs.²⁴⁵

Adli bilim olay yerinde başlar. Suç işlendiğinde, olay yerindeki fiziksel bulguları baştan aşağı taramak için kaçınılmaz temel uygulamaların yapılması zorunludur.²⁴⁶

Olay yeri incelemesi “suç işlenen yerlerde, bilimsel ve teknik araştırma metotlarıyla suçun işlenme şekli, sebepleri ve faili hakkında bilgi verecek olan delillerin aranması, bulunması ve bunların muhafaza altına alınması için yapılan işlemlerin tümü” olarak tanımlanmıştır.²⁴⁷ Ceza yargılaması bakımından, olay yeri

²⁴³ Metin Bayer, *Olay Yeri İnceleme (Kriminal Laboratuvar Analizleri)*, Ankara 2003, s.27.

²⁴⁴ Bayer, a.g.e., s.27.

²⁴⁵ Bayer, a.g.e., s.28-29.

²⁴⁶ Bayer, a.g.e., s.26.

²⁴⁷ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.80.

incelemesi sonucu ele geçirilen iz, eser veya delilin hükme esas alınabilmesi için söz konusu işlemin usulüne uygun olarak icra edilmesi gerekir. Etkin ve yerinde yapılan olay yeri incelemesi sayesinde işkence veya kötü muamele yapılarak delil elde edildiği iddialarının ortadan kaldırılmış ve delilden şüpheliye ulaşma ilkesi hayata geçirilmiş olacaktır.²⁴⁸

AÖAY'nin 9.maddesi olay yeri incelemesini; suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin yapılması olarak tanımlamıştır. AÖAY m.9/I'a göre olay yeri incelemesinin, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için bir emir veya karar gerekmez. (Bu hallerde kolluk güçleri re'sen olay yeri incelemesi yapabilir.) AÖAY m.9/II'ye göre; "...birinci fıkrada belirtilen yerler dışındaki olay yeri inceleme işlemleri, 7 nci madde uyarınca hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışındaki yerlerde kolluk âmirinin yazılı emri üzerine gerçekleştirilir."

PVSK'nın Ek 6.maddesi; "...Polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapar, delilleri tespit eder, muhafaza altına alır ve incelenmek üzere ilgili yerlere gönderir.

Olay yeri dışında kalan ve o suça ilişkin delil elde edilebileceği yönünde kuvvetli şüphe sebebi bulunan konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak işlemler için Ceza Muhakemesi Kanununun arama ve elkoymaya ilişkin hükümleri uygulanır..." hükmüne amirdir. (Hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile)

AÖAY ve PVSK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; burada Cumhuriyet savcısının emrinin yazılı veya sözlü olacağına ilişkin bir açıklık bulunmadığından CMK'nın 161/3.maddesi uyarınca olay yeri konut ve işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı bir yer olsa bile Cumhuriyet savcısının adli kolluk görevlilerine olay yeri incelemesine ilişkin emrini kural olarak yazılı, acele hallerde ise sözlü olarak

²⁴⁸ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.59.

vermesi mümkündür. Ancak sözlü emrin en kısa zamanda yazılı olarak da bildirilmesi gereklidir.²⁴⁹

Nihayetinde, hakimın arama kararı veya Cumhuriyet savcısının aramaya ilişkin yazılı emrine gerek olmaksızın olay yeri incelemesini adli kolluk görevlileri gerçekleştirme yetkisindedir. Eğer, parmak izi, kan ve kıl gibi suç delilleri, olay yeri dışındaki konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda ise bu takdirde aramaya ilişkin genel kural olan hakimın arama kararı veya acele hallerde savcının yazılı emri ile olay yeri incelemesi gerçekleştirilebilecektir. Ancak doktrinde, konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda olay yeri incelemesinin arama kurallarına tabi olduğu da ileri sürülmektedir.²⁵⁰

Kunter/Yenisey; kapalı yerlerde yapılacak olay yeri incelemesi için usulüne uygun olarak arama kararı veya yazılı emrin alınmasının şart olduğunu, mağdura veya üçüncü kişiye ait kamuya açık olmayan kapalı yer içinde mutlaka arama kararı veya arama emri verilmesi gerektiği, rızaları olsa dahi suç işlenen kapalı alanlarda, olay yeri incelemesi yapılabilmesi için arama kararı veya yazılı emrin alınmasının zorunlu olduğunu ileri sürmüşlerdir.²⁵¹

Aydın'a göre; olay yeri incelemesinin aramaya ilişkin kurallara bağlanması yerinde bir yaklaşım değildir. Esasen söz konusu olan işlem arama işlemi olmayıp, olay yerinde inceleme yapılmaktadır. Suçun mağdurunun, suçla uğradığı mağduriyetinin giderilmesi amacıyla çağırdığı kolluğun suç yerinde inceleme yapabilmesi için ayrıca bir karara veya emre ihtiyaç duyması düşünülemez. Olay yeri, aynı zamanda şüpheliye/sanığa ait bir yer değilse ve yerin zilyedi durumundaki mağdur veya üçüncü kişi açıkça rıza gösteriyor ise arama kararı veya arama emri alınmasına gerek olmadan olay yeri incelemesi yapılabilmelidir.²⁵²

²⁴⁹ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.81, Recep Gülşen, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama", www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc (Erişim: 20.12.2013), s.21.

²⁵⁰ Gülşen, a.g.m., s.21.

²⁵¹ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.61.

²⁵² Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.83.

Aldemir'e göre; mağdur veya diğer kişinin rıza göstermesi şartıyla bu kişilere ait kapalı mekanlarda inceleme yapılması için ayrıca bir karar veya emir alınmasının pratik ve hukuki hiçbir faydası bulunmamaktadır. Bizde Aydın ve Aldemir'in görüşüne katılıyoruz, zira insan faktörünün yer aldığı Ceza Muhakemesi Hukukunda matematiksel formüllerle, keskin ifadelerle, genellemelerle uygulamadaki farklı olasılıklar çözülemeyecektir ve bu durum gereksiz işyükü oluşturacaktır.

Belirtilen hususlar mağdur veya diğer kişinin rıza göstermesi halinde mümkün olacaktır. Böyle bir rıza bulunmuyorsa, usulüne uygun olarak arama kararı veya yazılı emir alınmalıdır. Yine olay yeri incelemesi yapılacak kapalı mekan mağdur veya diğer kişilerle birlikte şüpheliye ait ise bu halde de mutlak surette usulüne uygun arama kararı veya yazılı emri alınması şarttır. Mağdur veya diğer kişinin rızasının bulunması durumda değişiklik yaratmaz.²⁵³

2.4 Aramanın İcrası ve Sona Ermesi

2.4.1 Arama Yapacak Kişiler

2.4.1.1 Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yapılan Arama

Arama kararını vermeye yetkili Cumhuriyet savcısı, aramanın icrası sırasında da hazır bulunabilir. Arama kararını vermiş Cumhuriyet savcısı arama yerinde hazır bulunması halinde yerin ziyedi veya eşyanın ziyedi ile bu kişilerin avukatının dışında arama tanıklarının bulunması zorunlu değildir.

Cumhuriyet savcısının hazır olması ihtiyari olup, Cumhuriyet savcısı, aramada hazır bulunup bulunmayacağını bizzat kendisi takdir edecektir. İşin önemine binaen, adli arama Cumhuriyet savcısının huzuru ile yapılabileceği gibi; arama, Cumhuriyet savcısının hazır bulunmadığı bir anda adli kolluk tarafından da yerine getirilebilir.²⁵⁴ CMK m.119/4 gereğince cumhuriyet savcısı hazır

²⁵³ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.62.

²⁵⁴ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.70.

olmaksızın²⁵⁵ konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.

Cumhuriyet savcısı hazır değilse arama işlemi sırasında hazır bulunması lazım gelen ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır edilmeden yapılan aramada, daha önce değindiğimiz “Kaleşnikof Kararı” olarak anılan Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12.03.2012 tarihli 2011/8-278 Esas, 2012/96 Karar sayılı kararı ile değişen içtihat uyarınca geçerlidir.

Kanun koyucu bazı hallerde ise arama sırasında Cumhuriyet savcısının hazır olmasını öngörmüştür. Bu hallerden biri avukat bürolarında yapılacak aramalar (CMK m.130/I), ikincisi ise askeri mahallerde yapılacak adli aramalardır (CMK m.119/5). Bu yerlerde Cumhuriyet savcısının hazır olmadığı bir zamanda yapılan arama, hukuka aykırı arama sayılır ve hükme esas alınmaz.²⁵⁶

Yargıtay 8.Ceza Dairesinin 08.12.2010 tarihli, 2010/1118 E. ve 2010/13745 K. sayılı kararında; “...CMK’nın 119.maddesinin 4.fıkrasının Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur hükmüne uyulmadan arama yapılarak suça konu silah ve kültür varlıkları elde edilmiş ise de aramanın CMK’nın 119/4.maddesine aykırı olarak yapıldığı...tüm dosya kapsamı karşısında atılı suçları işlediğine ilişkin mahkumiyetine yeter kesin ve inandırıcı yasal kanıt bulunmadığı da gözetilmeden, beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”²⁵⁷

CMK’da hakim bakımından düzenleme getirilmemiş olması hakim huzurunda arama yapılamayacağı anlamına gelmemelidir. Savcının huzurunda yapılabilecek aramanın hakim huzurunda yapılması evleviyetle kabul

²⁵⁵ Bu ifade esasen aramanın savcı tarafından da yapılacağı örtülü olarak kabul edilmiş bulunduğunu gösterir. (Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 1, Ekim 2006, s.192.)

²⁵⁶ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.72.

²⁵⁷ Aktaran: Aldemir, a.g.e., s.71. (Benzer kararlar için bkz: Y.8.CD., 12.12.2009, 2008/334-2009/15739, Y.4.CD., 14.02.2011, 2008/23024, 2011/1534)

edilmelidir.²⁵⁸ Ancak uygulamada hakimın aramaya bizzat katılması rastlanır bir uygulama değildir.

2.4.1.2 Kolluk Tarafından Yapılan Arama

AÖAY m.4'e göre kolluk; jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini ifade eder. CMK m.119/1 kolluk görevlilerinin arama yapabileceğini düzenlemiştir. Uygulamada arama genellikle kolluk görevlileri tarafından yapılmaktadır.²⁵⁹

Arama işlemi, arama kararı veya emrinde gösterilen süre içinde, kolluk tarafından yerine getirilmelidir. Yargıtay kararlarında söz edilen uygulamada yer bulan “karakol kurma” olarak adlandırılan; bir eve girip, eve gelecek kişileri bekleyerek yakalama şeklindeki uygulama hukuka uygun değildir.²⁶⁰

CMK m.160/2; “Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür” hükmüne amirdir. CMK m.161/1 ise; “Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir” hükmüne amirdir. CMK m.160 ve m.161 hükümleri uyarınca Cumhuriyet savcısı arama işleminde bulunabilir yahut Cumhuriyet savcısı bulunmaksızın yalnızca adli kolluk görevlileri arama işlemi yapabilir.

Kolluk arama yapmaya yetkili olmakla birlikte eğer kanun, soruşturmanın bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülmesini emrediyorsa bu durumda

²⁵⁸ Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 1, Ekim 2006, s.193.

²⁵⁹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.387.

²⁶⁰ Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s.119.

aramanın Cumhuriyet savcısının huzurunda yapılması gerekir. Ayrıca kanun, kolluk tarafından yapılan aramada kural olarak arama tanıklarının bulunması zorunluluğunu getirmiştir. CMK'nın 119/4. maddesine göre, Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için, o yer ihtiyar heyetinden veya komsulardan iki kişi bulundurulur.

2.4.2 Aramaya Maruz Kalacak Kişiyeye Bilgi Verilmesi

Aramaya tabi olan yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi veya o bulunmazsa yerine tayin olunacak kimseye aramaya başlanmazdan önce aramanın amacı konusunda bilgi verilmelidir. Ancak bu zorunluluk CMK m.117/1'de sözü edilen üçüncü kişilere ilişkin aramalarda söz konusudur.²⁶¹

CMK m.117/2'nin “üçüncü kişilere ilişkin arama yapılmasının aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır” hükmünde geçen olayların neler olduğu açıklanmamıştır. Somut olayın özelliklerine göre bu olayların varlığını arama kararını veya emrini verecek merci takdir edecektir. Suçla ilgisi olmayan üçüncü kişilere yönelik teminat niteliğindeki bu hükmün uygulamada dikkate alınması kişi hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından önemli ve gereklidir.²⁶² Aramaya maruz kalacak kişiyeye bilgi verilmesi hakkındaki düzenleme CMK m.120/2'de bulunmakta olup, 117.maddenin birinci fıkrasında gösterilen hallerde zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiyeye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verileceği düzenlenmiştir.

CMK m.120/2'deki düzenlemenin yalnızca üçüncü kişilere ilişkin aramalarda söz konusu olması yerinde olmamıştır. Başta hukuk devleti olmak üzere aramaya hakim olan ilkeler aramaya maruz kalan herkese aramanın amacı hakkında bilgi verilmesini gerekli kılmaktadır. Öte yandan AİHS m.6/3'de düzenlenen “Adil

²⁶¹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.393.

²⁶² Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.28.

Yargılanma Hakkı” gereği her sanığın en azından sahip olacağı haklar arasında “Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek” hakkında da söz edilmiştir. Bu hüküm gereği de aramaya maruz kalan kim olursa olsun aramanın amacı hakkında bilgi verilmek gerektiği kabul edilmelidir. Hatta sanığın yabancı olması halinde de aramanın amacının sanığa anladığı dilde bildirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, AİHS’a aykırılık bulunduğundan bu tedbire karşı bireysel başvuru yolunun açık olduğu söylenmelidir.²⁶³

Bilgi verme kapsamında; PVSK m.17/2 hükmü gereği öncelikle kolluk, kimliğine ilişkin bilgi vermelidir. Daha sonra aramanın neden yapıldığı, aramaya dayanak olan arama kararı veya arama emir ise bu karar veya emir, arama kanundan kaynaklanan yetkiye dayalı olarak yapılıyor ise bunun ne olduğu açıklanmalı, arama sırasında aramayı geciktirmemek koşulu ile bir avukatın hazır bulunabileceği belirtilmeli, arama işlemi sonucunda aramaya ilişkin tutanağın örneği, el koyma yapılmış ise el konulan veya muhafaza altına alınan eşyaların listesi ilgiliye verilmeli ve arama ve elkoyma işlemine karşı yasal haklarının neler olduğu anlatılıp bu hususlar arama tutanağına yazılmalıdır. Bilgi verme sözlü veya yazılı olabilir. Arama öncesi ilgiliye bilgi verilmesi sadece hukuki koruma sağlaması düşüncesi bakımından değil, aynı zamanda ilgilinin işbirliği yapma şansını yükselteceği için de önemlidir.²⁶⁴

2.4.3 Aramanın İnzibatı ve Zor Kullanma Yetkisi

CMK m.168’e göre; 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. Aramanın düzenini bozanlar 1412 sayılı mülga CMUK zamanında yirmi dört saati geçmemek üzere gözaltına alınabiliyordu (CMUK m.157). 5271

²⁶³ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.393-394.

²⁶⁴ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.71.

sayılı CMK ise gözaltına alma yetkisini kaldırmış, sadece zor kullanma ve men etme yetkisine yer vermiştir (CMK m.168).²⁶⁵

AÖAY m.30/7'ye göre; aramayla görevlendirilenler, aramaya karşı çıkılması hâlinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanarak direnci ortadan kaldırılabirler. 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. Ancak bu zor kullanma görevin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanılması şeklinde olursa, 5237 sayılı TCK'nın 256. maddesindeki suç oluşacaktır. Aynı şekilde kamu görevlisine görevini yaptırmamak için cebir veya tehdit kullanılması da 5237 sayılı TCK'nın 265. maddesindeki suçu oluşturacaktır.²⁶⁶ Üçüncü kişilerin aramayı engellemeye yönelik girişimlerine karşı da zor kullanılabilir.

Aramada zor kullanma yetkisinin doğmasına neden olan başka bir sebepte, kolluğun yakaladığı şüpheli, sanık ya da hükümlünün kaçmaya çalışmasıdır. Yakalama, kaçanı engelleme yetkisi veren bir koruma tedbiri olduğundan; yakalananın direnmesi durumunda kolluk memuru her türlü tedbiri alabilir ve zor kullanabilir (PVSK m. 13/3, CMK m. 90/4). Aynı şekilde, herkesçe yapılabilen suçüstü yakalamasında; yakalamayı gerçekleştiren vatandaşlarda, yakalananın kaçmasını ve kendisine veya başkalarına zarar vermesini engelleyecek tedbirleri alabilirler. Resmi sıfatı olmayan kişiler de bu halde, orantılılık kuralına uyarak zor kullanma yetkisine sahiptirler. Vatandaşlar, yakalananın kaçmasına mani olmak için, zaruret varsa bu kişiyi bağlayabilir veya bir yere kapatabilirler. Ancak, bu yetki, maksadı aşan derecede zor kullanılmasını ve özellikle silah kullanılmasını kapsamaz.²⁶⁷

²⁶⁵ Metin Çokmutlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma*, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2007, s.103.

²⁶⁶ Çokmutlu, a.g.e., s.104, Özge Sırma, "Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 34, Haziran 2009, s.38, Yasemin F. Saygılar, "Arama", *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, Cilt 1, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, İstanbul 2008, s.635/dipnot:10, s.641.

²⁶⁷ Şemsettin Aksoy, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.128.

2.4.4 Aramada Hazır Bulunabilecekler

Aramada bazı kişilerin bulunması ihtiyari olmasına rağmen, bazı kişilerin bulunması ise zorunludur. Aramada hazır bulunması gereken kişilerin arama anında bulunmaması, arama işlemini hukuka aykırı hale getirebilir.

Aramada bulunabilecek kişiler ile arama tanıkları birbirini tamamlayan ancak birbirinden farklı konulardır. CMK m.119/4'deki "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur." hükmü kolluk tarafından yapılan aramaya ilişkin olup, hazır bulunacak kişiler tanık niteliği taşımaktadır. Halbuki CMK m.120/1 kolluk-savcı ayrımı yapmayıp, arama kimin tarafından yapılmış olursa olsun maddede belirtilen kişilerin aramada hazır bulunmalarını ister. O halde m.120/1 hükmünün getiriliş amacı aramayı kim yaparsa yapsın aramaya maruz kalanın aramada hazır olmak suretiyle aramaya itiraz ve savunmada bulunabilme olanağının sağlanmak istemesidir. Nitekim arama öncesi ilgililere bilgi verilmesi zorunluluğunu getiren m.120/2 hükmü bu mantığı tamamlamaktadır.²⁶⁸

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 m.120/1). Yasa hazır bulunabilir dediğine göre aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi hazır bulunmaktan çekinebilir veya kendilerine ulaşamayabilir. O halde sahibinin veya zilyedin huzurunda yapılmamış bir arama hukuka aykırı değildir. Ancak böyle bir aramanın hukuka aykırı olmaması aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunmazsa **temsilcisinin veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından birinin veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişinin veya komşusunun hazır bulundurulması** halinde söz konusu olabilir.²⁶⁹

²⁶⁸ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2014, s.389.

²⁶⁹ Özbek, Kanbur vd., a.g.e., s.391.

CMK m.120 bu kişileri saymış ve arama sırasında “hazır bulundurulur” demiştir. O halde sayılan bu kişilerin aramada hazır bulundurulması zorunludur. Bu bakımdan aramada hazır bulunmamaları aramayı hukuka aykırı hale getirebilir. Bununla birlikte bu kişilerin bulundurulması mutlak bir imkansızlık içindeyse, aramanın başarısını tehlikeye düşürecek, deliller yok edilecekse bu durum aramayı yapan memurun takdirinde olmalıdır.²⁷⁰ Yukarıda sayılan bu kişiler aramada hazır bulunmaktan çekinebilir. Bu halde artık, onlar yerine başka kişilerin ikamesi söz konusu olmaz.²⁷¹

Yargıtay 7.Ceza Dairesi 24.02.2010 tarihli, 2007/10087 E. ve 2010/6022 K. sayılı kararının bir üye tarafından verilen muhalefet şerhinde; “...Soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usul kurallarına uygun olmalıdır. Bu bakımdan somut olaydaki aramanın hukuka uygun olup olmadığı hususu, işlemin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümler gözetilmek suretiyle saptanmalıdır...Dava konusu olayda arama kararı mahkeme tarafından verilmiş olup, sanığın işyerinde iki polis memuru tarafından sanık, şikayetçi, şirket yetkilisi ve şikayetçi vekili Av... hazır bulunduğu halde arama yapılmıştır. Arama sırasında o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmamıştır. Görüldüğü gibi arama işleminin yapıldığı sırada o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmamış ve ayrıca arama sırasında hazır bulundurulmaması gereken şikayetçi vekili de arama işlemine katılmış, böylece usul ve yasasına aykırı biçimde arama yapılmış, yasal olmayan ve hukuka aykırı yöntemle delil elde edilmiştir. Hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil de sanık aleyhine kullanılamayacaktır. Bu usulsüz arama sonucu elde edilen delil karşısında sanığın beyanı ise geçersizdir...Yani zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur. Çünkü ...hukuka aykırı kanıtlar ve bu kanıtlar aracılığıyla elde edilen diğer kanıtlar ayrımı yapmadan hepsini hukuka aykırı kanıtlar kapsamına alarak bunların yargılamada değerlendirilemeyeceği öngörülmüştür.”²⁷²

²⁷⁰ Özbek, Kanbur vd., a.g.e., s.390.

²⁷¹ Özbek, Kanbur vd., a.g.e., s.392.

²⁷² Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.69/dipnot 40.

Ancak Yargıtay “Kaleşnikof Kararı” olarak adlandırılan kararı ile görüş değişmiştir. Daha öncede değindiğimiz gibi YCGK 12.03.2012 tarihli 2011/8-278 Esas, 2012/96 Karar sayılı kararında; yasanın arama sırasında bulunmasını istediği diğer kişilerin aramaya katılmadığını, bunun da şeklen hukuka aykırı olduğunu ve 5271 sayılı CYY'nin 217. maddesinin 2. fıkrasında hüküm uyarınca, arama sonucu elde edilen delilin hukuka uygun biçimde elde edilen delil niteliğinde bulunmadığı ileri sürülebilir ise de; usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunan somut olayda, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itiraz vaki olmadığı gibi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım haklarının ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın da bulunmadığını, bu nedenle sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı ve ele geçirilen delillerin hukuka aykırı olarak nitelenemeyeceğinin kabulü gerektiği hükmüne varmıştır.

Aramada **avukat** bulunması zorunluluğu yoktur. Ancak avukat geldiğinde aramada hazır bulunmasına engel olunmaz (CMK m.120/3). CMK m.120 gerekçesine göre avukatın önceden haberdar edilmesine gerek yoktur. Hazır bulunursa aramaya katılabilir, gelmesinin beklenmesi gerekmez.²⁷³ Arama sırasında avukat olduğunu kimliği ile ispat eden kişi, aramaya katılmak istemesi halinde, vekâletname göstermese dahi arama işlemine katılabilir. Ayrıca bu kişinin, arama işlemine muhatap olan kişinin vekili olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur.²⁷⁴

Aramada hazır bulunan avukat aramanın inzibatını bozuyorsa yukarıda değindiğimiz CMK m.168 hükmü gereğince arama yapılan yerden uzaklaştırılabilir. Ancak avukat gözaltına alınamaz. CMK m.168 hükmü avukatlar için bir ayırım yapmış değildir. Ancak Av.K. m.58; “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

²⁷³ İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s. 66.

²⁷⁴ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s. 73.

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” hükmünü getirmiştir.

ÖZBEK’e göre hüküm hakimin dahi avukatın özgürlüğünü kısıtlayabilmesini kabul etmediğine göre, kolluğun evleviyetle böyle bir yetkisinin olamayacağını kabul etmek bir zorunluluktur. Bizde bu görüşe katılıyoruz, CMK m.168 hükmünde geçen “kişiler” kelimesi göz önüne alındığında, ilgili maddeye ek bir fıkra koyarak yürürlükteki mevzuat paralelliği ve avukatın dokunulmazlığı, meslek saygınlığı dikkate alınarak avukatlara özel bir düzenleme getirilmelidir.

Belirtilen kişilerin aramada hazır bulundurulması zorunludur. Yasa koyucu “bulundurulur” diyerek bu keskinliği ifade etmektedir. Böylece arama koruma tedbirine maruz kalan kişiye güvence sağlanması istenilmiştir. Bu bakımdan, adı geçen kişilerin aramanın yerine getirilmesi sırasında hazır bulundurulmamaları aramayı hukuka aykırı kılar ve bu suretle elde edilen delilleri de kullanılamaz hale sokar.²⁷⁵

CMK m.119 ve m.120 hükmü birlikte değerlendirildiğinde arama yapmak amacı ile bir eve gidildiğinde;²⁷⁶

- Arama sırasında **Cumhuriyet savcısı** ve arama yapılacak **evin sahibi hazır ise** arama tanığı bulundurmaya gerek yoktur ancak arama yapılacak evin sahibi isterse, aramayı geciktirmemek koşuluyla arama sırasında avukatı hazır bulunabilir,

- Arama sırasında **Cumhuriyet savcısı hazır** ancak arama yapılacak **evin sahibi hazır değil ise** CMK’nın 120/1 maddesinde belirtilen arama tanıklarından **birisinin hazır** bulundurulması gerekli ve yeterlidir,

²⁷⁵ Özge Sırma, “Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 34, Haziran 2009, s.37.

²⁷⁶ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.62.

- Arama sırasında **Cumhuriyet savcısı hazır değil** ancak arama yapılacak **evin sahibi hazır ise** CMK'nın 119/4 maddesi uyarınca arama sırasında o yerin ihtiyar heyetinden veya arama yapılacak yerin komşularından **iki kişinin** hazır bulundurulması gerekli ve yeterlidir,

- Arama sırasında **Cumhuriyet savcısı** da arama yapılacak **evin sahibi de hazır değil ise**, her iki madde birlikte uygulama alanı bulur. Bu durumda CMK'nın 119/4 maddesi uyarınca o yerin ihtiyar heyetinden veya arama yapılacak yerin komşularından **iki kişinin** hazır bulundurulması gerekli ve yeterlidir, zira CMK'nın 120/1 maddesinde arama yapılacak yerin sahibinin hazır bulunmaması durumunda bir komşunun hazır bulunması gerektiği kabul edilmiştir. CMK 119/4 maddesinde belirtilen o yerin ihtiyar heyetinden veya arama yapılacak yerin komşularından **iki kişinin** hazır bulundurulmuş olması CMK 120/1 maddesinde belirtilen hususun da sağlanması anlamına gelecektir.

2.4.5 Arama Tutanağı

Arama sonunda adli arama işlemi bir tutanağa bağlanır. CMK m.119/3'e göre arama tutanağına işlemi yapan kişilerin açık kimlikleri yazılır ve arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Arama tutanağı, arama işlemi tamamlanmasından hemen sonra tanzim edilmelidir. Gerçekleşmeyen olayların tutanağa geçirilmesinden kaçınılmalıdır. Ayrıca yanlış anlamalara ve izlenimlere yol açacak açıklamalar yapılmamalıdır.²⁷⁷

“5.Yargı Paketi” olarak adlandırılan 06.03.2014 tarih ve 28933 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile mülga edilmeden önce Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bir suç söz konusu ise, tutanağa, ilgili kolluk görevlilerinin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılıyordu (TMK m.10/1-ç (mülga). Dolayısıyla TMK kapsamında bir suç söz konusu olsa da artık arama tutanağına

²⁷⁷ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.114.

işlemi yapan kişilerin açık kimlikleri yazılacak ve arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanacaktır.

İmzadan imtina edilmesi halinde, bu durum tutanağa yazılır. Söz konusu tutanak, arama işlemine katılmayanlar tarafından imzalanmaz. Arama işleminin bir kısmına katılan kişi veya kişilerin hangi aşamasında ve ne şekilde katıldığının açıkça tutanağa geçilmesi gerekir.²⁷⁸

AÖAY m.11'e 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 belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri,

²⁷⁸ Aldemir, a.g.e., s.114, Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.98.

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.

İlgilinin yokluğunda arama yapılmış ise onun yerine hazır olan kişiye, o da yoksa arama tanıklarından birine verilir. Bu husus tutanağa açıkça yazılır.²⁷⁹

Kaçakçılık suçlarıyla ilgili tutanaklar, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 21 inci maddesine göre tanzim edilir.

Orman suçlarına ilişkin tutanaklar ise 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine göre düzenlenmelidir.²⁸⁰

Soruşturma veya kovuşturma makamları olan Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından adli arama işleminin hukuka uygun şekilde yapılıp yapılmadığını arama tutanağı içeriğini denetlemek suretiyle tespit edecektir. Arama işlemi sonucunda tespit edilen hususların hükme esas alınıp alınmayacağına, arama tutanağının denetlenmesinden sonra karar verilecektir. Ayrıca arama işlemine yapılan itirazlar, yine arama tutanağı içeriğine göre çözümlenecektir.²⁸¹

L.M./İtalya Davasında (60033/00, 8 Şubat 2005); Mahkeme iç hukukun, polisin davranışlarının yasallığı hususunda savcılığın denetim sağlamasına imkan veren arama tutanağının onaylanması hususunu özellikle öngördüğünü tespit etmektedir. Bu türden bir onayın tamamıyla ve haksız bir şekilde bulunmaması, yetkili makamların dava konusu arama işleminin yasa ile belirlenmiş olan usullere

²⁷⁹ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.116.

²⁸⁰ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.98.

²⁸¹ Hüsnü Aldemir, a.g.e., s.115, Aydın, a.g.e., s.98.

uygun olarak yapılması hususuna dikkat etmediklerini ortaya koymaktadır. Arama işleminin tamamlanması sonrasında, yasal usullere uyulmadığı ortaya çıkmaktadır ve bu nedenle AIHS'nin 8.maddesi ihlal edilmiştir.²⁸²

Arama tutanağı, arama işlemini yapanlarca imzalanarak tanzim edilmesi nedeniyle arama işlemine katılanların, arama yapılan kişi, yer ve eşyanın belirlenmesini sağlar. Bu nedenle kanaatimizce işlemin hukuka uygun yapılmasını sağlayıcı destekleyici bir uygulamadır. Zira arama işleminin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde de işbu tutanak içeriği önem kazanmaktadır.

2.4.6 Arama Sırasında Ele Geçen Kişi (Şüpheli Veya Sanık) ve Deliller Hakkında Yapılacak İşlemler

Aramanın amacı gerçekleştiğinde, yani şüpheli, sanık veya hükümlüler yakalandıklarında, derhal Cumhuriyet savcısına bilgi verilir ve kural olarak geciktirilmeksizin Cumhuriyet savcılığında hazır edilirler. Yürütülen bir soruşturma nedeniyle yakalanan kişi Cumhuriyet savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilir (CMK m. 91/1). Yakalanan kişi, hakkında kovuşturma aşamasına geçilmiş sanık ise, yetkili mahkeme önüne çıkarılır. Sanık yetkili mahkeme önüne yirmi dört saat içinde çıkarılmıyorsa, aynı gün en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır (CMK m.94).²⁸³ Yakalanan veya gözaltına alınanın durumu geciktirilmeksizin yakınlarına bildirilir (CMK m. 95).

Arama sonunda, arama kararında belirtilen eşya bulunduğu muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir (CMK m. 123). Elkoyma işlemi, şayet bir arama işleminin sonucu olarak gerçekleşiyorsa, bu durumda ayrıca bir elkoyma kararına veya emrine ihtiyaç bulunmayacak, arama kararı veya emri, aynı zamanda elkoymayı da kapsayacaktır. Buna karşılık, herhangi bir arama işleminin sonucu olmaksızın, örneğin açıkta

²⁸² Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.20, Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*”, TBB Yayınları, Ankara, Kasım, 2008, s.77.

²⁸³ Bahri Öztürk, Mustafa Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.450.*

bulunan bir Şeye elkoymada olduğu gibi elkoyma koruma tedbirinin doğrudan uygulanacağı durumlarda bir karara veya yazılı emre ihtiyaç bulunmaktadır.²⁸⁴

Arama sonunda muhafaza altına alınan veya elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmi mŕhŕrle mŕhŕrlenir veya bir işaret konulur (CMK m.121/3). Koruma altına alınan veya el konulan eşyanın tam bir listesi yapılarak resmŕ mŕhŕrle mŕhŕrlenir. Bu eşyanın resmŕ mŕhŕrle mŕhŕrlendiĐine dair tutanak tanzim edilerek, bir sureti ilgilisine verilir (AŖAY m.12/son).

Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmi dŖrt saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK m. 127/3). Zilyesinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir (CMK m. 127/4). Elkoyma işlemi, suçtan zarar gŖren mağdura gecikmeksizin bildirilecektir (CMK m. 127/5).

Defterin nasıl yapılacağı, mŕhŕr ve iŐaretlemenin nasıl gerçekteŐirileceĐi hususunda CMK’da açıklık yoktur ancak en azından tutulan defterde elkonulan Şey, nerede bulunduğu, sahibi veya zilyedi vb. gŖsterilmesi gerektiği sŖylenmelidir.²⁸⁵

01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yŕrŕrlŕĐe giren Suç EŞyası YŖnetmeliĐi’nden bu konuda yararlanılabilir.²⁸⁶ Suç EŞyası YŖnetmeliĐi’nin 4.maddesi gereği; suç eşyası kural olarak Adalet Emanet Dairesinde saklanır. 5.madde gereği soruşturmaya yapan gŖrevlilerce suç eşyasına elkonulduğuna dair bir tutanak dŖzenlenir.

Suç EŞyası YŖnetmeliĐi m.5/2 gereği; elkoyma tutanağına; elkonulan eşyanın cinsi, miktarı, ŕzerindeki işaret, yazı ve numaraları, tŕr, marka, model ve Ŗlçŕ gibi

²⁸⁴ Cumhuri Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.339.

²⁸⁵ Veli Ŗzer Ŗzbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.396.

²⁸⁶ Ŗzbek, Kanbur vd., a.g.e., s.396.

benzerlerinden ayırt etmeye elverişli bütün nitelikleri, takdir ettirilen değeri, hangi suçtan dolayı kimden, nereden ve ne suretle alınmış olduğu, soruşturma evrakı numarası, hazır olan mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık ile bunların vekil ya da müdafininin, bilirkişi ve tanıklar ile huzurda bulunan diğer kişilerin ve elkoyma işlemini yapan kolluk görevlilerinin açık kimlikleri, işlemin yeri, tarihi ve saati yazılır; ilgililerin imzası, imza bilmeyenlerin parmak izi alınır; okuma ve yazma bilen şahısların ad, soyad ve adresleri kendi el yazıları ile yazdırılır, bu şekilde düzenlenen tutanak, soruşturma evrakına eklenir.

Suç Eşyası Yönetmeliği m.5/3 gereği; elkonulan eşya, uygun şekilde ambalajlandıktan sonra, ambalajın ebadına, delillerin mahiyetine göre, tel, sicim, ip veya uygun görülen benzerleri ile bağlanıp, açıldığında yeniden kullanılmayacak derecede bozulan ve açıldığı belli olan mühür bandı, kendinden yapışkanlı güvenlik poşeti, üzerinde seri numarası bulunan tek kullanımlık hazır mühür, kurşun veya mum ile mühürlenir; ayrıca, suç eşyasına bağlanan etiket üzerine eşyanın cinsi, miktarı, kimden alındığı ve soruşturma evrakının numarası yazılmak suretiyle Cumhuriyet başsavcılığına tevdi edilir. Suç Eşyası Yönetmeliği m.5/6 gereği; elkonulan eşyanın teslim alınmasına dair işlemler Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda emanet memurunca yerine getirilir. Bulunmadığı takdirde Cumhuriyet başsavcılığınca görevlendirilecek personel tarafından tutanakla teslim alınarak en kısa zamanda emanet memurluğuna teslim edilir.²⁸⁷

2.4.7 Arama Sırasında Ele Geçen Belge ve Kâğıtları İnceleme Yetkisi

Arama sırasında arama yapılan kişinin üstünde veya arama yapılan yerde birtakım belge ve kâğıtlar ele geçirilebilir. Bu belge ve kâğıtlara elkonulması gerektirip gerektirmeyeceği ancak bunların incelenmesi ile anlaşılabilir. Buna göre; bir kişinin üstünde, aracında, işyerinde, konutunda veya kapalı başka bir yerde arama yapıldığında, burada belge veya kâğıda rastlandığında arama sırasında hakim veya Cumhuriyet savcısı hazır ise belge ve kâğıdı inceleyecek (avukat bürolarında yapılan aramalar hariç), bu inceleme sonucunda söz konusu belge veya kâğıdın ileride

²⁸⁷ Aktaran: Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.397.

müsaderesinin mümkün olduğu veya delil vasfının bulunduğunu belirler ise muhafaza altına alma veya elkoyma işlemi yapılacaktır. Ele geçen belge veya kağıdın böyle bir vasfının olmadığı anlaşılır ise yapılacak bir işlem yoktur, belge ve kağıt arama yapılan yerde bırakılacaktır. Eğer arama sırasında hakim veya Cumhuriyet savcısı hazır bulunmuyor ise, aramayı yapan kolluk görevlileri belge kağıtları incelemeden bunları muhafaza altına alacak, zilyedinin rızası ile vermemesi durumunda el koyma hükümlerini uygulayacak ve Cumhuriyet savcısının veya hakimin incelemesine sunacaktır.²⁸⁸

CMK m.122 hükmü ile özel hayatın gizliliği korunmaya çalışıldığına göre belge ve kağıt deyiminin geniş yorumlanması gereklidir. CMK'nın sadece kağıt değil, belgeden de söz etmesi kapsamın genişletilmesini sağlamaya yöneliktir. Kişisel veya mesleki, açık veya gizli, kapalı veya ortada olup olmadığına bakılmaksızın; düşüncel içeriğe sahip yazılı ve basılı her kağıt bu kapsamda ele alınmalıdır. Buna göre; mektuplar, günlükler, notlar, muhasebe kağıtları, ticari defterler, taslak metinler, karalama şeklindeki notlar, ajanda, takvim, telefon defteri, fotoğraflar, harita ve krokiler, faturalar, ulaşım araçlarına ait biletler, mikro filmler, CD'ler belge ve kağıt hükmündedir. Ancak piyasadan temin edilen bu nedenle açık hale gelmiş bulunan eserler ile resmi makamlardan alınan belgeler bu madde kapsamında değildir.²⁸⁹ CMK m.122'ye göre hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir.

Kanun koyucu, söz konusu belge ve kâğıtların kişilerin özel hayatları bakımından önemine binaen arama sırasında aramayı icra eden kolluk görevlilerine bu belge ve kâğıtları inceleme yetkisi vermemiştir.²⁹⁰ Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi avukat bürolarındaki belge ve kağıtları inceleme yetkisi yalnızca hakime verilmiştir. Ancak kolluk, arama sırasında ele geçen belge ve kağıtlara, suçla ilgili olup olmadığını tespit etmek amacıyla incelemeksizin bakabilir. İncelemeksizin

²⁸⁸ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.77.

²⁸⁹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.398.

²⁹⁰ Aydın, a.g.e., s.76.

bakması sonucunda suçla ilgili olduğundan şüphelendiği takdirde Kanunun öngördüğü şekilde ambalajlayarak mühürler (AÖAY m.16/2). Belge ve kağıtların incelenmesinde hakim veya savcı bilirkişiye başvurabilir, kolluk görevlilerinden bilirkişi olarak yararlanabilir.²⁹¹

Kolluğun AÖAY’de tanımlanan yetkisi CMK’nın 122.maddesine aykırıdır. Kanunda verilmeyen yetki yönetmelik ile verilmeye çalışılmıştır. AYDIN’a göre de; verilmeyen yetkinin yönetmelikle verilmesi mümkün değildir. İncelenmeksizin bakabilirden ne anlaşılması gerekir, ne kadar bakar ise incelenmemiş olur, bazı bilgiler edinilirse edinmemiş gibi yapabilecek midir?²⁹² AYDIN’ın da ifade ettiği gibi kanundaki arama yetkisi genişletilmeye çalışılmıştır ve pek tabii ki yönetmelikteki “incelemeksizin bakmak” tanımlaması gerçek dışıdır, işin tabiatına aykırıdır.

ÖZBEK’e göre; kolluğun soruşturma bakımından önemsiz olanları ayıklamak amacıyla kağıtları dışarıdan kabaca incelemesi amacıyla yüzeysel olarak okunması dahi mümkün değildir. Ancak yazının içeriği hakkında bilgi sahibi olunmaksızın böyle bir inceleme yapmak mümkün olmadığı gibi, bunun esaslı bir incelemeden farkını ortaya koyacak sınırı çizebilmek de mümkün değildir. Bununla birlikte kolluk yalnızca dış belirtilere göre ayıklama yapabilir (mesela yazı stili, gönderenin ismi gibi). Aksi halde, kağıtların hakimce incelenmesini lüzumlu görecekt bilgiyi edinmek olanaklı değildir. Ancak incelemenin sadece gerekli bilgiyi edinmekle sınırlı olduğu unutulmamalıdır.²⁹³

CMK m.122/2’ye göre 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 çağrılır; çağrıya uyulmadığında gerekli işlem yapılır.

²⁹¹ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınları, 2006, s.251-252.

²⁹² Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.78.

²⁹³ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.398-399.

Belgenin zilyedi veya temsilcisi çağrıya rağmen gelmezse işlem yokluklarında yapılır. Bu çağrının nasıl yapılacağı kanunda belirtilmemiştir. İşin soruşturma aşamasında olduğu zamanlarda en uygun ve hızlı vasıta ile çağrının yapılması mümkündür. Önemli olan bu çağrının yapıldığının ispatına yarayacak tutanağın düzenlenmesidir.²⁹⁴ CMK m.122/3'e göre inceleme sonucu soruşturma veya kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kâğıtlar ilgisine geri verilir.

Son olarak belirtelim ki; CMK m.126 gereği Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde buldukça elkonulamaz. Yine AÖAY m.16/son'da şüpheli veya sanık ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 45 ve 46 ncı maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde buldukça elkonulamayacağını düzenlemiştir.

“Kimseler nezdinde buldukça” veya bu ibareden çıkarılan “yanında bulundurmak” ibaresinin anlamı muhafaza altında olmak biçiminde anlaşılmalıdır. Bu bakımdan, söz konusu mektuplar sanık veya tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilerden başka kişilerin üstünde mesela, arkadaşının üstünde bulunursa artık elkoyma mümkündür.²⁹⁵

2.4.8 Tesadüfen Ele Geçen Deliller Hakkında Yapılacak İşlemler

Arama işlemi, kişilerin özel hayatına müdahale etmesi sebebiyle hükümlerle güvenceye alınmıştır. Çünkü kişinin özel hayatına, konut dokunulmazlığına, kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin haklara müdahale edilmektedir. Bu nedenle arama kararı veya emri veren ve arama kararı veya emrini icra eden hakim, cumhuriyet savcısı, mülki amir, kolluk amiri ile memurları karar verirken ve kararı icra ederken

²⁹⁴ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.78.

²⁹⁵ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.351.

titiz davranmalı ve keyfi uygulamaya yol açacak davranışlardan özellikle kaçınmalıdır.²⁹⁶

Arama kararında neler olması gerektiğinin belirlenmesinin yanı sıra, aranan şeyin de somutlaştırılması gerekmektedir. Aranan şeyin somutlaşması kararı icra eden kolluk görevlilerinin genel bir arama yapmasını engeller ve arama kararına konu olan kişinin arama işlemi ile ilgili bilgi sahibi olmasını ve arama işleminde hukuka aykırılık olup olmadığını tespit edebilmesini sağlar. Ancak uygulamada maddenin taşıdığı bu amaca ve güvencelere pek de uyulmadığı söylenebilir. Örneğin arama kararlarında suç şüphesini uyandıracak her şey gibi ifadeler yer almakta, bazen arama yapan kolluk kuvvetleri dahi aranan somut şeyi bilmemektedirler.

CMK m.138/1'e 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 muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir. Savcı bu şeylerin yapılacak olan muhakemede delil olarak kullanılabilip kullanılamayacağı ya da bu muhakemede bunlara elkonulabilip elkonulamayacağı hususlarını incelemelidir. Savcı gerekli görmezse alınan bu şeyi iade edebilir. Muhafaza altına alınan şey derhal iade edilmezse makul bir süre içinde bu şeye elkonulmalıdır.²⁹⁷ Bu hüküm, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma bakımından da geçerlidir.²⁹⁸

CMK m. 138'in amacı asıl delil aranırken, kolluk kuvvetlerinin önüne aranmayan kişi veya aranmayan eşya çıkması durumunda bunların kullanılabilmesini sağlamaktır; bunu sağlarken de sınırlarını çizmektir. Ancak asıl delil somutlaştırılmadığı takdirde, maddenin amacına aykırı bir delil ortaya çıkarma söz konusu olmaktadır. Ayrıca dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan birisi de asıl

²⁹⁶ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.160.

²⁹⁷ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.401-402.

²⁹⁸ Madde gerekçesi. (Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.75.)

delil bulunduktan sonra aramaya devam edilmesinin hukuka aykırılık teşkil edeceğidir. Dolayısıyla asıl delilin somutlaştırılması bu açıdan da önemli olup, tesadüfî delilin de hangi aşamaya kadar kabul edileceğinin sınırını belirleyecektir.

CMK m.138/2'ye göre; Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir. Bu düzenleme, sadece CMK m.135/6'daki suçlarla sınırlı olup, diğer suçlara yönelik olarak genişletilemez; aksi takdirde delil yasakları kapsamına girecek ve ispat bakımından geçerli sayılmayacaktır. Zira CMK'ya göre (m.217/2), ancak “yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”²⁹⁹

Elkonulabilecek eşyanın tesadüfen bulunması gerekir. Aramanın başlangıcında öngörülmesi mümkün olmayan, sürpriz bir bulma söz konusudur. Bu tesadüf ise arama emrinin içerdiği sınırlar içinde yani aramanın konusu olan şeyin aranması esnasında bulunması ile gerçekleşir. Yani o şey “çıplak gözle görülebilir” olmalıdır. Tesadüfen bulunan şeyin arama kararının verilmesine neden olan fiil ile bağlantısı bulunmamakta ve fakat bu şey diğer bir suçun işlendiğini göstermektedir. Bu konuda, bilinen bir suçla bağlantı bulunması olasılığı ya da belirsiz, soyut bir şüphenin varlığı yeterlidir.³⁰⁰

AÖAY “Aramada emir ya da karar kapsamı dışında elde edilen bulgular ve ele geçirilen kişiler” kenar başlığını taşıyan 10.maddesi hükmü gereği usulüne uygun yapılan aramada;

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

²⁹⁹ Çiçek, a.g.e., s.75., Recep Gülşen, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc (Erişim: 29.03.2015), s.7.

³⁰⁰ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.401.

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.

AÖAY “tesadüfen elde edilen delil” kavramını biraz daha genişletmiştir. CMK’da sadece “yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil” den söz edilmekte iken AÖAY buna ilaveten “yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen” delillerden de söz etmektedir. Yasada öngörülmemiş bir hususun Yönetmelikte düzenlenmesi eleştirilmelidir.³⁰¹

Yenisey/Nuhoğlu da; CMK’da “muhafaza altına alma” terimi kullanılırken, AÖAY’de “koruma altına alma” teriminin kullanılması ve AÖAY’nin 4.maddesinde “koruma altına alma” kavramının ayrıca tanımlanmış olmasının ilgi çekici olduğu, yönetmelikteki terimlerin Kanuna uygun olması gerektiği eleştirisini getirmiştir.³⁰²

Özbek’e göre arama kararının ya da emrinin konusu dışında kalan bir şey aranır ve bulunursa, artık o eşya CMK m.138 anlamında tesadüfen bulunan bir eşya değildir. Soruşturma makamları burada dürüst işlem ilkesine aykırı davranmakta, bir suça ilişkin arama kararını bir başka suça ilişkin delil elde etmek amacıyla kullanmaktadır. Böyle bir arama muhakeme hukukunun dürüst işlem, adil yargılanma, oranlılık ilkelerine aykırı olacağından hukuka aykırı sayılmalı elde edilen deliller muhakemede kullanılmamalıdır. Öte yandan bu düzenlemenin amacı delilin yok olma riskinin ortadan kaldırılmasıdır. Zira delil yerinde bırakılırsa delilin

³⁰¹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.g.e., s.400.

³⁰² Bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.556.

yok olması ihtimali söz konusu olmaktadır. Kendiliğinden ortaya çıkmış bir delile aramayı yapan memurun göz yummasını istemek devletin suçla mücadele amacına da ters düşecektir. Bu nedenle tesadüfen bulunan şeyler elkonulamayacak şeylerden olması şartıyla muhafaza altına alınacaktır.³⁰³

Asıl delillerle birlikte tesadüfen elde edilen deliller de hukuka aykırı olup delil değerini kaybedeceklerdir . AY m. 38’de, CMK m. 206’da ve CMK m. 217’de bu durum vurgulanmıştır ve kişilerin aleyhine veya lehine hiçbir durumda kullanılmayacağı, hiçbir şüpheye sebep olmamakla birlikte hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir. Ancak bunun da bir sınırı vardır, o da hukuka aykırılığın sadece o tedbiri ve tedbirden elde edilen delilleri kapsayacağıdır.

Arama hukuka aykırı ise, bu sadece o aramanın ve bunun neticesinde elde edilen delili hukuka aykırı hale getirecektir; sadece bir aramanın hukuka aykırı olması o kişiyle ilgili olarak tüm soruşturma içeriğini hukuka aykırı hale getirmeyecektir ve yasak ispat aracı kılmayacaktır.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu’nun aktardığı **Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi’nin “Vale v. Louisiana” davasında;** polis şüpheliyi başka bir suçtan dolayı yakalamak üzere evine geldiği sırada, uyuşturucu madde sattığı anlaşılan sanıktan mal almak üzere, bir başka şahısta evin önüne gelmişti. Teslimat sırasında polis sanığı evin önünde yakalamıştı. Sanığın üzerinde uyuşturucu madde ele geçirilmişti. Bunun üzerine polis evin içinde daha başka uyuşturucu madde paketlerinin bulunup bulunmadığını tespit etmek üzere, hakimden karar almadan ve rızaya dayalı da olmaksızın, uyuşturucu maddenin saklanmış olduğundan şüphelendiği yerlerde arama yapmıştır. Yüksek mahkeme Vale davasında “zaruret unsurunun gerçekleşmediği gerekçesiyle, polisin hakimden karar almadan arama yapma yetkisinin doğmadığına” karar vermiştir. Kullanılan ölçüt şudur; emarelerin yok olabileceği veya buldukları yerden başka yere götürülebileceklerini gösteren olgu yoktur. Bu nedenle, hakimden karar almadan eve girmek hukuka aykırıdır. Buna karşılık uyuşturucu maddenin bir yerden başka bir yere nakledildiğini, bunun

³⁰³ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.402.

için hazırlık yapılmakta olduğunu izlemiş olsalardı hakimden karar almadan arama yapma yetkileri doğabilirdi. Olayda hakim kararı alınana kadar, eve giriş ve çıkışı önlemleri ve karar alındıktan sonra arama yapmaları gerekirdi.

Ülkemizde ise hakimlerin polis kadar şüphe sebepleri konusunda bilgilendirilmesi gerekir, polisin suç emaresi olduğunu anladığı bir vakıa hakime söylendiğinde, hakim de en kısa sürede karar vermesi gerekecektir. Bunun için hem çağın teknolojik gelişmelerini yakalar hızlılıkta hem de gizlilik esaslarına riayet edilerek, polisin arama yapmadan önce hakim kararı alması mümkün olabilir. Aksi takdirde genel hantal mekanizma içerisinde, masadan masaya yazı şeklinde uygulama devam ederse, arama isteği savcıdan önce aradaki hizmet personeli tarafından da öğrenilebileceğinden, sistem işlemez hale gelir.³⁰⁴

Özel olarak CMK m. 130'da düzenlenen avukat bürolarında arama ve elkoyma işleminde ise tesadüfen delil elde etme imkanı sunulmamıştır. Asıl delil dışında hiçbir bulgu delil değerini kazanamayacaktır.

Özbek'e göre; faydalı taraflarına rağmen "tesadüfen elde edilen delilerin muhafaza altına alınması" imkânının sınırının genişliği nedeniyle tehlike yarattığı, bazı bahaneler vasıtasıyla sanki yasal bir arama varmışçasına arama yapmayı teşvik ettiği haklı olarak ileri sürülmektedir.³⁰⁵ Bizde bu görüşe katılıyoruz, delillerin yok olması tehlikesi ve keyfilik arasındaki denge tutturulmaya çalışılmış olup, bu hükmün uygulanmasında azami dikkat sarf edilmelidir. Aksi durum terazi dengelerinin sarsılmasına yol açabilecektir. Arama işlemi ile kişinin güvenliği ve özgürlüğüne ve konut dokunulmazlığına yapılan müdahalenin amacı ve kapsamı arasında bir yarar-zarar dengesi gözetilmelidir.³⁰⁶

³⁰⁴ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 15. Basım, İstanbul, 2006, s.309-310.

³⁰⁵ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.403.

³⁰⁶ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.160.

2.4.9 Arama Sonunda Belge Verilmesi

CMK m.121/1 gereğince aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 116 ve 117 nci maddelere göre yapıldığını ve 116 ncı maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir.

CMK m.121/2 gereğince verilecek belgelerde, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilir. CMK m.121/3 gereğince koruma altına alınan veya elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur.

Aranan kişinin sanık, şüpheli, üçüncü kişi ve hatta o yerin sahibi veya zilyedinin bulunmaması halinde aramada bulundurulması gereken temsilci, mümeyyiz hısım, birlikte oturan kimse veya komşusuna talep halinde bir belge verilir. Talep yoksa memur böyle bir belge vermek zorunda değildir. Buradaki memur aramayı icra eden ya da arama kararını veren memurdur.³⁰⁷

AÖAY m.12 gereğince yapılacak arama sonunda, hakkında arama işlemi uygulanan kişiye talebi hâlinde;

a) Aramanın,

- 1) Şüpheli veya sanık olması ve yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunması sebebiyle mi,
- 2) Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla mı yapıldığını,

³⁰⁷ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.395.

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

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

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

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

Koruma altına alınan veya el konulan eşyanın tam bir listesi yapılarak resmî mühürle mühürlenir. Bu eşyanın resmî mühürle mühürlendiğine dair tutanak tanzim edilerek, bir sureti ilgisine verilir. Bu hususlar bir belgede gösterilebileceği gibi, bunun için ayrı ayrı belgeler de düzenlenebilir. Yazılı belge, aramanın yapıldığı yerde ve aramanın hemen sonunda verilmeli, eğer bu mümkün değilse, aramayı gerçekleştiren mercii tarafından gecikmeksizin hazırlanarak verilmelidir. İlgilinin belge isteği daha sonra geldiği takdirde bu istek de yerine getirilmelidir.³⁰⁸

Öte yandan elkonulacak bir şey bulunamamışsa, bunu gösterir bir belge yine talep üzerine ilgiliye verilir. Bu belge ise kişinin aramaya maruz kaldığını, kapsamı ve özgürlüğünün bir zorunluluk dolayısıyla ihlal edildiğine dair ilgiliye sonuçta verilen bir hesap mahiyetindedir. Bu hüküm de ilgililere tanınmış bir güvencedir. Ancak hüküm, düzenleme niteliğinde olduğundan ihlali aramayı hukuka aykırı hale getirmez.³⁰⁹

Kanaatimizce uygulamada pratiklik sağlanması ve kırtasiyeciliği önlemek açısından, daha önce değindiğimiz arama sonunda tanzim edilen arama tutanağı ile arama sonunda verilecek belgenin birleştirilmesi yani tek bir belge ile hem arama

³⁰⁸ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınları, 2006, s.250-251.

³⁰⁹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.395.

işleminin kontrol edilebilirliği, şeffaflığı tesis edilir, hem de aramaya maruz kalan kişinin bilgilendirilmesi sağlanabilir.

BÖLÜM III

3. HUKUKA AYKIRI ARAMA VE DENETİM MUHAKEMESİ

3.1 Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuka Aykırı Arama

Hukuka aykırı arama, adli aramaya ilişkin uluslararası ve ulusal mevzuat hükümlerine aykırı olarak arama işlemini ifade eder. Adli arama işleminin hukuka uygun yapılması gerekir, hukuka aykırı yapılan arama işlemi hem hukuki hem de cezai bakımdan yaptırıma bağlanmıştır. Bu bakımdan arama işleminin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığı hususunun tespiti usul hukuku bakımından önemli bir yere sahiptir. Adli aramanın hukuka aykırı olduğunun tespiti halinde, adli arama kararını veya emrini veren, arama işlemini icra eden kolluk güçleri bakımından hukuki ve cezai sorumluluğu doğabileceği gibi aramaya muhatap olan kişinin Devletten tazminat isteme hakkının da doğduğu kabul edilir. Ayrıca arama işleminin hükme esas alınmaması gibi bir yaptırımla da karşı karşıya kalır.³¹⁰

Kanunda belirtilmiş bir amaca yönelik olmayan bir arama yapılamayacağı gibi, amaca uygun bir aramanın yapılması da ancak hakim kararı ile veya kanunla yetkili kılınmış bir merciin vereceği yazılı arama emri ile mümkün olabilir. Bu kapsamda olmayan bütün aramalar hukuka aykırıdır.³¹¹

Örneğin; kanunda belirtilen amaç dışında, makul şüphe olmaksızın, ölçülülük ilkesine uyulmaksızın, karar veya emir olmadan, sözlü karar veya emre dayanılarak, karar veya yazılı emre aykırı şekilde, yetkisi bulunmayan görevlilerce, arama

³¹⁰ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.159.

³¹¹ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.150.

tanıkları hazır bulunmaksızın yapılan aramalar, hâkimin onayına sunulması gerekirken sunulmamış aramalar hukuka aykırı sayılır.³¹²

Uluslararası ve ulusal hukukta kabul edilen aramanın amaç, şekil ve şartlarına aykırı şekilde verilen ve icra edilen arama hukuka aykırı sayılır. Arama işleminin Anayasa, CMK ve PYSK gibi mevzuat hükümlerine ve demokratik toplum gereklerine uygun olması gerekir.³¹³

Arama yapılması için amaç yeterli olmayıp, arama işleminin gerçekten gerekli olması da şarttır. Gereklilik, somut olayın koşulları ve suçun önlenmesi veya delillerin ele geçirilmesindeki hukuki veya sosyal yarar göz önünde bulundurularak değerlendirilir. Müdahalede bulunduğu kişi güvenliği ve özgürlüğü, konut dokunulmazlığına yapılan müdahalenin amacı ve kapsamı arasında bir yarar zarar dengesi gözetmelidir. Müdahalenin yararlarının daha fazla olduğu objektif olarak kabul edilmesi halinde arama işleminin yapılmasına karar verilmelidir. Yani arama tedbiri ile müdahale edilen haklar arasında adli bir denge oluşturulması, arama tedbiri ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi muhtemel zarar arasında makul bir oranın bulunması gerekir. Arama işlemi ile sağlanacak yararlar, kişinin haklarına verilecek zararı önemsiz kılacak kadar değerli ise yapılan müdahale orantılı olması nedeniyle, arama işlemi hukuka uygun olur. Aksi halde arama işlemi hukuka aykırı sayılır.³¹⁴

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.11.2014 tarih, 2013/9-610 E., 2014/512 K. Sayılı kararında³¹⁵; aramanın hukuka aykırı olması, arama karar veya

³¹² Aldemir, a.g.e., s.159.

³¹³ Hüsnü Aldemir, a.g.e., s.160.

³¹⁴ Aldemir, a.g.e., s.160.

³¹⁵ Sinerji Hukuk Yazılımları, (Erişim: 20.04.2015), YCGK 25.11.2014 tarih, 2013/9-610 E., 2014/512 K. Sayılı kararı; “...Aramanın hukuka aykırı olması, arama karar veya emrinin ya da aramanın icrasının hukuka aykırı olması anlamına gelmektedir. Hukuka aykırılık bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır. Kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramının çerçevesi ve kapsamı belirlenirken gerek pozitif hukuk kurallarına gerekse temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 22.06.2001 gün ve 2-2 sayılı kararında: Hukuka aykırılık en basta milli

emrinin ya da aramanın icrasının hukuka aykırı olması anlamına geldiği, hukuka aykırı olarak yapılan aramanın hem ceza muhakemesi hukuku, hem maddi ceza hukuku, hem de tazminat hukuku bakımından birtakım müeyyidelerinin ortaya çıkabileceği, aramanın hukuka aykırı olmasının ceza muhakemesi açısından sonucu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınmaması olduğu, bu nedenle hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen delilin ve buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmaması gerektiği ifade edilmiştir.

Hukuka aykırı arama ile ilgili bir AIHM kararına değinecek olursak AIHM'in **Sanoma Uitgevers B.V./Hollanda Davasında (38224/03, 14 Eylül 2010)** aramanın amaçlarına uygun olmayan bir arama olması nedeniyle AIHS'nin ihlal edildiği öne sürülmüştür. Kararda: "...Mevcut olayda,... mahkeme, gazetecilerin anonim haber kaynaklarının açıklanmasına yardım ettiklerinin görüldüğü yerde, caydırıcı etkinin doğacağını vurgular. Mahkeme mevcut olayın, gazetecilerin haber kaynaklarının belirlenmesini mümkün kılacak bilgi içeren bir gazetecilik materyalinin zorla

hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır. Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasanın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir denilmektedir. Bu itibarla aramanın hukuka uygun olup olmadığı arama tedbirine başvurulma şartları ve uygulanmasıyla ilgili gerek pozitif hukuk kuralları gerekse evrensel hukuk kaideleri göz önünde bulundurularak bütüncül bir bakış açısıyla belirlenmelidir. Hukuka aykırı olarak yapılan aramanın hem ceza muhakemesi hukuku, hem maddi ceza hukuku, hem de tazminat hukuku bakımından birtakım müeyyideleri ortaya çıkabilecektir. Aramanın hukuka aykırı olmasının ceza muhakemesi açısından sonucu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınmamasıdır. Bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenen kolluğunun derhal Cumhuriyet savcısına olayı haber verip emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine başlaması gerekmekte iken usulüne uygun adli arama emri veya kararı almadan delil elde etmek amacıyla olaydan 8 gün önce verilmiş mevcut önleme araması kararı uyarınca yaptığı arama işlemi usulüne uygun verilmiş bir arama kararı bulunmadığından açıkça hukuka aykırı olup bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınması da mümkün değildir. Bu itibarla; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen delilin ve buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmasında ve Özel Dairece hükmün onanmasında isabet bulunmamaktadır... ”

teslim edilmesine ilişkin olduğu kanısındadır. Bu durum Mahkeme'nin söz konusu emrin kendi başına başvuru şirketin Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasındaki bilgi alma ve verme özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu tespit etmesi için yeterlidir. Böyle bir aramaya maruz kalacak ve bu da önemli bir süre büroların kapanmasına neden olacaktı; bu durum, söz konusu dergilerin geç yayımlanmasına sebep olacak ve bu arada güncel olaylara ilişkin haberler bayatlamış olacaktı. Haber dayanıksız bir maldır; kısa bir dönem için bile olsa, yayımlanmasının geciktirilmesi, haberi bütün değerinden ve etkisinden yoksun bırakabilir...Arama tehdidi başvuru şirketin o hafta sonu 2 Şubat 2002 tarihinde gerçekleşecek Hollanda Velihaht Prensini düğünü hakkında hazırlanacak makaleler nedeniyle maddi zarara yol açacaktır.” denilerek amacıyla bağdaşmayan hukuka aykırı arama nedeniyle ihlal olduğunu belirtmiştir.³¹⁶

3.1.1 Hukuka Aykırı Aramanın Delil Yasağı Teşkil Ettiği Haller ve Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Muhakemede Kullanılmaması

Hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi konusunda getirilen sınırlamalara “delil yasakları” denir.³¹⁷ Arama bakımından konunun iki boyutu bulunmaktadır; delil elde etme yasağı ve delil değerlendirme yasağı. Delillerin elde edilmesinde araç konumunda olan hususlardaki hukuka aykırılıklar da delil yasaklarının doğmasına sebep olur. Her koruma tedbiri gibi aramanın da kanunda belirtilen usullere uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu usule uyulmadan yapılan tüm işlemler, hukuka aykırı olarak elde edilmiş kabul edilecektir. Örneğin gecikmede sakınca bulunmamasına rağmen hakim kararı mevcut olmadan ya da gündüz yapılması gerekirken gece arama yapılmışsa delil elde etme yasağına aykırılık söz konusudur.³¹⁸

³¹⁶ http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/sanomauitgeres.pdf, (Erişim:16.09.2012).

³¹⁷ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s.154.

³¹⁸ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.403.

Anayasa m.38/6; “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” hükmüne amirdir. CMK’nın “Delillerin takdir yetkisi” başlığını taşıyan 217/1.maddesi; “Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.”, 217/2.maddesi ise; “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” hükmüne amirdir.

Hükümde hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olan delil ile yüklenen suçun ispatlanması yasaktır. Bu durumda CMK m.217/2’nin mutlak delil yasağı getirdiği söylenmelidir. Buna göre CMK m.116 vd. hükümlerine aykırı olarak uygulanmış bir arama sonucu elde edilen deliller muhakemede kullanılamaz. Madde sadece “ispat edilebilir”likten söz ettiğine göre bu sadece hâkimi değil, fezleke düzenleyecek kolluk ile iddianame düzenleyecek savcığı da ilgilendirir.³¹⁹

Ceza uyuşmazlığı ile ilgili her hususun her türlü delille ispat edilebilmesi (delil serbestisi) sınırsız bir serbestiyi ifade etmez. Ceza muhakemesinde delil olarak kullanılacak olan araçların, bazı özelliklere sahip olması gerekir. Bu özelliklerden bazılarının bulunmaması halinde gerçek bir delilden bahsedilemez. Bazı özelliklerin bulunmaması halinde ise delili değerlendirme yasağı devreye girer. Böyle ispat vasıtalarının ya hakim tarafından duruşmada ortaya konulmaları reddedilecek ya da ortaya konulsalar bile hükme dayanak yapılmaları söz konusu olmayacaktır. Bu özelliklere sahip olmayan delile dayanan hüküm hukuka aykırı olur.³²⁰

Deliller ceza uyuşmazlığını oluşturan olayın bir parçasını ispat edebilecek nitelikte olmalı ve beş duyu organımızla algılanabilecek maddi bir yapıya sahip bulunmalıdır. Elde edilebilir, hukuka uygun yollarla elde edilmiş, sağlam ve güvenilir, müşterek, akılcı ve bilim tarafından kabul edilebilir olmalıdır.³²¹ Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin ceza muhakemesinde kullanılmaması Anayasal

³¹⁹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.404.

³²⁰ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul, 2012, s.198.

³²¹ Centel, Zafer, a.g.e., s.199.

bir kural haline gelmiştir (Ay m.38/6, CMK m.206/2, 217/2). Hiçbir şekilde hükme esas alınmaz. Kanuna aykırı şekilde bir şahsın üstünde, aracında veya konutunda yapılan aramada ele geçirilen delil, hukuka aykırı şekilde elde edildiği kabul edilerek bu şekilde ele geçirilen deliller hükme esas alınmaz.³²²

CMK m.206/2; “delil kanuna aykırı olarak elde edilmiş ise” bu delil reddolunur ve hükme esas alınmaz. CMK m.217/2; “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” İspat vasıtası olarak kullanılacak bir delil, hukuka aykırı bir arama sonucunda elde edilmiş ise kullanılmaz. Bu durum suçun ispatlanmasını engelleyici sonuç doğurabilir ve suçluların cezasız kalması gibi kabul edilemez bir sonuç karşımıza çıkabilir. Bu nedenle arama dikkatli yapılmalı, elde edilen delilin geçersizliği gibi bir sonucun doğmamasına dikkat edilmelidir.³²³

Yargıtay 8. Ceza Dairesi 14.12.2009 tarihli, 2008/334 E. ve 2009/15739 K. sayılı kararında: “...sanığın sonradan değiştirdiği kolluk aşamasındaki ikrara dayalı ifadesinin... CMUK’nın...maddesine aykırı olarak hakları hatırlatılmaksızın alındığı, ayrıca suça konu silahların, hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekleştirilmeyen ve ihtiyar heyetinden veya komşularından da iki kişi bulundurulmaksızın CMUK’nın...maddesine aykırı olarak sanığın evinde yapılan aramada ele geçirildiği anlaşılacakla,...uyarınca soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı ve belirtilen delillerin dışında mahkumiyete yeter, şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı kanıt da elde edilemediği gözetilmeden...hükmün bozulmasına...” karar verilmiştir.³²⁴

Yargıtay 8.Ceza Dairesi 16.01.2008 tarihli, 2006/10268 E. ve 2008/192 K. sayılı kararında ise: “...Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz hükmü gereğince, sanıkların konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleşen arama işleminde elde edilen maddi

³²² Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.164.

³²³ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.151.

³²⁴ Aktaran: Aldemir, a.g.e., s.164.

deliller ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporunun hükme esas alınamayacağı...” kararı verilmiştir.³²⁵

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 20.11.2013 tarih 2012/29290 E., 2013/27219

K. Sayılı kararında: “...Sanık hakkında yalnızca çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu gerekçesiyle, hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu delil elde edilmiştir... Mahkemenin, ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabilecek olmasıdır. Başka bir deyişle, hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan deliller mahkemece dikkate alınamazlar. Temel hak ve özgürlüklere yasadışı müdahale suretiyle elde edilen delillerin davalarda hükme esas alınmasının hukuka aykırı sayılması ise, çağdaş hukuk sistemlerinin bazılarında yargısal ilkeler, kimilerinde de pozitif hukuk normları sayesinde mümkün olabilmektedir. Hukuka uygun olarak elde edilmeyen deliller, ceza yargılama sistemimizde ispat aracı olarak kabul edilmemiştir... Elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamaz. Yukarıda açıklanan nedenler gözetilerek somut olay değerlendirildiğinde; gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın elinde bulunan poşetin ve üzerinin aranması için ortada çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu gerekçesiyle hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu elde edilen deliller ile buna ilişkin düzenlenen tutanağa dayanılarak, sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi...bozulmasına” karar verilmiştir.³²⁶

Yargıtay 7.Ceza Dairesi 22.02.2007 tarihli, 2004/5671 E. ve 2007/1111 K.

sayılı kararında ise; “...somut olayımızda sanığın işyerinde arama yapılmadan önce hakim kararı alınmamıştır. Öte yandan kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmesinde sakınca bulunan bir halden de söz edilmemiştir. Kaldı ki...hakim kararı alınmasının gecikmesinde sakınca yaratacağını düşündürecek bir belge ve bilgi de dosya içerisinde bulunmamaktadır. Dolayısıyla C.savcısı ve kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirilen bu arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Hukuka aykırı bir arama sonucu elde edilen deliller de hükme esas alınamayacağından...,

³²⁵ Aktaran: Aldemir, a.g.e., s.165, Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.320-321.

³²⁶ Sinerji Hukuk Yazılımları, (Erişim: 20.04.2015).

mahkemece geçerli bir delil olarak gözetilemeyeceğinden ve sanık aleyhine mahkumiyeti gerektirecek başkaca da yasal delil bulunmadığından...beraat kararının onanmasına” karar verilmiştir.³²⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 tarihli, 2005/7-144 E. ve 2005/150 K. sayılı kararının çoğunluk görüşüne katılmayan kurul üyelerinin temel hak ve özgürlükler paralelinde dikkate alınması gereken muhalefet şerhi ise özetle şu şekildedir: “Ceza yargılamasında kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan kuralların en başında gelen delil toplama yöntemlerini düzenleyen kurallara uyulmadan yapılan müdahalenin de hukuka aykırı sayılacağı ve bu şekilde elde edilen delillerin de hukuka aykırı elde edilmiş deliller olacağı, hukukun uygulamasında meşru ve hukuka uygun olmayan bir şeyin üzerine meşru ve hukuka uygun bir şey bina edilemeyeceğinden, son delilinde değerlendirme dışı bir delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu şekilde ulaşılan delil, elde edilirken kanuni düzenlemeye uygun hareket edilse dahi hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller dolayısıyla ulaşılan deliller ister hukuka aykırı, isterse hukuka uygun yolla elde edilsin, hukuka aykırı deliller olacaktır. Bu duruma “hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi, uzak etkisi” ya da “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” denilmektedir. Türk ceza yargılamasında delil toplama, savunma hakkından yararlanma kurallarına uyulacak, bunlara aykırılık halinde yargılama hukukuna aykırı sayılacaktır. Sular tersine akıtılamaz denilmektedir. Ceza Genel Kurulunun bazı üyeleri muvafakat olması halinde aramanın hukuka uygun olduğunu, somut olayda da sanığın eşinin muvafakati bulunduğu dolayısıyla aramanın hukuka uygun olduğunu, bazı üyeler ise arama hukuka aykırı olsa bile kamu yararının üstünlüğü halinde hukuka aykırı delilin kullanılabilmesi somut olayda da sanığın ihtiyaç fazlası hint keneviri dikip yetiştirerek buradan elde edeceği esrarla topluma zarar verebileceği bu nedenle kamu yararı bulunduğundan hukuka aykırı olmakla birlikte delilin kullanılabilmesi yolunda görüş belirtmişlerdir. Ancak rıza ile aramada rıza olsa dahi arama yine de hukuka aykırıdır. (Zira CMK m.148/3; “Yasak usullerle elde

³²⁷ Aktaran: Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.314-315. Benzer karar için bkz.Sinerji Hukuk Yazılımları: Y.7.CD., 29.01.2007, 2004/17257, 2007/305, Y.7.CD., 03.04.2007, 2004/9425, 2007/2245, Y.7.CD., 08.03.2007, 2004/16015, 2007/1477, Y.7.CD., 15.03.2007, 2004/16027, 2007/1694, Y.7.CD., 08.03.2007, 2004/16029, 2007/1476, Y.7.CD., 17.04.2007, 2004/24378, 2007/2708, Y.7.CD., 19.02.2007, 2004/25889, 2007/849.

edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.” hükmüne amirdir.) Görülmektedir ki, sanığın ifade, sorgu ve savunmasının alındığı her üç aşamada da hukuk kurallarına uyulmadan yapılan arama sonucu hint kenevirlerinin bulunduğu dair arama zabıtları önüne konulmuştur. Köşeye sıkıştırıldığını hisseden sanık bu baskı altında itirafta bulunmak zorunda kalmıştır. Sanığın hissettiği bu baskı ve köşeye sıkışmışlık, yasak yöntemler arasında bulunmamakla birlikte hukuka aykırı arama ile elde edilen delilden yani arama sonucu bulunan kenevirlerinin bulunduğu dair tutanağın kendisine gösterilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece sanıktan hukuka aykırı elde edilmiş delil sayesinde itiraf delili elde edilmiş, sanığın kendisini suçlaması sağlanmıştır. İtiraf dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edilmiştir. Arama ve arama sonucu elde edilen deliller ve buna bağlı tutanaklar hukuka aykırı olarak yapıldığından yok hükmündedir.”³²⁸

Miailhe/Fransa Davasında (No:2, 26 Eylül 1996); “Başvuran, kendisinin, AİHM’nin Miailhe (No. 1) kararında...AİHS’nin 8. maddesine yönelik olarak yaptığı ilk ihlâl tespitinin sonuçlarının mağduru olduğunu; yargı makamlarının, neredeyse tamamen, AİHS’ye aykırı olduğu belirlenmiş şartlarda gümrükten ele geçirilen belgelere dayanarak, cezai mahkûmiyetini adaletsiz kıldığını belirtmiştir. Delillerin kabul edilebilirliğini belirleme konusunda esas yetkili olan ulusal mahkemelerin görüşü yerine kendi görüşünü koymak AİHM’nin yükümlülüğü değildir... Bununla beraber, AİHM, davanın asliye mahkemelerine ve temyiz mahkemelerine götürülmesinin öncesinde var olan olası usulsüzlükleri dikkate alarak ve usulsüzlük olması durumunda bu mahkemelerin söz konusu usulsüzlükleri telafi edip etmediklerini kontrol ederek, davanın, geneli itibariyle, hakkaniyete uygun olarak görüldüğü konusunda tatmin olmalıdır. AİHM, somut davada, umumi mahkemelerin, yetki sınırları dahilinde, Miailhe tarafından yapılan geçersizlik itirazlarını değerlendirdiğini ve reddettiğini belirtmiştir. Ayrıca, kararlarından açıkça anlaşılmaktadır ki hükümlerini – vergi maksatlı ikametgah gibi diğer hususların yanı sıra - yalnızca, dava dosyasında bulunan ve tarafların duruşmada haklarında iddialarda bulunduğu belgelere dayandırmışlardır ve böylece başvuranın davasının

³²⁸ Aktaran: Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.172-179.

hakkaniyete uygun olarak görülmesini sağlamışlardır...Sonuç olarak, söz konusu dava, bütün olarak ele alındığında, hakkaniyete uygundur. Dolayısıyla,... 6. maddenin 1. paragrafı ihlâl edilmemiştir.”³²⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.06.2007 tarih ve 2007/7-147 E., 2007/159 K. sayılı kararında; “...belirtilen işyerinde...arama yapıldıktan sonra...yasanın bulunmalarını emrettiği kişilerden hiçbirisinin katılmadığının görüldüğü, ...aramanın şeklen hukuka aykırı olduğu yönünde ortaya çıktığı, bu durumda; arama hukuka aykırı ise; arama sonucunda elde edilen delillerin kullanılabilmesi mümkün müdür sorusuna yanıt bulmak gerektiği ancak somut olayda, usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, hatta, sanığın “arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin” açık ikrarının mevcut olduğu, daha da önemlisi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı, hal böyle iken; sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delilleri “hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelenemeyeceği, “hakim, savcı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu” bulunmadan yapılan bir aramada, şekli bir aykırılık söz konusu ise de; herhangi bir hakkın ihlal edildiğini söylemenin son derece güç olduğu, bu nedenlerle, yapılan arama sonunda elde edilen bornozların CYUY.nın 254. maddesi kapsamında “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” olarak mütala edilmemesi gerektiği, görüş ve kanaati benimsenmekle, usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” sayılmaları ve mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez. ...Mahkemece geçerli bir delil olarak gözetilemeyeceğinden ve sanık aleyhine mahkumiyeti gerektirecek başkaca da yasal delil bulunmadığından bu nedenlerle beraat kararı verilmesi gerekirken, sanığın aramada ele geçen ürünler üzerindeki

³²⁹ Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları”, TBB Yayınları, Ankara, Kasım, 2008, s.158-159.

desenlerin tescilli olup olmadığını kavrayabilecek ehliyete sahip olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi doğru değilse de; açıklanan gerekçelerle müdahil vekilinin ve yerel Cumhuriyet Savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibariyle doğru olan beraat kararının onanmasına...” karar verilmiştir.³³⁰

Danıştay’ın tamamen yasal olmayan yollarla elde edilen delile dayalı ispatı geçerli gördüğü bir karara değinecek olursak, **Danıştay 12.Dairesinin, T.27.11.2007, E.2007/3065 K.2007/5534 sayılı kararında;** Kadıköy Emniyet Müdürlüğü’nde görevli bazı polislerin akaryakıt kaçakçılarıyla ilişki kurduğu iddiaları karşısında, üzerine ses kaydı yapan cihaz takılı görevli vasıtasıyla tutulan ses kayıtlarına dayanarak meslekten çıkarma verilip, delillerin yasal olmayan yolla elde edildiği gerekçesiyle beraat kararı verilmesi sonrasında, İdare Mahkemesi’nin göreve iade kararı sonrası yapılan temyiz incelemesinde; “...kaçakçılarla ilişki kurduğu ve bu kişilerin işlerini kolaylaştırmak amacıyla Kadıköy Emniyet Müdürlüğü’nde görevli bir polis memuruyla tanıştırdığı hususu sabit olan davacının,....meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık dava konusu işlemin tamamını iptal eden İdare Mahkemesi kararının bu kısmında da hukuki isabet bulunmamaktadır...” şeklinde karar verilmiştir.³³¹

Yine **Danıştay 12.Dairesi’nin, T.22.01.2001, E.2000/3517, K.2001/130. Sayılı kararında ise,** tanık anlatımları ve sanığın ifadesiyle desteklenen bir televizyon programının gizli kamera çekimleriyle ortaya çıkarılan rüşvet olayına dair davada verilen disiplin cezasının yerinde görmüş ve dayanak delillerin, disiplin işlemini hukuka aykırı kılmadığına karar vermiştir.³³²

Danıştay’ın örnek kararlarında görüleceği üzere hukuka aykırı delillerin değerlendirilerek kabul görmesinin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz.

³³⁰ Sinerji Hukuk Yazılımları (Erişim: 20.04.2015), Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.272-286, Bornoz Kararı.

³³¹ www.kazanci.com, (Erişim: 10.05.2015).

³³² www.kazanci.com, (Erişim: 10.05.2015).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 22.02.200 tarih, 1999/9505 E., 2000/1439 K. Sayılı Kararında ise; içkili bir yemek sırasında samimi ikrarlarda bulunan kişinin teybe kaydedilmiş ses bandının hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil saymadığı görülmektedir.³³³

Yargıtay'ın 13. Hukuk Dairesinin 14.04.2006 Tarih, 2006/7611 E. – 2006/9640 K. Sayılı Kararında da kira borcu konusunda çıkan uyuşmazlıkta alınan ses kaydının yasal yollarla elde edilmediği gerekçesiyle hükme esas alınamayacağına karar vermiştir.³³⁴

Bize göre bu şekilde kayda alınmış bir ses bandının delil olarak kabulü mümkün değildir. Ancak yüzümüzü güldürecek yeni kararlar da yok değil! Yargıtay 7. Ceza Dairesi; arama, makul şüphe ve hukuka aykırı delillerle ilgili özgürlükçü, hukuka uygun iki isabetli karara oybirliği ile imza atmıştır.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi 17.12.2014 tarihli, 2013/17393 E. ve 2014/22329 K. sayılı kararında: "...Somut olayda katılan vekilinin şikayet dilekçesinde, sanığın korsan kitap sattığına dair delil ve emareden bahsedilmediği gibi genel, soyut nitelikteki iddialara yer verilmiştir. Sözü edilen dilekçede arama için makul şüphelyi haklı kılan unsurlar yoktur. Şüphe belirli bir olguya dayanmamakta, sadece iddiadan ibaret düzeyde kalmaktadır. Aranılacak kişi, aramanın nedenini oluşturan fiil de belli değildir. Bu şekilde ... Sokak'ta 'den 1'den 25'e kadar işyerlerinin bitişiğinde, girişinde, önünde, sağında ve solundaki kilitli demir dolapla da, adli arama yapılmasına izin verilmesi, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesi amacını aşar ve genel arama boyutuna ulaşan keyfiliğe kaçan kişilerin hukuk güvenliğini ihlal eden hukuka aykırı bir karar olur ki, böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğu kabul edilemez. hukuka aykırı olarak elde edilen bu delil hükme esas alınamaz" gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

³³³ www.kazanci.com, (Erişim: 10.05.2015).

³³⁴ www.kazanci.com, (Erişim: 10.05.2015).

Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 24.12.2014 tarihli ve 2013/16628 E., 2014/22302 K. sayılı kararına göre; "...sanık ve dava konusu kaçak eşya hakkında mahkemece verilmiş bir arama kararı olmadığı gibi, gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet Savcısı tarafından da verilmiş yazılı arama izni ya da Cumhuriyet Savcısına ulaşılamaması nedeniyle kolluk amirince verilmiş yazılı arama emri de bulunmaması karşısında, hukuka aykırı arama sonucu ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğu, eşyanın kaçak olmasının durumu değiştirmeyeceği, hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağı, kaldı ki sanıkta ele geçen 43 adet ilacın kişisel kullanım sınırını da aşmadığı gözetilerek, sanığın beraatı yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi..." bozmayı gerektirmiştir.

Esasında Daire; Anayasada ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yazılı olanı, uygulanması gerekeni, yazılı hukukun emrettiğini söyledi. Ancak hukuk metninde yazılı olsa, yani kural emretse bile kişi hak ve hürriyetleri aleyhine yorum yapıp uygulama geliştirme alışkanlığı ve keyfilik karşısında, ancak bu tür yargı kararları yüzümüzü güldürebilmektedir.³³⁵

Akyürek'e göre; amacı hukuku uygulamak olan hukuk devleti yargı organlarının hukuka aykırılığa hiçbir hal ve koşulda başvurması söz konusu olamayacağından hukuka aykırı delilin mutlak reddi gerekir. Örneğin usule uyulmadan yapılan bir dinleme sonucunda belli bir adreste uyuşturucu olduğunu öğrenen kolluk görevlilerinin bu kez usule uyararak aldıkları karar çerçevesinde arama yapmaları halinde elde edilen deliller hukuka aykırı olmaktan kurtulamayacaktır. Hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkartılmaması ve fakat ayrı bir bölümde saklanması uygun olacaktır. Hukuka aykırı bir delil her hal ve koşulda reddedilmeli, dosyada ayrı bir bölüme konup inceleme dışı bırakılmalıdır. Herhangi bir etkilenmeyi engellemek adına da soruşturmada savcılık, kovuşturmada mahkeme öncelikle delilin hukuksallığını tartışmalıdır.³³⁶ Bizimde karşı çıktığımız bu görüşü

³³⁵ Aktaran: Ersan Şen, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1276839-hukuka-aykiri-arama-ve-delil>, (Erişim: 10.05.2015).

³³⁶ Güçlü Akyürek, "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1198>, (Erişim: 20.04.2015), s.18-20.

Yarsuvat Şu kelimelerle eleŐtirmiŐtir; “Kaba bir teŐbih ile çorbanın içine sinek dŐŐmŐŐ ise, sineği çıkartıp çorbayı içersiniz sonucuna gelinmektedir ki, bu gŐrŐŐlere katılmadığımızı, açıkça beyan etmemiz gerekir.”³³⁷

Őęretide bizimde katıldığımız Şen’in savunduğu aksi kanaate göre ise; Hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin dava dosyasında bulundurulması halinde, “delil” niteliği taŐımayan bu bulguların yargı makamını etkilemesi ve yargılamada Şu veya bu Şekilde dikkate alınması anlamı çıkacaktır. Hukuka aykırı olduğu tespit edilen bir delile dava dosyasında yer vermeye devam etmek ve bu tŐr bulguların dosyadan çıkarılması taleplerini reddetmek, Anayasanın 38. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan açık hŐkmŐne ve dolayısıyla Anayasanın 2. maddesinde őngŐrŐlen “hukuk devleti” ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Hukuka aykırılığı tespit edilen bir delilin kullanılması artık mŐmkŐn olmayacağına göre, bu delili kullanamayacağını bilen, bilmesi gereken ve hatta tespit eden yargı makamının, bu kabulŐn tersine olarak hukuka aykırı delili dava dosyasında tutması önemli bir hukuki sakatlığı gŐndeme getireceği gibi, hākimin tarafsızlığını da olumsuz yönde etkileyebilecektir. Hukuka aykırı delili dosyada tutmakla yargı makamı, kendisini etki altında bırakabilecek ve her zaman iddiaya dayanak olarak kullanılmaya mŐsait hukuka aykırı bir delilin doğrudan doğruya olmasa bile, dolaylı tesiri altında kalabilecektir. Hukuka aykırı olduğu tespit edilen bir delilin dosyada bulundurulması, “masumiyet karinesi”ni ve dolayısıyla “dŐrŐst yargılanma hakkı”nı da zedeleyecektir. Aksine uygulama, hukuka aykırı olduğu belirlenen bir delilin yargılamada kullanılması veya kullanılmadığı iddia edilse bile dosyada tutulmak suretiyle yargı makamını etkilemesi noktasındaki karine, hukuki açıdan kabul edilmemesi gereken bir tatbikat olacaktır.³³⁸

Yine ŞEN’in de belirttiği gibi TŐrk Ceza Yargılaması Hukuku uygulamasında, hukuka aykırı delillerin dava dosyasından maalesef çıkarılmadığı,

³³⁷ Duygun Yarsuvat, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği*, <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article2.pdf>, (Erişim: 15.04.2015), s.10.

³³⁸ Ersan Şen, “*TŐrk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi*”,

hatta bu konuda yeterli ve dayanak teşkil edecek hukuki düzenleme olmasına rağmen ciddi bir çabanın ve inancın sağlanamadığı, dolayısıyla hukuka aykırı olan deliller dava dosyasında bulunduğu sürece iddia makamının ve özellikle yargı makamının etkilendiği görülmektedir. Türk Hukuk Sisteminde hukuka aykırı delillerin kullanılması yönünde öğretiler ve pratikte birlik yoktur.

Sonuç olarak bizimde görüşüne katıldığımız YURTCAN'a göre; bir kural yargılamaya delil toplama kuralı niteliği taşıyorsa, buna aykırılık mutlak bir aykırılıktır. Bunların sonuca etkili olmaları ya da olmamaları tartışılmaz. CMK, bu konuyu bir başka yaklaşımı ile bir kez daha perçinlemiştir. Yasanın 289'uncu maddesinde sayılan mutlak bozma nedenleri arasına, "hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması" diyerek, sözü edilen ilkenin zedelenmesinin Türk ceza yargılaması sisteminde yeri olamayacağını belirtmiştir. Bundan böyle, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin hükümdeki sonucu etkilemesi/etkilememesi tartışması yapılamaz.³³⁹

3.2 Hukuka Aykırı Aramanın Suç Teşkil Ettiği Haller

Hukuka aykırı aramanın suç teşkil ettiği haller TCK'da iki hükümde yer almıştır. İlki TCK 120.maddesi hükmüdür. TCK'nın "Haksız arama" kenar başlıklı 120.maddesi; "Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir." hükmüne amirdir. İkincisi TCK'nın 119/1-e maddesi kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya kanunda belirtilen usul ve koşullar dışında bir kimsenin konut veya eklentisine girmesinin cezalandırıldığı hükmüdür.

İki maddede hükme bağlanan suçlar, özgü suçlardan olup, bu suçların failleri ancak kamu görevlileri olabilir. Kamu görevlisi TCK'nın 6/1-c maddesinde tanımlanmıştır. Tanıma göre kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak

³³⁹ <http://ahmetdursun374.blogcu.com/hukuka-aykiri-deliller/6063404>, (Erişim: 15.05.2015).
Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Bası, 2004, s.428-429.

katılan kişidir. Tanımdan da anlaşılacağı gibi kamu görevlilerinin görevi önemli değildir. Her iki suçun failleri kolluk güçleri olabileceği gibi örneğin öğretmen veya herhangi bir daire amiri de bu suçların faili olabilir.³⁴⁰

Kamu görevlisi dışında kalanlar özellikle TCK'nın 120.maddesi kapsamına dahil edilmemiş olsalar da, bu kişiler tarafından yapılan hukuka aykırı aramalar ve sonuçları yargılama bakımından kabul görmeyecek ve hukuka uygun delil niteliğini haiz bulunmayacaktır. Çünkü bir fiilin hukuka aykırı olması ile suç teşkil etmesi farklı şeylerdir. Hukuka aykırılık suçun unsurudur ve bu unsur olmadığı zaman suç oluşmaz. Ancak hukuka aykırılık olsa bile burada olduğu gibi suçun diğer unsurları (tipiklik, maddi ve manevi unsurlar) yoksa hukuka aykırılık tek başına fiilin suç oluşturmasına yeterli olmayacaktır.

Haksız arama suçunun oluşabilmesi için hukuka aykırı şekilde kişilerin üzerinde veya eşyasında arama yapılması gerekir. Kişilerin üzerinin veya eşyasının aranması insan haysiyetine bir tecavüz teşkil ettiği gibi kişi dokunulmazlığının devamı olan özel hayatın gizliliğine karşı da saldırı oluşturur.³⁴¹ Bu suçta korunan hukuki yarar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi ile Anayasamızın 20 ve 21 maddeleri ile güvence altına alınan kişinin özel hayatı ve gizliliğini koruma altına alınmasıdır. Hukuka aykırı olarak hiç kimsenin üstü eşyası, çantası, aracı, evi, işyeri aranmayacak aksi takdirde yapılan eylem bu suçu oluşturacaktır.

Hukuka aykırı aramadan kasıt; yürürlükteki mevzuatın izin vermediği hal demektir. Kanun ve nizamların izin verdiği arama hallerinde suçun oluşmayacağı açıktır. Suçun oluşması için kamu görevlisi, kişi hürriyetini, görevini kötüye kullanarak veya yetkisini aşarak ihlal etmiş olmalıdır. Böylece hukuka aykırı olarak sözcükleri görevin kötüye kullanılmasını ve yetkinin aşılmasını kapsar.³⁴² Haksız arama suçu doğrudan kasıtle işlenebilir. Örneğin; hiçbir arama emri veya kararı

³⁴⁰ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.161-162.

³⁴¹ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.162.

³⁴² TCK m.120 gerekçesi, Aktaran: İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.75-76.

olmaksızın bir kişinin üstünde veya aracında arama yapan kamu görevlisi suçun faili olmasına karşılık; amirin veya Cumhuriyet savcısının verdiği sözlü emir üzerine arama yapan kolluk güçlerinin eylemi suç teşkil etmeyecektir.³⁴³

Hukuka aykırılığın bu şekilde suç tanımında özellikle vurgulandığı durumlarda; ceza sorumluluğu için failin işlediği fiille ilgili olarak suçun maddi unsurlarının yanı sıra, bu fiilin hukuka aykırılığının da bilincinde olup olmadığının ayrıca araştırılması ve tespiti gerekir. Aksi takdirde, failin suç kastının varlığından söz edilemez.³⁴⁴ Haksız arama suçu, şikâyete bağlı değildir. Bu nedenle haksız arama suçundan dolayı resen soruşturma açılır ve yürütülür. Kamu görevlisi görevini kötüye kullanarak veya kanunda belirtilen usul ve koşullar dışında bir kimsenin konut veya eklentisine girmesi halinde 5237 sayılı TCK'nın 116 ve 119/1-e maddelerinde hükme bağlanan konut dokunulmazlığı ihlal suçunu oluşturur.³⁴⁵

Yargıtay 4.Ceza Dairesi 19.04.2006 tarihli, 2004/21680 E. ve 2006/9696 K. sayılı kararında; "...kolluk görevlilerinin yasal olarak verilmiş bir görev olmadıkça, hak ve özgürlükleri sınırlayıcı işlemler yapmasına olanak bulunmamaktadır. Kişilerin, isteği olmaksızın kısa süre için de olsa kolluk görevlileri tarafından alıkonulması, gözaltına alma olarak tanımlandığından, kendi isteği olmaksızın kişilerin böyle bir muameleye tabi tutulması, ancak yukarıda sayılan düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Sözü edilen düzenlemelerde aranan koşullar bulunmadığı ve uymak zorunda buldukları yasal bir zorunluluk olmadığı sürece kişilerin tutulması, alıkonulması, araçta ya da karakolda bekletilmesini ise haksız gözaltına alma olarak nitelendirmek gerekmektedir. Somut olayda, yakınların evlerinde arama yapmayı haklı gösterecek arama konusunda verilmiş hakim kararı olmadığı gibi hakim kararı olmadan arama yapılabilecek durumlara ilişkin Yasada öngörülen koşullardan herhangi birinin gerçekleşmemesine, diğer yandan yakınların gözaltına alınmalarını haklı gösterecek yasal bir neden de bulunmamasına karşın...yasalarda öngörülen hükümlere uymaksızın a)Yakalama

³⁴³ Aldemir, a.g.e., s.162-163.

³⁴⁴ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.153.

³⁴⁵ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.163.

işlemi gerçekleştiren sanığın eyleminin özgürlüğü sınırlama, b)Yakınanların evlerine girdiği saptanan sanıklar yönünden de, memurun konut dokunulmazlığını bozma suçlarının oluşacağı gözetilmeden,...yakınanların arama konusunda izin verdiklerine ilişkin beyanları olmadığı ve bu yönde tutanak bulunmadığı halde...beraat verilmesi yasaya aykırı...” olduğuna karar verilmiştir.³⁴⁶

Aramanın sonucunda, delil elde edilmiş olması veya yakalama yapılmış olması, yapılmış olan hukuka aykırı aramayı meşru hale getirmez.³⁴⁷ Yıldırım’ın da belirttiği gibi; Kanun koyucu, bu suça özel bir önem vererek görevi kötüye kullanma suçundan ayırık olarak düzenlemiştir. Buna rağmen, uygulamada, haksız arama konusu sadece “hukuka aykırı delil” hususu tartışılırken gündeme getirilmiş, aramanın hukuksuzluğunun tespitiyle yetinilmiştir. Ülkemizde, haksız aramayı gerçekleştirenler hakkında çeşitli saiklerle cezaî veya idarî soruşturma açılmaması hem normun caydırıcılığını azaltmış hem de hukuka aykırı delil elde etmeyi olağan bir hâle getirmiştir. Yargıtay’ın bu uygulamalara meydan veren içtihatları ise eleştirilmelidir.

YILDIRIM’ın bizimde katıldığımız kanaatine göre; Yargıtay’ın haksız arama suçunu irdelediği kararları, azınlıktadır. Bu suça ilişkin bir bilgi/içtihat birikiminin oluşmaması, konuya ne kadar az önem verildiğini göstermektedir. İnsan haklarına müdahale anlamına gelen haksız aramayı gerçekleştirenler hakkında işlem yapılmaması, devletin etkili bir ceza sistemi kurma yönündeki pozitif yükümlülüğünün apaçık bir ihlâlidir.³⁴⁸

³⁴⁶ Aktaran: Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.163-164, Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.315-317. Benzer kararlar için bkz. YCGK 17.11.2009, 2009/7-160, 2009/264, 8.CD 10.11.2010, 2008/18265, 2010/13007, 8.CD 08.12.2010, 2010/1118, 2010/13745, 8.CD 23.12.2009, 2008/905, 2009/16422.

³⁴⁷ İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.76.

³⁴⁸ Akif Yıldırım, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu”, *TAAD*, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), Ankara, s.618.

3.3 Denetim Muhakemesi

3.3.1 İdari Denetim

CMK'nın "Adli kolluk ve görevi" başlıklı 164.maddesi uyarınca, kolluk bir suç işlendikten sonra faili ve suç delillerini arayıp bulmak ve böylece failin cezalandırılmasını sağlamakla görevli olan adli kolluk haline geldiği için amacı artık idari olmaktan çok adli bir amaçtır. Bu andan itibaren kolluğun en yüksek amiri savcılardır. Bu bakımdan kolluk, idarenin işlev ve kudreti dışında kaldığı için kolluğun bu faaliyetlerinin denetlenmesi de idare hukuku dışındadır. İşte bu nedenlerle ülkemizde kolluğun adliyeye ilişkin eylem ve işlemleri ile ilgili olarak idari yönden denetlenmesi bakımından idare mahkemesinde dava açılması yolu benimsenmemiştir. Bununla birlikte hukukumuzda adli kolluğun eylem ve işlemlerinin idari açıdan denetlenebilmesi mümkündür.³⁴⁹

"Adli kolluk görevlileri, elkoymadıkları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhal bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür" (CMK m.161/2).

"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 amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır" (CMK m.161/5).

³⁴⁹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.404.

Cumhuriyet başsavcılarını her yılın sonunda, o yerdeki adli kolluğun sorumluları hakkında değerlendirme raporları düzenleyerek, mülki idare amirlerine gönderir (CMK m.166).

3.3.2 Yargısal Denetim

Arama koruma tedbirini düzenleyen CMK hükümleri içinde arama kararlarının denetlenmesine ilişkin herhangi bir özel kanun yolu düzenlenmiş değildir. O halde hukuka aykırı arama kararlarına karşı ancak genel hükümler çerçevesinde denetim mümkün olabilir. Bu anlamda öncelikle arama koruma tedbirinin hükümlerle birlikte istinaf ve temyiz kanun yolu ile denetlenmesinin mümkün olduğu söylenmelidir. Öte yandan yazılı emir yoluna da başvurulabilir (CMK m.309).³⁵⁰

Henüz son karar verilmeden de tedbirin denetlenmesi mümkündür. Bu anlamda arama koruma tedbiri bakımından hangi yargısal denetim yoluna başvurulacağı aramaya karar veren mercie göre belirlenir. Aramaya hakim tarafından karar verilmesi halinde; hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK m.267).³⁵¹

CMK m.268 uyarınca hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir. İtirazı incelemeye yetkili merciler CMK m.268/3 fıkrasında gösterilmiştir.

Arama kararını ilgilinin öğrenmesi halinde başlayacak bu yargısal denetim uygulamada nerede ise hiç uygulanmayacak bir haldir. Zira arama talebi üzerine

³⁵⁰ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.405.

³⁵¹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, a.g.e., s.405.

verilen karar işin niteliği gereği gizli bir karar olup, aramaya muhatap olacak kişiye karar bildirilmez. Esasen böyle bir bildirim yapılması durumunda arama ile beklenen sonuca ulaşmak da mümkün olmazdı. Bu nedenle, bir kişinin hakkında arama kararı verildiğini öğrenip bu karara itirazda bulunması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, ilgili kişi hakkında verilen arama kararını, bu kararın icrasından sonra öğrenmiş olacaktır. İşte bu öğrenmeden itibaren yani arama kararı icra edildikten sonra, aramaya muhatap olan kişi gerek bu arama kararının kendisine ve gerekse de aramanın icrasına itiraz edebilir. İtiraz merci bu durumda öncelikle arama kararının hukuka uygun olup olmadığını sonra da aramanın icrasının hukuka uygun olup olmadığını denetler ve bu yönde karar verir.³⁵²

Aramaya savcı ya da kolluğun karar vermesi halinde; arama bakımından hakim kararı yoksa nasıl bir yol izleneceği açık değildir. Bu halde, kural olarak ceza muhakemesi hukukunda kıyas yasak olmadığından, elkoymaya ilişkin CMK m.127/3-4 kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre hâkim kararı olmaksızın yapılan arama işlemi, yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Bu şekilde arama işlemine maruz kalan kimse hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir.³⁵³

Söz konusu arama emrinin hukuka uygun olup olmadığı, bu aşamada hakim tarafından denetlenecektir. Ancak verilen arama emri üzerine yapılan aramada bir elkoyma işlemi yapılmamış ise, bu aramanın hakim onayına sunulmaması gibi bir durum söz konusudur. Anayasanın 20, 21 ve 22.maddelerinde yer alan hakim onayına sunma işleminin, ancak arama sonucunda bir elkoyma işlemi söz konusu ise yapılabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle arama emrine dayalı olarak yapılan arama işlemi sonucunda, herhangi bir elkoyma işlemi yapılmadığı için işlem hakim onayına sunulmamış ise, aramaya muhatap olan kişi verilen arama emrinin ve/veya yapılan arama işleminin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla hakime başvurabilmelidir. Hakim bu durumda arama emrini ve/veya arama işlemini denetler. Yaptığı denetim sonucunda arama emrinin ve/veya arama emrinin icrasının hukuka

³⁵² Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.141.

³⁵³ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.405.

aykırı olduğunu belirler ise bu durumu tespitle yetinir. Ortada bir elkoyma söz konusu olmadığı için başka bir karara gerek kalmaz.³⁵⁴

Arama kararı veya arama emri hukuka aykırı ise, bu karara veya emre dayalı olarak yapılan arama hukuka uygun şekilde icra edilse bile arama hukuka aykırıdır ve hukuka aykırı arama, yaptırımlara konu olur. Örneğin; yazılı olması gerektiği halde sözlü olarak verilen arama emrine göre, yapılan arama işlemi ne kadar düzgün yapılırsa yapılsın arama hukuka aykırıdır. Arama kararının veya emrinin hukuka uygun olmasına rağmen, arama hukuka aykırı olarak icra edilmiş ise hukuka aykırı icranın niteliğine göre hareket edilmelidir. Örneğin; arama sırasında arama tanıkları hazır bulundurulmamış ise arama tümü ile hukuka aykırıdır.³⁵⁵ Ancak, arama sırasında orantısız güç kullanılmış ise arama yine de geçerlidir. Görevlilerin bu nedenle sorumlulukları saklıdır.³⁵⁶

Arama koruma tedbirine gidilebilecek bir diğer kanun yolu da temyizdir. CMK m.287'ye göre, hükümden önce verilip de hükme temel oluşturan ya da başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da hükümle birlikte temyiz olunabilir. Bu durumda, mahkeme tarafından bir ara karar şeklinde arama kararı verilmesi durumunda, arama kararına karşı da temyiz yolu açıktır. Arama kararının denetime tabi tutulmaksızın kesinleşmesi ve anılan kararda hukuka aykırılığın bulunması durumunda, kanun yararına bozma yoluna gidilmesi de mümkündür.³⁵⁷

³⁵⁴ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.141-142.

³⁵⁵ Aksi görüş; Y. Ceza Genel Kurulunun 26.06.2007 tarih ve 2007/7-147 E., 2007/159 K. sayılı kararı.

³⁵⁶ Aydın, a.g.e., s.142-143.

³⁵⁷ Özge Sırma, “Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 34, Haziran, 2009, s.39.

3.4 Tazminat

Hukuka aykırı olarak yapılan arama işlemi aynı zamanda bir haksız fiil olduğu için, bu şekilde bir aramaya maruz kalan kişinin bu nedenle tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır. Anayasanın 125.maddesinin son fıkrası uyarınca “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”³⁵⁸ Koruma tedbirlerinin ön şartlarından birisi “görünüşte haklılık” olunca, yapılan muhakeme neticesinde başlangıçta haklı görünen tedbirin, bilahare haksız olduğu anlaşılabilir ve bu haksız ya da hatta yerine göre hukuka aykırı tedbirden zarar gören kimselerin bu zararlarının nasıl karşılanacağı sorunu ortaya çıkar.³⁵⁹

CMK m.141 vd. “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” hükümlerini düzenlemektedir. Arama da bir koruma tedbiri olduğuna göre aramadan kaynaklı, kişilerin maddi ve manevi zararları bu maddeler uyarınca Devletten istenebilecektir. Kişinin işini devam ettirememesinden doğan zararlar maddi tazminatın temelini oluşturur. Bunun yanı sıra, tutuklama ya da yakalamadan doğan diğer bazı giderler, zararlar söz konusu olabilir. Avukata ödenen vekalet ücretini de burada sayabiliriz.

Yakalanan veya tutuklanan şahsın gerek aile gerekse iş çevresinde itibarının sarsılması, aile, çocuk ve yakınları için tutukevinde hasret çekilmesi, kişisel hürriyetinin kısıtlanmasının doğurduğu ruhi sıkıntılar, cezaevi şartlarının zorluğu, buralarda duyduğu acı ve ıstırap kişinin manevi zararlarının giderilmesini gerekli kılar.³⁶⁰

141/1-i maddesi uyarınca “Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen” kişiler tazminat talep edebilir. Bu hukuka aykırı ve ölçüsüz aramayı gerçekleştiren görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine, CMK m.143/2 hükmü uyarınca aramadan kaynaklı Devletten talep edilen ve Devlet tarafından ödenen tazminat rücu edilir. Bu hüküm kamu görevlilerinin hukuka uygun davranmalarını

³⁵⁸ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.153.

³⁵⁹ Hakan Hakeri, Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.233.

³⁶⁰ Hakeri, Ünver, a.g.e., s.234.

temin etmek için getirilmiştir. Ayrıca Ay.m.40/3; “Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır” hükmüne amirdir.

Rücu konusunda kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı mahkum olmasının şart olup olmadığı konusunda net bir düzenleme yoktur. Bazı yazarlara göre kamu görevlisine tazminatın rücu edilebilmesi için kamu görevlisinin bu suçtan mahkum olması gerekir.³⁶¹ Kanunumuz kamu görevlisi dışındaki kimselere de rücu öngörmüştür. Buna göre iftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklanma halinde, devlet, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu eder (CMK m.143/3).³⁶²

Kanunumuz arama ile ilgili olarak her türlü zararın tazminini öngörmemiş, sadece arama kararının yerine getirilmesi dolayısıyla meydana gelen zararların tazmini kabul etmiştir. Bu hüküm gereğince, arama kararının hukuka aykırı veya haksız olması durumunda değil, kararın yerine getirilmesi sırasında gerekli özenin gösterilmemesi ve ölçüsüz hareket edilmesi dolayısıyla meydana gelen zararların Devlet tarafından tazmini olanağı tanınmış bulunmaktadır.³⁶³ CMK m.141/1-i maddesi düzenlemesi çok sınırlı bir düzenlemedir. Zira sadece arama kararının ölçüsüz uygulanması tazminata sebebiyet verebilecek şekilde düzenlenmektedir.

Ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi ibaresi belirsizdir. ÖZBEK’e göre ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirmek oranlılık ilkesine aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Arama faydalı, gerekli ve amaca uygun değilse ölçüsüzdür. Aramanın koşulları bulunmamasına göre gerçekleştirilmesi de bu kapsamdadır. Gecikmede sakınca bulunmamasına rağmen böyle bir halin bulunduğu bahisle hakim kararı

³⁶¹ Mahkumiyetin şart olduğunu savunan görüş için bkz. İbrahim Çiçek, *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2009, s.76, Recep Gülşen, “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama*”, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc (Erişim: 20.12.2013), s.8’de kanunun alt komisyonunda görev alan bir komisyon üyesi akademisyen, bunun şart olduğunu ifade ettiğini belirtmiştir.

³⁶² Hakeri, Ünver, a.g.e., s.243.

³⁶³ Hakeri, Ünver a.g.e., s.234-235.

olmaksızın arama yapılması, gece vakti aramanın koşulları gerçekleşmeksizin gece vakti arama yapılması ölçüsüz arama olarak kabul edilmelidir.³⁶⁴

Öte yandan CMK m.141/1-i maddesi düzenlemesi yerinde olmakla birlikte eksiktir. Bu maddenin uygulanabilmesi için ortada hukuka uygun olarak verilmiş bir arama emri veya kararı bulunmalıdır. Hukuka uygun olarak verilmiş arama kararı veya emri, kararı uygulayan görevliler tarafından “ölçüsüz” şekilde uygulanır ise bu maddeye göre tazminat talep edilebilecektir. Ölçsüzlükten kasıt arama sırasında aramayı yapan görevlilerin arama yaptıkları yeri gereğinden fazla şekilde aramaları, arama için gereken işlemleri orantısız olarak yapmaları ve arama yerine bu nedenle zarar vermesi anlaşılabilir.³⁶⁵

Arama kararının ölçüsüz bir şekilde yerine getirilmesi, hakim kararı veya emri olmaksızın arama işlemi yapılması, arama kararının veya emrinin hukuka aykırı olması, arama tanıkları hazır edilmeksizin arama işleminin yapılması, hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmaksızın yapılacak bir halin bulunmamasına rağmen, karar veya yazılı emir olmaksızın arama yapılması, arama işleminin icrasından önce, aramaya muhatap olacak kişinin arama işlemi konusunda bilgi verilmemesi ve/veya arama kararı veya emrinin gösterilmemesi, arama sırasında muhatabın eşyalarına zarar verilmesi, tutulması gereken tutanakların tutulmaması ve/veya ilgili kişiye verilmemesi, askeri mahallerdeki aramanın, Cumhuriyet savcısının ve/veya askeri yetkilinin bulunmadığı bir zamanda icra edilmesi veya Cumhuriyet savcısı ve/veya baro temsilcisinin bulunmadığı halde avukatlık bürosunda arama işleminin yapılması gibi hallerde arama işlemi hukuka aykırı sayılır.³⁶⁶

Yukarıda sayılan durumlarda madde de zikredilmediğinden bu durumlarda tazminat istenip istenmeyeceği açık değildir. Ancak kanaatimizce bu durumlarda da

³⁶⁴ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara 2014, s.405-406.

³⁶⁵ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.153-154.

³⁶⁶ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.191-192.

tazminat talep edilebilmelidir. Zira tazminat hukukunun genel ilkeleri bunu gerektirir. AYDIN'a göre; CMK m.141 yetersizdir. Ancak bu yetersizlik maddede öngörülen sebeplerin dışında kalan bir sebeple tazminat davası açılmayacağı anlamına gelmez. Tazminat hukukunun genel kuralları ve bu kurallara göre açılacak davaları engelleyen bir düzenleme yoktur ve Anayasada yer alan hak arama özgürlüğü ve Anayasa m.125/son uyarınca böyle bir düzenleme söz konusu olamaz.³⁶⁷ Ancak CMK uyarınca, ölçsüzlük dışındaki diğer hallerde, bir tazminat davası söz konusu olmayacaktır.

CMK m.142/1 uyarınca karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. Bizimde katıldığımız görüşe göre; sürenin başlangıcı bir kararın verilmesinin veya dolayısıyla da tebliğinin söz konusu olmadığı hallerde işlemin yapıldığı tarih olarak kabul edilmeli ve kişilerin hak kaybına yol açmamak bakımından işlemin yapıldığı tarihten sonra 1 yıllık süre içinde başvuruda bulunma olanağı tanınmalıdır.³⁶⁸

Bu süreler hak düşürücü süreler olup, sürenin geçirilmesi halinde tazminat isteme hakkı da düşer. Bu nedenle tazminat isteklerinin süresinde yapıp yapılmadığının ilk önce incelenmesi, talebin süre geçtikten sonra talep edilmiş olduğunun anlaşılması halinde talebin usulden reddine karar verilir. Talebin süresinde yapıldığı anlaşılırsa işin esasına geçilir.³⁶⁹ CMK m.142/2 uyarınca tazminat istemi, 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. CMK m.142/3-8 fıkralarında da prosedür ayrıntılı aktarılmıştır.

³⁶⁷ Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.154-155.

³⁶⁸ Hakan Hakeri, Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.240-241.

³⁶⁹ Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.193.

“Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” başlığı altındaki CMK m.141 vd hükümlerindeki eksikliklere rağmen temel hak ve özgürlüklerin korunması ve Devletin hesap verilebilirliği, İdarenin denetimi açısından son derece önemli düzenlemeler olduğunu belirtmek isteriz.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Arama, adli arama ve önleme araması olmak üzere ikiye ayrılır. Adli arama Ceza muhakemesinin maddi gerçeği tespit etmesine yarayan bir koruma tedbiridir. Önleme araması ise Ceza muhakemesi ile alakası olmayan bir önleme tedbiridir. Adli arama suç delillerinin veya aranan kişinin ele geçirilmesi amacıyla hizmet eder. Önleme araması ise, toplum için tehlike oluşturacak kişi ve eşyaların kolluğun denetimi altına alınmasına ve böylelikle suç işlenmesine engel olmaya yarar.

Arama bir takım temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir koruma tedbiridir. Bu nedenle arama ile ulaşılmak istenilen amaca daha hafif bir tedbir ile ulaşılabiliyorsa arama tedbirine başvurulmamalıdır. Zira temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru aracının ulaşılmak istenilen amaçla orantılı olması gerekir.

Arama tedbiri ile doğrudan ilgili ve arama işlemi sırasında göz önünde bulundurulması gereken başlıca ilkeler; hukuk devleti ilkesi, ölçülülük ilkesi, dürüst işlem ilkesi, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi, özel hayatın gizliliği, insan haysiyetinin dokunulmazlığı, suçsuzluk karinesi ve konut dokunulmazlığıdır. Bu özgürlükler arama koruma tedbirinin her aşamasında göz önünde tutulmalıdır.

Aramanın başlıca iki şartı vardır. İlk şart hâkim kararı bulunması, ikinci şart makul şüphenin varlığıdır. Bu şartlar gerçekleşmeden yapılacak arama hukuka aykırı olacaktır. Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Aramanın hâkim kararına istinaden uygulanması şartının bir takım istisnaları vardır. Bunlardan birincisi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin emri ile de arama yapılabilir. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kolluk amirinin emri ile arama yapılamaz.

Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen arama emrinde gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olduğunu gerekçeleriyle belirtmeleri gerekir.

6638 sayılı Kanun ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 4/A maddesine eklenen cümle ile el ile dıştan kontrol hariç, 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 yapılabilir. Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir. Son değişiklikle sözlü emrin önü de açılmış oldu.

Anayasa, arama hukuku açısından bir takım düzenlemeler getirmiştir. Adli arama açısından Anayasa dışında temel yasa CMK'dır. Önleme araması açısından temel yasa ise PYSK'dır. Özel yasalarda aramaya ilişkin mevcut hükümleri, Anayasa, CMK ve PYSK ile birlikte okumak gerekir.

Arama konut, işyeri ve sair kapalı yerlerde yapılabileceği gibi kişinin üzerinde eşyasında da yapılabilir. Arama kural olarak gece ve gündüz yapılabilir. Ancak konut, işyeri ve sair kapalı yerlerde gece arama yapılamaz. Aramanın gece yapılamamasının bir takım istisnaları mevcuttur. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, suçüstü hallerinde ve firar eden yakalanmış, tutuklanmış kişinin veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla konut, işyeri ve sair kapalı yerlerde gece arama yapılabilir.

Konut, işyeri ve sair kapalı yerlerde yapılacak aramalarda kanun bir takım farklı usul kuralları öngörmüştür. Arama bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmıyorsa aranan yerin komşularından iki kişi veya o yer ihtiyar heyetinden iki kişi arama sırasında hazır bulundurulur. Ancak aramanın olumsuz sonuçlanması gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa, Yargıtay'ın yeni içtihatları doğrultusunda bu kişiler olmaksızın da arama icrası mümkündür ve başkaca usulü eksiklik bulunmuyorsa bu arama geçerli bir arama olacaktır. Ayrıca arama sırasında

kuvvet kullanılmasını gerektiren, aramaya karşı çıkma, silahla mukavemet gibi bir durum söz konusuysa bu kişiler aramanın sonunda arama mahallinde hazır edilebilir.

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. Hakkında arama işlemi uygulanan kişinin avukatı da aramada hazır bulunabilir. Ancak arama esnasında hazır olmayan avukatın beklenmesi gerekmez. Yalnızca aramanın sonuçsuz kalmasına sebep olabilecek gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa avukat beklenmez.

Arama açısından, yasal dokunulmazlığı bulunan özel statülü şahısların istisnai durumları söz konusudur. Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Yani gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olsa dahi Cumhuriyet savcısı avukat bürolarının araması için emir veremez. Cumhuriyet savcısının emriyle veya Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın veya mahkeme kararında belirtilmeyen bir olayla ilgili avukat bürolarında yapılacak arama hukuka aykırı olacaktır.

Arama bazı hallerde ayıca bir arama emri veya kararı gerekmeksizin kolluk doğrudan arama yapabilmektedir. Kolluğun hangi hallerde doğrudan arama yapabileceği AÖAY'nin 8. maddesinde tek tek sayılmıştır.

Türk hukukunda hakkında arama işlemi uygulanacak kişinin rızasının varlığı halinde daha önceleri karar veya yazılı emir gerekmeksizin kolluk doğrudan arama yapılabildiği halde Danıştay'ın 13.03.2007 tarihli kararı ile AÖAY'nin 8. Maddesinin (f) bendindeki "ilgilinin rızası" ibaresini iptal etmesi sonucunda artık karar veya emir olmaksızın sadece ilgilinin rızasıyla arama yapılamamaktadır. Yani ilgilinin rızası ile yapılan arama hukuka uygun bir arama değildir. Bu nedenle ilgili kişi aramaya rıza gösterse dahi kolluğun arama kararı almadan arama yapmaması gerekir. Aksi davranış elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılamamasına yol açacaktır.

Adli aramanın yakalama ve delil elde etme olmak üzere iki amacı vardır. Diğer bir ifadeyle, adli arama, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi amaçlarından biri veya birkaçına bağlı olarak yapılabilir. Arama, şüpheli, sanık veya üçüncü bir kişinin üstünde, eşyasında, konutunda, işyerinde veya bu kişilere ait diğer yerlerde yapılabilir. Ayrıca şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde de arama yapılabilir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılmasına sadece hakim karar verebilir. Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin emri ile bilgisayarlarda arama yapılamaz.

Arama işlemi bir tutanağa bağlanır. Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sureti ilgili kişiye verilir. Bununla birlikte, aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kişiye istemi üzerine aramanın CMK'nın 116. ve 117. maddelerinden hangisine göre yapıldığını, arama 116. maddeye yapılmışsa bu durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir.

Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge ve kağıtlarını inceleme yetkisi Cumhuriyet savcısı ve hakime aittir. Kolluk, arama sırasında ele geçen belge veya kağıtlara, suçla ilgisi olup olmadığını tespit amacıyla, incelemeksizin bakabilir. Suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği anda incelenecek belge ve kağıtları ambalajlayarak mühürlür. İnceleme sonucu soruşturma veya kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kağıtlar ilgisine geri verilir.

Aramada ele geçen belgelerin devlet sırrı niteliğinde bilgiler içerdiği ileri sürüldüğünde bu belgeler ancak mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hakim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedilir. Soruşturma evresinde yapılan aramada, devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içerdiği iddia edilen belgeler bulunmuş ise Cumhuriyet savcısı bu belgelerin incelenmesini hakimden isteyecektir.

Aramanın başta Anayasa olmak üzere yasalarda belirtilen şartlara uygun olarak yapılması gerekir. Arama kararı ve uygulaması açısından belirtilen şartlara uyulmaması halinde yapılan arama hukuka aykırı bir arama olacaktır. Hukuka aykırı arama halinde ele geçirilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır. Hukuka aykırı arama halinde aramaya maruz kalanın tazminat hakkı doğacak ve yapılan işlem hukuka aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca hukuka aykırı arama yapan kamu görevlisinin eylemi suç teşkil ettiği takdirde bu kişi de, Türk Ceza Kanunu'nun 120.maddesi uyarınca "haksız arama" suçundan cezalandırılacaktır.

Arama koruma tedbirinin hukuka uygunluğu kanun yollarına başvurularak denetlenebilir. Arama hâkim kararı niteliğinde ise bu karara itiraz mümkündür. Mahkeme kararı niteliğinde ise ancak esas hükümlerle birlikte temyize tabi bir karar söz konusudur.

Arama konusuyla ilgili geçmişe nazaran günümüz mevzuatında olumlu değişiklikler yapılmış, yeni düzenlemeler getirilmiştir. CMUK'ta öngörülmemişken, CMK'da arama ve elkoymadan kaynaklı tazminat sorumluluğu getirilmiştir. Yine CMUK'ta tüm kolluk memurlarının sahip olduğu elkoyma yetkisi CMK ile sadece kolluk amirine verilmiştir. Avukat bürolarında arama yapma ve elkoyma yetkisi de getirilen önemli düzenlemelerdendir. Ayrıca son dönemde öğretide de olumlu karşılanan özgürlükçü içtihatlar karar havuzunda yerini almış bulunmaktadır. ŞEN'in aktardığı ve değindiğimiz Yargıtay 7.Ceza Dairesinin 17.12.2014 tarihli, 2013/17393 E. ve 2014/22329 K. Sayılı ve 24.12.2014 tarihli ve 2013/16628 E., 2014/22302 K. sayılı kararları özgürlükler bağlamında olumlu kararlardır. ŞEN'in de belirttiği gibi esasında Daire; Anayasada ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yazılı olanı, uygulanması gerekeni, yazılı hukukun emrettiğini söylemiş ancak hukuk metninde yazılı olsa, yani kural emretse bile kişi hak ve hürriyetleri aleyhine yorum yapıp uygulama geliştirme alışkanlığı ve keyfilik karşısında, ancak bu tür yargı kararları yüzümüzü güldürebilmektedir.³⁷⁰

³⁷⁰ Ersan Şen, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1276839-hukuka-aykiri-arama-ve-delil>, (Erişim: 15.04.2015).

Maalesef Türkiye, ŞEN'in de belirttiği gibi, kişi hak ve hürriyetlerine getirilen kısıtlamaların istisna değil de asıl kural olarak uygulanabildiği bir ülkedir. Bu nedenle kötü uygulamalardan, kirli geçmişten uzaklaşılması, uluslararası alandaki hak ihlallerinde ilk sıralarda gelmek yerine hukuk devlet ilkesi, hukukun üstünlüğü dayanak alarak, temel kişi hak ve özgürlüklerine azami önem verilmesi gerekmektedir. Bunu sağlamak için hukukun ülke siyasetine göre şekil almaması, kolluğun toplum üzerinde baskı mekanizması haline gelmemesi lazım gelmektedir. Kolluk personelinin tanımlanmış geniş yetkilerini usulüne uygun kullanması sağlanmalı, görevinin gerçek anlamda kamu düzenini ve güvenliğini sağlamaktan ileri geldiği hatırlatılmalıdır.

Son olarak koruma tedbirlerinin ceza olarak uygulanmaması gerektiğini, kutuplaşma ve siyasi eğilimlere gidilmeksizin Anayasal güvenceler bağlamında koruma tedbirlerinin daha özgürlükçü bir devlet politikası ile uygulanması gerektiğini belirtelim.

Yargıtay'ın yukarıda daha öncede değindiğimiz kararında belirtildiği gibi: "...Hukuk devleti kişilere huzurlu, onurlu ve özgür bir ortam ve yaşam sunmayı garanti eder. Her koruma tedbiri genel anlamıyla hukuk devletinin sağladığı bu ortam ve yaşam alanına bir müdahale niteliği taşır. Devletin kamu düzenini koruma ve bu çerçevede suçla mücadele görevi bu müdahaleyi bir ölçüde haklı kılmakta ise de, yetki yerinde kullanılmadığında temel hak ve özgürlüklere yapılmış bir saldırı niteliğine bürünür ve dolayısıyla hukuka aykırı olur. Hukuk devleti, vatandaşına hiçbir koşula bağlı kalmaksızın her an gözaltına alınabileceği, sorgulanabileceği, evinde arama yapılabileceği kaygısıyla yaşamak duygusu veremez. Devletin bu şekilde hukuka uymazlığı, vatandaşın tedirginliğine ve giderek devlete ve hukuka güvensizliğine neden olur..."³⁷¹

³⁷¹ YCGK 2005/10-15-2005/29 sayılı karar. Aktaran: Ferhat Yıldız, "Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı-Arama-Elkoyma", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 4, Sayı 13, Ağustos 2010, s.221.

KAYNAKÇA

Aksoy, Ş. (2007). *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara

Akyürek, G. “*Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1198>, (Erişim: 20.04.2015).

Aldemir, H. (2012). *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, Ankara.

Arslan, S. (2007). *Soruşturma Evresi*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Aydın, M. (2008). Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 3, Sayı 8, Aralık.

Aydın, M. (2009). *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Balcı, M. (2012). Delillerin, Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşturması (CMK m.170/2), *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:7, Sayı:72, Ağustos

Baştürk, İ. (2010). Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:9, Ağustos.

Bayer, M. (2003). *Olay Yeri İnceleme (Kriminal Laboratuvar Analizleri)*, Ankara.

Bozkurt, E. (2006). *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, 2. Baskı, Ankara.

Cengiz, S., Demirağ, F., Ergül, T., McBride, J., Tezcan, D. (2008). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, TBB Yayınları, Ankara.

Cengiz, S. “*Wieser Ve Bicos Beteiligungen Gmbh / Avusturya Kararı*”, www.serkancengiz.av.tr, (Erişim: 15.04.2015).

Centel, N. ve Zafer, H. (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul.

Cin, E. (2009). *Kamu Düzeni, Kolluk Faaliyeti ve Arama Yetkisi*, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara.

Çiçek, İ. (2009). *Arama (Adli ve Önleme Araması)*, Kazancı Yayınları, İstanbul.

Çokmutlu, M. (2007). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma*, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli.

Doehring, K. (2002). *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, Çev: Ahmet Mumcu, İnkılâp Yayınları, İstanbul.

Doğan, D. Ç. (2011). Ceza Muhakemesinde Adli Arama, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 92, s.157-180.

Erem, F. (2007). *Meslek Kuralları (Şerh)*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara.

Erman, S. (1983). *Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul*, 7. Bası, Üçdal Neşriyat, İstanbul.

Gedikli, M. (2010). *Durdurma Kontrol Arama ve Yakalama Uygulamaları*, Adalet Yayınevi, Ankara.

Gözler, K. (2015). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 19. Baskı, Bursa.

Gözübüyük, Ş. (2006). *Yönetsel Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara.

Gülşen, R. *Haksız Arama*, <http://www.dicle.edu.tr/Contents/aef3fa93-69ca-4509-be04-2e3699dd80c0.pdf>, (Erişim: 10.04.2015).

Gülşen, R. (2010). Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:9, Ağustos.

Gülşen, R. “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama*”, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc (Erişim: 20.12.2013).

Gültekin, Ö. (2010). Ceza Muhakemesi Hukukunda “Şüpheli” Kavramı, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 46, Haziran.

Gündoğan, K., Koç, C. ve Özbudak, C. (2011). *Kolluğun Önleyici ve Adli Görevleri (Kolluk Hukuku)*, 7. Baskı, Ankara.

Hafizoğulları, Z. (2004). 24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2004-3.

Hakeri, H. ve Ünver, Y. (2013). *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara.

Kangal, Z. T. (2012). *Askeri Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara.

Kapani, M. (1993). *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara.

Kaynar, Y. M. ve Kıldan, İ. T. (2010). Adli Yargı ile Askeri Yargı Arasındaki Görev Uyuşmazlıkları, 5918 Sayılı Kanun ve 5982 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliğinin Anlamı, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:5, Sayı:50, Ekim.

Koca, M., *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı*, http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_8.pdf, (Erişim: 20.04.2015).

Kocaoğlu, S. S., *Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı*, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-1/2012-1-2.pdf>, (Erişim: 20.04.2015).

Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2013). *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Beta Yayınları, Cilt 1, İstanbul.

Kunter, N., Yenisey, F. Ve Nuhoglu, A. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 15. Basım, İstanbul.

Kural, S., *Yasalaşan Siber Suçlar Sözleşmesi Türkiye’de Neleri Değiştirecek?* <http://sosyalmedya.co/turkiye-siber-suclar-sozlesmesi/>, (Erişim: 27.09.2014)

Malkoç, İ. ve Yüksektepe, M. (2005) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Malkoç Kitapevi, 1. Cilt, Ankara.

Özbek, V.Ö. (1999). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Özbek, V.Ö., Kanbur, M. N., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2014). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara.

Özbek, V. Ö. ve Bacaksız, P. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 1, Sayı 1, Ekim.

Özbek, V. Ö. ve Bacaksız, P., Doğan, K. (2007). *Açıklamalı-Şematik Çalışma Kitabı II; Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Özbudun, E. (2012). *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara.

Özlem, D. (2007). *TBB Eksiksiz Demokrasi Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara.

Öztürk B., Kazancı B. E. ve Güleç S. S. (2013). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M., Sırma, Ö., Saygılar, Y., Özaydın, Ö., Alan, E. Ve Erden, E. (2014). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Sarıgül, A. T., (2002) “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama*”, Askeri Adalet Dergisi, Yıl:30, Sayı:113, Ocak.

Sav, A. (2010). Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s.133-143.

Saygılar, Y. F., (2008). *Arama*, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, İstanbul.

Sırma, Ö. (2009). Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 34, Haziran.

Soyaslan, D. (2010). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara

Soyaslan, D. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara.

Şahin, C. (2007). *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Şen, E., *Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması*, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2013-2/2013-2-12.pdf>, (Erişim: 20.04.2015).

Şen, E. (2009). İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama, *Terazi Hukuk Dergisi*, Şubat, Sayı 30.

Şen, E., *Türk Ceza Muhakemesi Hukuku`nda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu`nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi*, <http://ahmetdursun374.blogcu.com/hukuka-aykiri-deliller/6063404>, (Erişim: 15.05.2015)

Teziç, E. (2013). *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 16.Baskı, İstanbul.

Toroslu, N. ve Feyzioğlu, M. (2009). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara.

Turhan, F. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınları.

Uzunkaya, E., *Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi ve Değeri*, <http://www.insanihakuk.com/files/articles/esra-uzunkaya-yargi-kararlari-isiginda-turk-ceza-yargilamasi-hukukunda-delil-sistemi-ve-degeri.pdf> 1357819159.pdf, (Erişim: 20.04.2015).

Yarsuvat, D., *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği*, <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article2.pdf>, (Erişim: 15.04.2015).

Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2014). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

Yenisey, F. “*CMK`da 2014-6526 ile Yapılan ve Kolluğu İlgilendiren Değişiklikler*”, http://www.caginpolisi.com.tr/eski_sitemiz/148/5-6-7-8-9-10.htm, (Erişim: 28.12.2014).

Yenisey, F. (1995). *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma ve ilgili TCK-CMUK Maddeleri*, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara.

Yıldırım, A. (2014). Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu, *TAAD*, Yıl: 5, Sayı: 19 (Ekim), Ankara, s. 585-622.

Yıldız, F., (2010). Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı-Arama-Elkoyma, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 4, Sayı 13, Ağustos.

Yurtcan, E. (2004). *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, 10. Baskı.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyadı, Adı : DÖNMEZ, Pınar
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri : 26.11.1987 / Ankara
Medeni Hali : Bekar
Telefon : 0 (505) 970 54 55
Email : pinardonmez@outlook.com

EĞİTİM

Derece	Enstitü	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Çankaya Üniversitesi, Kamu Hukuku, Ankara	2016
Lisans	Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara	2008
Lise	Yahya Kemal Beyatlı Lisesi	2004

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Yer	Konum
2012 - Şimdi	Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı / Ankara İl Müdürlüğü – Hukuk Birimi	Avukat
2011 - 2012	Jandarma Genel Komutanlığı / J.Loş.K.lığı - Hukuk Müşavirliğı	Avukat
2009 - 2010	Ankara Adliyesi	Stajyer Avukat

YABANCI DİL

İngilizce – Orta Seviyede.

HOBİLER

Seyahat, Tiyatro, Felsefe, Müzik, Yüzme.