

KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ
CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA KORUMA TEDBİRİ
OLARAK
ARAMA VE ELKOYMA

TEZ DANIŞMANI : PROF.DR. AHMET BİLGİN

HAZIRLAYAN :MUSTAFA AÇAR

KIRIKKALE

2010

KİŞİSEL KABUL

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım **“CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA VE ELKOYMA”** adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

Kırıkkale 2010

Mustafa ACAR

JÜRİ ÜYELERİ

BAŞKAN

Prof.Dr.Ahmet BİLGİN

ÜYE

Yrd.Doç.Dr. Adnan KÜÇÜK

ÜYE

Yrd.Doç.Dr. Hayri BOZGEYİK

Onay Tarihi ve Tez No:

ÖZET

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

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

Arama ve elkoyma tedbirlerinin tez konusu olarak seçilmesinde bu tedbirlerin anayasada belirtilen "özel hayatın gizliliği", "konut dokunulmazlığı" ve "mülkiyet hakkı" gibi temel insan haklarını yakından ilgilendirmesi ve yakalama tedbiri için de bir ön safha olmaları etkili olmuştur

Bu amaçla hazırlanan çalışma üç bölüme ayrılmış, ilk bölümde genel olarak koruma tedbirlerine değinilmiş koruma tedbirlerinin türleri,önşartları ve özellikleri kısaca açıklanmıştır. ikinci bölüm iki kısma ayrılmış 1.kısımda, aramanın amacı,kavramı, aramanın hukuki niteliği, aramaya hakim olan ilkeler, tarihsel gelişim, mukayeseli hukukta arama, arama çeşitleri, şartları, arama kararı olmadan yapılan aramalar, aramanın yapılacağı yerler, aramanın icrası ve sona ermesi incelenmiş 2.kısımda, elkoyma tedbirinin kavramı, hukuki niteliği,amacı,tarihsel gelişimi,çeşitleri,şartları,elkoyma kararı vermeye yetkili merciler, elkoyma kararının icrası incelenmiş,üçüncü bölümde ise, ceza muhakemesi ve ceza hukuku bakımından hukuka aykırı arama ve elkoyma, hukuki denetim ve tazminat konuları ele alınmış ayrıca konuyla ilgili Yargıtay kararları ve AİHM kararları da eklenmiştir.

Anahtar sözcükler : Arama,Elkoyma ,Koruma Tedbiri, Ceza

ABSTRACT

Our Criminal Adjudication Law is formed with Law no:5271 on Criminal Adjudication Code which put into force in June in 2005. While the law was being prepared, it was based on the principles "equality of armaments" and "the accused benefits from uncertainty" which are the basic principles of criminal adjudication. Especially, some great amendments were made on protective measures related with fundamental freedoms and rights.

Protective measure which constitutes the subject of our dissertation, took its last shape with the law no:5353 after the resipition of Criminal Adjudication Code: 5271 to June. However it is intended to provide convenience for application with the legislation of Judicial and Preventing Search legislation on 01.06.2005.

It's close relation with fundamental human rights, explained in fundamental law, like "discretion of private life", "privacy of the home", "property right" and being a first stage of arrest and confiscation played an important role for the selection of "search and confiscation measure" as the subject of our dissertation.

This study, which is prepared for this purpose separated into three parts. In the first part; protective measures are generally analysed and the types, preconditions and features of protective measures are explained briefly. Second part is separated into two chapters; in the first chapter, the searching term, the purpose of searching, judicial attribution of the search, controlling principles of search, historical development, search in comparative law, types of search, search conditions, searches without search warrant, places where the search is made, performing of search and its end are analysed.

In the second chapter; the conception of confiscation measure, judicial attribution of confiscation, principles of the confiscation, historical development, types and conditions of confiscation, component authorities to judge to confiscate, the performing of the confiscation are analysed. In the third part; illegal search and confiscation in terms of the Criminal Adjudication Court and Criminal Adjudication Law, legal audit and the matters of amendment are mentioned. Furthermore the decisions of the Supreme Court of Appeals and European Court of Human Rights are added.

Key Words: Search, confiscation, Protection Measure, Punishment.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ	X

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KORUMA TEDBİRLERİ

1. TANIM VE KAVRAM	5
2. KORUMA TEDBİRLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ	7
2.1.Yasa ile düzenleme zorunluluğu	7
2.2. Geçici Olma	7
2.3.Araç Olma	7
2.4.Hükümden Önce Temel Hak ve Hürriyetlerden Bazılarını Sınırlaması	8
2.5.Hâkim Kararı Olması veya Gecikmede Sakınca Olan Hallerde Savcı Kararı Bulunması	8
3.KORUMA TEDBİRLERİNİN UYGULANMASI İÇİN ÖN ŞARTLAR	8
3.1.Gecikmede Tehlike (Sakınca) Bulunması	9
3.2. Haklı Görünüş	10
3.3. Orantılılık (Ölçülülük) İlkesi	11
4.KORUMA TEDBİRLERİNİN TÜRLERİ	12
4.1.Yakalama Ve Gözaltı	12
4.2.Tutuklama	12
4.3.Adli Kontrol	13
4.4.Arama El koyma	13
4.5.Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi	14
4.6.GİZLİ SORUŞTURMACI VE TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME	14

II. BÖLÜM

ARAMA VE ELKOYMA

1.KAVRAM	15
2.ARAMANIN AMACI	16
2.1.Genel olarak	16
2.2.Yakalama	17
3.ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	18
4.ARAMAYA HÂKİM OLAN İLKELER	21
4.1.HUKUK DEVLETİ İLKESİ	21
4.2.ÖZELHAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ	23
4.3.ORANTILILIK İLKESİ	25
4.4.İNSAN ONURUNUN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ	28
4.5.DÜRÜST İŞLEM (ADİL YARGILAMA) İLKESİ	30
4.6.MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİ	31
5.TARİHSEL GELİŞİM	32
6.MUKAYESELİ HUKUKTA ARAMA	35
7.ARAMA ÇEŞİTLERİ	37
7.1.ÖNLEME ARAMASI	38
7.2.ADLİ ARAMA	42
8.ARAMANIN ŞARTLARI	43
8.1 ŞÜPHE BAKIMINDAN ŞARTLAR	43
8.1.1.CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ŞÜPHE	43
8.1.2.ARAMA KORUMA TEDBİRİ AÇISINDAN ŞÜPHE	45
8.2.ARAMA KARARI VE ARAMA EMRİ BAKIMINDAN ŞARTLAR	47
8.2.1.1982 ANAYASASI ve 5271 SAYILI CMK'DAKİ DÜZENLEMELER	47
8.2.1.1.Hâkim kararı	47
8.2.1.2.Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri	50
8.2.1.3.Kolluk Amirinin Yazılı Emri	52
8.3.Arama Kararı ve Arama Emrinin Kapsamı	55
8.4.DİĞER KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER	56
8.4.1.2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu	56
8.4.2. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu	60
8.4.3. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu	61
8.4.4. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu	61

8.4.5. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu	62
8.4.6. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu	62
8.4.7. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun	63
8.4.8. 6831 Sayılı Orman Kanunu	63
8.4.9. 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü kanunu	64
8.4.10. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği	65
8.5. KİŞİ BAKIMINDAN ŞARTLAR	69
8.5.1. ŞÜPHELİ VE SANIK HAKKINDA ARAMA	69
8.5.2. DİĞER KİŞİLER HAKKINDA ARAMA	69
9. HUKUKİ STATÜ VE GÖREVLERİ BAKIMINDAN HAKLARINDA ÖZEL ARAMA USULLERİ UYGULANAN KİŞİLER	70
9.1. Cumhurbaşkanı	70
9.2. Diplomatik Dokunulmazlığı Olanlar	71
9.3. Yasama Dokunulmazlığına Sahip Olanlar	71
9.4. Avukatlar	72
9.5. Yargı Mensupları	73
9.6. Noterler	73
10. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA ARAMA	74
10.1. Derneklerde arama	75
10.2. Üniversitelerde Arama	76
10.3. Diğer Tüzel Kişilere Yönelik Arama	77
11. ZAMAN BAKIMINDAN ŞARTLAR	77
12. ARAMA KARARI OLMADAN YAPILAN ARAMALAR	79
12.1. AÖAY'NİN 8. MADDESİNDE BELİRTİLEN DURUMLAR	79
12.2. RIZA İLE ARAMA	83
12.3. ARAMA SAYILMAYAN HALLER	85
13. ARAMANIN YAPILABİLECEĞİ YERLER	86
13.1. KONUTTA ARAMA	86
13.2. İŞYERİ VE DİĞER YERLERDE ARAMA	89
13.3. ÜST ARAMASI VE VÜCUDUN MUAYENESİ	90
13.4. ASKERİ MAHALLERDE ARAMA	92
13.5. AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA	93
13.6. BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA	96
13.7. ARAÇLARDA ARAMA	98
13.8. OLAY YERİ İNCELEME	99

14. ARAMANIN İCRASI VE SONA ERMESİ	99
14.1. ARAMA YAPACAK KİŞİLER	100
14.1.1.Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yapılan Arama	100
14.1.2. Kolluk Tarafından Yapılan Arama	101
14.2. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİYE BİLGİ VERİLMESİ	102
14.3. ARAMANIN İNZİBATI VE ZOR KULLANMA YETKİSİ	103
14.4. ARAMADA HAZIR BULUNABİLECEKLER	105
14.5. ARAMA SIRASINDA ELE GEÇEN KİŞİ(ŞÜPHELİ VEYA SANIK) VE DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER	106
14.6. ARAMA SIRSINDA ELE GEÇEN BELGE VE KÂĞITLARI İNCELEME YETKİSİ	108
14.7. TESADÜFEN ELE GEÇEN DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER	109
14.8. ARAMA SONUNDA BELGE VERİLMESİ	110
14.9. ARAMANIN SONA ERMESİ	112
15. ELKOYMA	113
15.1. KAVRAM VE HUKİKİ NİTELİĞİ	113
15.2. ELKOYMANIN AMACI	114
15.3. ELKOYMANIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI	115
15.3.1. Muhafaza Altına Almadan Farkı	115
15.3.2. Müsadereden Farkı	115
16. ELKOYMAYA HAKİM OLAN İLKELER	118
16.1.HUKUK DEVLETİ İLKESİ	118
16.2. İNSAN ONURUNUN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ	120
16.3. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ	121
16.4. DÜRÜST İŞLEM (FAİR TRİAL) İLKESİ	122
16.5. MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİ	123
17. TARİHSEL GELİŞİM	124
17.1.GENEL OLARAK	124
17.2. ROMA HUKUKU	125
17.3. İSLAM HUKUKU	125
17.4. TÜRK HUKUKU	125
18. ELKOYMANIN ÇEŞİTLERİ	126
18.1. GENEL OLARAK ELKOYMA	126
18.2. DELİL ELDE ETMEK İÇİN ELKOYMA	127
18.3. MÜSADERE EDİLECEK EŞYAYA ELKOYMA	127

18.4.KAZANÇ MÜSADERESİNİN KONUSUNU OLUŞTURAN EŞYAYA ELKOYMA.....	128
18.5. POSTADA ELKOYMA	130
18.6. AVUKAT BÜROLARINDA ELKOYMA.....	131
18.7. AVUKATIN GÖNDERİLERİNE (POSTASI) ELKOYMA.....	131
18.8. SÜRÜCÜ BELGESİNE ELKOYMA.....	132
18.9. BASILMIŞ ESERLERE ELKOYMA	132
18.10. BİLGİSAYARLAR, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINA VE KÜTÜKLERİNE ELKOYMA	133
19. ELKOYMA İÇİN ARANAN ŞARTLAR	134
19.1.MADDE BAKIMINDAN ŞARTLAR	134
19.1.1.Elkoymada koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinin aranması	134
19.1.2.Elkoyma tedbiri için gerekli olan şüphe aranması	134
19.2. EŞYA BAKIMINDAN ARANAN ŞARTLAR	135
20. ELKONULMASI YASAK EŞYA	135
20.1. DEVLET SIRRI NİTELİĞİNDEKİ BELGELER	135
20.2. ŞÜPHELİ SANIK VE TANIKLIKTAN ÇEKİNEBİLECEK KİŞİLER NEZDİNDE BULUNAN MEKTUP VE BELGELER	136
20.3.TUTUKLU SANIK İLE MÜDAFİİ ARASINDA GÖNDERİLEN MEKTUPLAR	138
20.4. BASİMEVİ VE EKLENTİLERİ İLE BASIN ARAÇLARI	138
21.KİŞİ BAKIMINDAN ŞARTLAR	139
21.1.GENEL OLARAK	139
21.2.ELKOYMA KARARI VERMEYE YETKİLİ MERCİLER	139
21.2.1. Elkoyma kararını vermede olağan yetki: Hâkim (veya mahkeme)	140
21.2.2. Elkoyma kararının şekli ve içeriği	141
21.2.3. Elkoyma kararı vermede istisnai yetki	141
22. ELKOYMA KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ	142
22.1. ELKOYMA USULÜ	142
22.2. ELKONULAN EŞYAYI İNCELEME YETKİSİ	144
22.3. ELKOYMANIN SONA ERMESİ	145

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU MEVZUATI AÇISINDAN HUKUKA AYKIRI ARAMA VE ELKOYMAYA İLİŞKİN, HUKUKİ DENETİM VE TAZMİNAT

1. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI ARAMA VE ELKOYMA	146
1.1. HUKUKA AYKIRI ARAMA VE ELKOYMANIN DELİL YASAĞI TEŞKİL ETTİĞİ HALLER	146
1.1.1.Genel Olarak	146
1.1.2.Şüphe Bakımından	147
1.1.3.Karar Verecek Mercii Açısından	148
1.1.4.Hakkında Arama Ve Elkoyma Tedbiri Uygulacak Kişiler Bakımından	150
1.1.5.Zaman Bakımından	152
1.1.6.Arama Ve Elkoyma İşlemi Bakımından	153
1.2. HUKUKA AYKIRI OLARAK ELDE EDİLEN DELİLLERİN MUHAKEMEDE KULLANILAMAMASI	156
2. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN ARAMA VE ELKOYMADA HUKUKA AYKIRILIĞIN SUÇ TEŞKİL ETTİĞİ HALLER	158
3. HUKUKİ DENETİM	161
4. ARAMANIN ÖLÇÜSÜZ İCRASI DOLAYISIYLA TAZMİNAT HAKKI	163
5. KONU İLE İLGİLİ YARGITAY KARARI VE AVRUPA İNSAN MAHKEMESİ KARARLARI	166
6. ARAMA VE ELKOYMA İLE İLGİLİ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI	177
SONUÇ	182
KAYNAKÇA	187
ÖZ GEÇMİŞ	192

KISALTMALAR

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

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KORUMA TEDBİRLERİ

1. TANIM VE KAVRAM

Koruma tedbirleri ceza muhakemesinin gereği gibi yapılabilmesi veya hükmün infazının mümkün kılınması amacıyla muhakeme sürecinde başvurula bilinen ve hükümden önce, gerektiğinde zor kullanmak suretiyle bazı hak ve özgürlüklere geçici müdahaleyi gerektiren işlemlerdir¹

Koruma tedbirleri aynı zamanda geçici olan ve gecikmesinde sakınca olan hallerde baş vurulan kanuni çarelerdir.

Toplum ve toplum içindeki bireyler günlük hayatta korunmaları gereken tehlikelerle karşı karşıya gelirler. Karşı karşıya gelinen bu tehlike uzak ise gerçekleşmesini önlemek için tedbir almak "önleme tedbiri" önleme tedbiri alınmadığı için yakın olan tehlikeli durumlarda ise oluşabilecek tehlikeli sonuçtan toplum ve bireyleri korumak için alınan tedbirler ise "koruma tedbirleri"dir.

Koruma tedbirleri suç işlendikten sonra meydana gelebilecek tehlikeleri engellemeye yönelik tedbirlerdir. Önleme tedbirleri ise suçu ve tehlikeyi önlemeye hizmet eden ve böylece tehlikenin ve suçun meydana gelmesini önleyen tedbirlerdir. Tehlike uzak ise ,önleme tedbiri yakın ise koruma tedbirleri ortaya çıkar.²

Ceza muhakemesinin amacı, bir uyuşmazlığı kolektif hükümle çözmektir. Bilindiği gibi, muhakeme faaliyeti bir uyuşmazlığın doğması ile başlar ve söz konusu uyuşmazlığı çözen hükümle son bulur. Dolayısıyla uyuşmazlığın doğması ve bir hükümle çözülmesi aşaması arasında belirli bir zaman aralığı bulunmaktadır. Bu zaman aralığı ne kadar uzun olursa, muhakeme faaliyetinin, söz konusu uyuşmazlığı doğru bir

1 .ŞAHİN,cumhur;ceza muhakemesi hukuku ,C.I. 2007 sayfa 197)

2 KUNTER Nurullah; YENİSEY Feridun; NUHOĞLU Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Basım ve Yayım, Ondördüncü Bası, istanbul 2006, s. 753.

şekilde çözmesi de o kadar zor olur. Muhakeme faaliyetinin amacının gerçeği ortaya çıkarmak olduğu göz önüne alındığında yargılama faaliyetinin uzun sürmesinin muhakemenin de başarısızlıkla sonuçlanmasına sebep olacağı açıktır. Ayrıca, olayın geçmişte gerçekleşmesinden dolayı, uyuşmazlığı çözecek hakimin olayın gerçekleşme anını zihninde canlandırması gerekmektedir. Bu sebeple hakimin olayı zihninde doğru bir şekilde canlandırabilmesi için, muhakemenin kısa sürmesi gerekir. Uyuşmazlığa konu olayın geçmişte gerçekleşmiş olması olayı zihninde canlandırmak zorunda olan hâkim için bazı delillerin muhakeme faaliyeti süresince muhafaza edilmesini ve korunmasını gerektirir. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu olayın gerçekleşmiş olduğu andan hemen sonra olayla ilgili deliller ele geçirilebilir ve toplanıp muhafaza edilirse bir anlam kazanır. Deliler yok olduğunda veya değişikliğe uğradığında başka delil de yok ise söz konusu uyuşmazlık gerçeğe uygun olarak çözülemeyecektir. İşte, koruma tedbirlerinin fonksiyonu, uyuşmazlığa konu olayla ilgili delillerin yok olmasını veya değişikliğe uğramasını engelleyerek, muhakeme faaliyetindeki zaman unsurunun olumsuzluğuna rağmen, hakimin gerçeğe ulaşmasına katkı sağlamaktır. Böylece bu tedbirler sayesinde, yargılama sonucunda verilecek hükmün infaz edilebilir olması da mümkün hale gelecektir.³

Koruma tedbirleri muhakemenin gerektirdiği zamanın olumsuz etkisine engel oldukları gibi, aynı zamanda muhakemenin yapılmasına da yardım eder. Bu tedbirler muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılması için yardımcı tedbirlerdir. Bunlara, gaye olarak değil muhakemenin gerçeğe ulaşması için başvurulur.⁴

Türk doktrininde koruma tedbirleri, terim olarak ceza yargılaması önlemleri, ihtiyat tedbirleri, usul tedbirleri gibi değişik isimler altında adlandırılmakta olup, tam bir görüş birliği mevcut değildir.

Biz tez çalışmamızda koruma tedbiri terimini kullanacağız.

3 KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU; s. 755; ÇOLAK Haluk; Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma ve Çeşitleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1989, s. 3, 4.

4 TOSUN Öztekin; .Ceza Muhakemesinde ihtiyat Tedbirleri. (ihtiyat), Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 3, 1968, s. 8

2.KORUMA TEDBİRLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ

2.1. Yasa ile Düzenlenme Zorunluluğu.

Koruma tedbirlerinin her biri, bir veya birden fazla temel hakka müdahale niteliği taşımaktadır. Anayasa m. 13.e göre ise temel hakların sınırlanması ancak kanunla olacağından yasayla düzenlenmiş olma zorunluluğu bulunmaktadır. Ceza hukukunda yasallık ilkesi, en çok bu konuda öne çıkmaktadır.⁵

2.2. Geçici Olma

Koruma tedbirleri amaca ulaşmak için araç oldukları kadar, amaca ulaşıldığı takdirde derhal kaldırılacağından geçici olma özelliğine de sahiptirler. Bütün koruma tedbirleri geçicidir. Meydana gelen olay sebebi ile uygulanan önleme gerek kalmadığında, ilgili önlemin kaldırılması gerekir. Mesela, tutuklama tedbiri bir kişi hakkında verilen hapis cezasının infazına sağlayabilir. Ancak, o kişinin yargılama sırasında beraat edeceği anlaşılırsa derhal salıverilmesi gerekir. Burada tutuklama tedbiri hükme kadar uygulanabilen bir tedbir olarak ortaya çıkmaktadır.⁶

2.3.Araç Olma

Koruma tedbirleri yöneldikleri kişilere karşı bir ceza olmayıp, iyi bir hüküm verme ya da hükmün infazını sağlama amacını taşıyan bir araçtır. Diğer bir deyişle, koruma tedbirleri amaç değil araçtır. Bu tedbirler, ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulma amacının yerine getirilebilmesi için araç olurlar. Koruma tedbirlerinin araç olma niteliği, tedbirlere başvurma amacı değil, başka bir işlemin gerçekleşmesine yarayacak olmasını ifade eder. Yani, bu tedbirlerin birbirleri arasında vasıta olma özellikleri bulunmaktadır. Mesela, yakalama, tutuklamaya; tutuklama ise, sanığın muhakemede hazır bulunmasının sağlanmasına, delillerin ortaya konulabilmesine veya

5 CENTEL; Zafer; s, 280.

6 YURTCAN; (Yargılama), s. 489.

olası bir hapis cezasının infaz edilebilmesine yarayacaktır.⁷ Yine, meskende yapılan arama sonucu suç eşyası ele geçirilip el konulmuşsa, bu durumda, arama el koyma tedbirinin bir vasıtası olmaktadır. Gerekli delil elde edildiğinde bu tedbirlere son verilir.⁸

2.4.Hükümden Önce Temel Hak ve Hürriyetlerden Bazılarını Sınırlaması

Bu tedbirlerin her biri hükümden önce bir temel hakkı sınırlamaktadır .Mesela,konutta yapılan arama, hem özel hayatın gizliliği hakkını, hem de konut dokunulmazlığı hakkını sınırlamaktadır.⁹

2.5.Hâkim Kararı Olması veya Gecikmede Sakınca Olan Hallerde Savcı Kararı Bulunması

Tüm koruma tedbirlerinin kullanılması, kural olarak bir hakim kararına bağlıdır.İstisna , gecikmede sakınca halinin bulunmasıdır. Bu durumda, sonradan hakim onayına sunulmak koşulu ile Cumhuriyet Savcısı ve kolluk kuvvetleri de koruma tedbirlerine re'sen başvurabilirler. Mesela, arama ve el koyma tedbirinde olduğu gibi.Ancak, bu, tüm koruma tedbirleri için geçerli değildir. Mesela, tutuklama tedbirine sadece hakim başvurabilir. Gecikmede sakınca olsa dahi, Cumhuriyet Savcısı veya kolluk kuvvetleri başvuramaz.¹⁰

3.KORUMA TEDBİRLERİNİN UYGULANMASI İÇİN ÖN ŞARTLAR

Ceza yargılamasında koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için bazı ön şartlara ihtiyaç vardır. Bu ön şartlar gerçekleşmedikçe, koruma tedbirlerine başvurulması, dolayısıyla temel hak ve hürriyetlere müdahale söz konusu olacaktır. Bu ön şartların varlığının veya yokluğunun tespiti her koruma tedbirine ve somut olaya göre değişir. Bu ön şartlar,gecikmede tehlike, haklı görünüş ve orantılılık olmak üzere

7 CENTEL; Zafer; s. 280.

8 BARDAK Cengiz; Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, Ankara 1996, s., 360,

9 ÇOLAK; s. 13.

10 ŞAHİN Cumhuriyet ; Ceza Muhakemesi Hukuku .I-, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 202, 203.

üç tanedir.¹¹

3.1.Gecikmede Tehlike (Sakınca) Bulunması

Her koruma tedbiri az veya çok temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşır. Koruma tedbirleri henüz uyuşmazlık çözülüp gerçek tam olarak ortaya çıkmadan başvurulmuş araçlar olduğundan, hak ve özgürlüklere yönelik bu müdahale, dolayısıyla, sınırlama koruma tedbirlerinin bedeli olarak kabul edilir. Bu bedel ise, ancak, tedbirlere gecikmeden, acil olarak başvurma zorunluluğu ile haklı görülebilir¹². Zira, bu bedel kabul edilmediği takdirde, ceza yargılamasının bundan zarar görmesi söz konusu olabilir. Mesela, hakkında mahkumiyet kararı verilen sanığın yurt dışına kaçması önceden önlenememiş ise, temel hak ve hürriyetlere müdahale edilmemesi sebebi ile ceza yargılaması, dolayısıyla kamu yararı zarar görmüş olacaktır. Gecikmede tehlike için tehlikenin mümkün olması yeterli değildir. Tehlike muhtemel olmalıdır. Herhangi bir muhtemel tehlike de yeterli değildir. Derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana geleceğini gösteren somut belirtilerin olduğu bir tehlike söz konusu olmalıdır. Ayrıca, gecikmede tehlike tabiri çok yeni bir tabir de değildir. Zira, gecikmede tehlike durumunun söz konusu olması için tehlikenin yakın olması gerekir.¹³ Hangi durumların Gecikmede tehlike ön şartını oluşturacağını kanunlar çoğu kez ilgili koruma tedbirini düzenlediği maddelerde öngörürler. Mesela, CMK tutuklama ile ilgili 100. maddesinde şüpheli veya sanığın kaçması, kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların olmasını, delillerin yok edilmesi hususlarındaki kuvvetli şüpheyi gecikmede tehlike ön şartını oluşturan durumlar olarak öngörmüştür. Yani, maddede belirtilen hallerin olduğu yönünde kuvvetli şüphe varsa koruma tedbirine başvurma için gecikmede tehlike ön şartı gerçekleşmiş demektir. Bazen de kanun koyucu gecikmede tehlike olup olmadığının tespitini koruma tedbirine başvurmak ve o konuda karar vermek yetkisine sahip olan kişi veya makama bırakmaktadır. Bunlar da kural olarak

11 KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU; s., 757.

12 KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU; s., 757.

13 KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU; s., 757.

hâkim ve istisna en de Cumhuriyet savcısı veya kolluktur ¹⁴. CMK.nın arama ile ilgili maddelerinde, belirtilen yerlerde arama yapılabilmesi için, gecikmede sakınca bulunan bir halin veya ilgili madde de belirtilen diğer unsurun olup olmadığına, arama kararı vermeye yetkili makamlar karar verecektir.

3.2.Haklı Görünüş

Koruma tedbiri bir tehlike tedbiri olduğundan, bu tedbirlere başvurulurken bir hakkın tehlikede olması gerekmektedir. Burada ifade edilen hakkın, gerçekten bulunup bulunmadığının ilk başta anlaşılması zorunlu değildir. Kaldı ki, bazen bir hakkın gerçekten var olup olmadığı ilk başta tespit edilemez. Belli bir yargılamadan sonra gerçek anlaşılır. İşte koruma tedbirlerinde yakın tehlike durumu söz konusu olduğundan bu tedbirlere başvurulurken aranan ikinci ön şart, iddia edilen hakkın gerçekten ilk başta var olup olmadığı değil, hakkın var olduğuna ilişkin haklı görünüştür. Mesela, hukuk usulünde bir tedbir olan ihtiyati hacze başvurulurken hakka değil, haklı görünüşe bakılır. Ceza muhakemesinde de aynı durum söz konusudur. Burada haklı görünüşün oluşup oluşmadığına koruma tedbirine başvurmaya yetkili makamca karar verilecektir.¹⁵

Bazen görünüşte haklılık ilkesi çerçevesinde bir koruma tedbirine başvurulduğu, ancak, sonradan bu konuda hataya düşüldüğü anlaşılabilir. Bu durumda koruma tedbirinin uygulanması sonucu bir zarar meydana gelmiş ise, yasa koyucular bu zararların devletin üstlenmesini veya kamu görevlilerine rücu edilmesini öngörebilirler. Mesela, Türk hukukunda koruma tedbirlerinin uygulanmasındaki hukuka aykırılıklardan dolayı meydana gelen zararların giderilmesi için CMK.nın 141. ve devamı maddelerinde birtakım düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelere göre, kişiler, koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanması sonucunda meydana gelen zararlardan dolayı devletten maddi ve manevi tazminat isteyebilirler. Tabi devletin ödediği tazminattan dolayı, görevini kötüye kullanarak zarara sebebiyet veren

14 YURTCAN; (Yargılama), s., 486; ÇOLAK; s. 19.

15 KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU; s., 758, 759; Çolak; 20, 21.

kamu görevlilerine rücu etme hakkı da bulunmaktadır.¹⁶

3.3.Orantılılık (Ölçülülük) İlkesi

Orantılılık, diğ er bir adı ile ölçülülük ilkesi istenilen amaç ile bu amacı elde etmek için araç arasındaki dengeyi ifade eder. Bunun anlamı aracın amaçtan daha değerli olmayacağı gibi, daha az değerli, yani daha az sınırlayıcı bir araçla istenilen amaca ulaşılabilecekse, gerekenden daha değerli, yani daha sınırlayıcı araç kullanılmamasıdır. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, her koruma tedbiri az ya da çok temel hak ve hürriyetlerden birini veya birkaçını sınırlandırmaktadır. Bunun için koruma tedbirlerini kullanırken bu hususa dikkat etmek gerekir. Mesela,şüphelinin adli kontrol altına alınması, muhakemenin yürüyebilmesi ve delillerin toplanabilmesi için yeterli ise, adli kontrol yerine şahsın tutuklanmasına karar vermek doğru değildir. Zira, bütün koruma tedbirlerinde amaç, suçların kovuşturularak kamu yararının sağlanması; bunu sağlamaya çalışan yargılamayı tehdit eden yakın tehlikelerden muhakeme faaliyetinin korunmasıdır. Bu açıdan adli kontrol altına alma kararı ile tutuklama kararı arasında bir fark yoktur. Bunun için bir tehlikeyi temel hakları daha az sınırlayan adli kontrol kararı ile bertaraf etmek olanağı varken, bunun yerine kişi hürriyetini en ağır düzeyde sınırlayan tutuklama tedbirine başvurmak orantılılık ilkesine aykırılık oluşturur.¹⁷

Genel olarak ölçülülük ilkesi ile sınırlandırma amacının gerçekleşebilmesi için, gerekli, elverişli ve zorunlu. bir araca başvurulması ve ulaşılmak istenen amaçla, başvuru sınırlandırma amacı arasında makul bir oranın bulunması gerekir.¹⁸

Ceza muhakemesinde başvuru ölçülülük ise, bir ceza muhakemesi işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve ortaya çıkması muhtemel zarar arasında makul bir oranın bulunması, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını

16 YURTCAN; (Yargılama), s., 488.

17 ŞAHİN (İlyas); s. 21; KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU; s., 760; YILMAZ Zekeriya; 5560 Sayılı Kanun Değişiklikleriyle Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi (5560 Sayılı Kanun), Seçkin yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 144

18 YILMAZ; (5560 Sayılı Kanun), s. 143.

ifade eder. Ölçülülük ilkesi, amaç ile buna ulaşmak için kullanılacak araç arasında bir denge, bir elverişliliğin ve uygunluğun bulunmasını gerektirmektedir.¹⁹

4. KORUMA TEDBİRLERİNİN TÜRLERİ

Burada koruma tedbirlerinin türlerine kısaca değinip detaya inmeden arama ve el koyma koruma tedbirine geçeceğiz.

4.1.YAKALAMA VE GÖZALTI

Yakalama, hakim kararı olmaksızın, şüphelinin özgürlüğünün kısıtlanması, gözetimine alınması ve alınmayacağı konusunda bir karar verilinceye kadar denetim ve gözetim altında tutulmasıdır. Yakalama kaçmayı, kaçanı engelleme yetkisi veren bir koruma tedbiri olup bunu sağlayacak ölçüde zor kullanma yetkisini de içermektedir. Yakalama işlemi kişinin zorunlu olarak gözetimine alınmasını gerektirmemektedir. Başka bir deyişle, yakalanan kişi cumhuriyet savcısının kararıyla gözetimine alınabileceği gibi, yine cumhuriyet savcısının kararıyla serbestte bırakılabilir²⁰

4.2.TUTUKLAMA

Tutuklama ,suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan ancak suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün hakim kararıyla geçici olarak kısıtlanmasıdır²¹

Tutuklamanın amacı ceza muhakemesinin yapılabilmemesi veya muhtemel bir mahkumiyet hükmünün infazının sağlanabilmesidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus tutuklamanın bir ceza olmayıp, yargılama sonunda muhtemel verilecek cezanın infazını sağlayan geçici bir tedbir oluşudur.

19 YILMAZ; (5560 Sayılı Kanun), s. 143.

20 CENTEL/ZAFER a.g.e., 5.BASI.vd,ŞAHİN ,Cumhur,a.g.e., s. 200-203)

21 CENTEL/ZAFER a.g.e., 5.BASI ocak 2008, s.349)

4.3. ADLİ KONTROL

Adli kontrol tedbiri daha önce ceza hukukumuzda olmayan; ancak 5237 sayılı yasa ile ceza hukukumuzda kazandırılan bir koruma tedbiridir. Adli kontrol tedbirinde kişinin tutuklama tedbirinde olduğu gibi özgürlüğü kısıtlanmaz; ancak kişinin yargılama sırasında kaçmasını önleyecek, gözlenmesini denetlenmesini mümkün kılacak tedbirler başvurulur.

Adli kontrol tedbiri tutuklama tedbirine alternatif bir tedbir olarak ihdas edildiği için bu tedbire başvurulmasının şartı tutuklama tedbirine başvuru koşullarının gerçekleşmiş olmasıdır. Bu tedbire başvurulduğunda hem hakkında tedbire başvuru olan kişinin özgürlüğü kısıtlanmamış olacak hem de tutuklama tedbiri ile öngörülen amaçlar gerçekleşmiş olacaktır.

4.4. ARAMA ELKOYMA

Tedbir olarak arama, saklanan kişinin veya gizli tutulan bir eşyanın önleme veya adli amaçlarla ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen kamusal bir faaliyettir.²²

Arama işleminin yapılması için aramaya konu nesnenin saklı ve gizli olması gerekir yani açıkta olamaması gerekir

Tedbir olarak el koyma ise bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen zilyedin tasarruf yetkisini kaldırılması yani delil olabilecek veya yargılama sonunda müsadere edilecek eşya üzerinde zilyedin zilyetliğine son verilmesidir.

Kanun üç grupta eşyaya el konulabileceğini kabul etmiştir.

(a)İspat aracı olacak eşya

(b)Müsadereye konu olacak eşya

(c)Kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı

22 YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, 1992, s. 74.)

4.5. TELEKOMİNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Bu koruma tedbirinde iletişimin denetlenmesi; kişiler arasında cereyan eden telefon konuşmalarının dinlenmesi veya sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo radyo veya diğer elektro manyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan veya ileten araçlara girilerek bilgi elde edilmesi ve bu bilgilerin değerlendirilmesini içermektedir²³

İletişimin tespiti; iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade etmektedir.²⁴

Bu koruma tedbirinin özelliği diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak gizli bir koruma tedbiri olmasıdır; yani hakkında bu tedbire başvuru yapılan kişinin genelde bu tedbirden haberdar olamamasıdır.

4.6.GİZLİ SORUŞTURMACI VE TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME

Gizli soruşturma ,gizli yollarla delil elde etmeye yönelik faaliyetleri içermektedir..bu tür faaliyetlerin amacı,bu amaca dayalı olarak yapılan işlemlerin devlete aidiyetini gizlemek suretiyle,muhatap kişiden bilgi elde edilmesini sağlamaktır.²⁵ Bu koruma tedbirine başvurula bilinmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması gerekir.

23 ŞAHİN, Cumhuriyet, s.265)

24 (Arama yön.3. Madde)

25 ERDEM , RUHAN, Mustafa ceza muhakemesinde suçlulukla mücadele gizli soruşturma tedbirleri seçkin yayın evi , Ankara -2001,s.48-49)

II. BÖLÜM

ARAMA VE ELKOYMA

1.KAVRAM

Sözlük anlamı itibari ile arama birini veya bir şeyi bulmaya çalışmaktır²⁶. Tedbir olarak arama, saklanan kişinin veya gizli tutulan bir eşyanın önleme veya adli amaçlarla ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen kamusal bir faaliyettir²⁷.

Arama, ceza yargılamasını amacına ulaştırmak için, suç şüphesi altındaki kişilerin, suç delillerinin ve müsadereye tabi nesnelere elde edilmesi amacıyla, konutta, başka kapalı yerlerde ve kişilerin üzerlerinde yapılan bir işlemdir, bir araştırmadır. Bir ceza yargılaması önlemi olarak arama, ilk planda suç ve suç şüphesi altındaki kişileri ilgilendirmesi yanında, suçun dışında kalan kişileri de belirli koşullarla kapsamına alabilir²⁸. Doktrine bakıldığında da hemen hemen bütün yazarların buna benzer tanımlar yaptığı görülmektedir²⁹.

Arama işlemi ortada olmayan, saklı ve gizli olan nesnelere ortaya çıkarma faaliyetidir. Beş duyu ile açıkça tespit edilebilen şeylere ulaşılması işlemi arama. Örneğin, bir otomobilde şoför koltuğu yanında açıkta duran tabancayı alarak ruhsatlı

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

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

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

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

olup olmadığını kontrol etmek arama sayılamaz. Kapsamına girmez. Çünkü söz konusu silah herkes tarafından açıkça görülebilmektedir. Aynı şekilde, bahçesine uyuşturucu madde eken bir kişinin bahçesinin havadan helikopter ile veya uzaktan teknik yöntemlerle fotoğrafının çekilmesi arama işlemi sayılamaz³⁰.

Arama, açık bir alanda, sokakta, bir kişinin üzerinde, çantasında veya aracında yapılabileceği gibi, kapalı bir alanda(konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerden birinde) da yapılabilir³¹.

Nihayet arama koruma tedbirinin amacına ulaşır ulaşamamasına göre iki sonucu vardır. Birincisi, başarılı olması halinde onu diğer bir koruma tedbirinin izlemesidir. Gerçekten şayet şüpheli veya sanık yakalanmışsa yakalama koruma tedbirine³², delil elde edilmişse elkoyma³³ koruma tedbirine dönüşür. İkincisi ise, başarısız olması halinde kişinin beraat edebilmesini veya hakkında takipsizlik kararı verilmesini sonuçlayabilmesidir³⁴.

2.ARAMANIN AMACI

2.1.Genel olarak

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

Ceza muhakemesi amacı ile yapılan adlî arama, saklanan sanığın veya elde edilememiş olan delilin veya müsadere edilecek bir eşyanın ele geçirilmesi için, bir

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

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

32 Bkz. CMK 98 vd. maddeleri

33 Bkz. CMK 123 vd. maddeleri

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

kimsenin konutunda, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırma dır. Başka bir ifade ile, adli aramanın amacı şüphede altında bulunan kimsenin yakalanması, musedereye tibi eşyanın veya delillerin ortaya ıkarılmasıdır³⁵.

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

Öte yandan aramanın diğer bir koruma tedbirini uygulamak amacını da taşıdığı gözden uzak tutulmamalıdır. Aramanın amaçları yakalama ve delil elde edip elkoyma olarak belirlendiğinde, aramanın hemen her zaman yakalama ve/veya elkoyma koruma tedbirine aracılık ettiği, bu koruma tedbirlerinin bir ön basamağı olduğu söylenmelidir. O halde arama bir araç koruma tedbiridir. Gerçekten arama hiç bir zaman doğrudan doğruya arama amacıyla yapılmaz. Bu özelliğin diğer bazı koruma tedbirleri bakımından da geçerli olduğu kabul edilse de arama koruma tedbiri bakımından daha belirgin olduğu vurgulanmalıdır. Ancak arama yine de kendine özgü bağımsız bir koruma tedbiridir³⁶.

2.2.Yakalama

Yakalama, şüpheli veya sanığın bir hâkim kararı olmaksızın özgürlüğünün geçici bir süre sınırlandırılmasıdır³⁷. Çok kısa süreli özgürlük kısıtlamaları "yakalama" sayılmaz. Örneğin, kimlik veya soru sormak için yolda durdurulan fert yakalanmış sayılmaz³⁸.

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

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

37 ÖZBEK, CMK İzmir şerhi, s. 403.: KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 810.

38 KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 810.

Yakalama amaçlı arama hem herkesin yakalama yapabildiği durumları, hem de herkesin yakalama yapamadığı durumları kapsar. Dikkat edilmesi gereken husus raamayı ancak kanunla yetkili kılınmış merci yapabilir.

Diğer yandan “Hükümlü, hapis cezası veya güvenlik tedbirinin infazı için gönderilen çağrı kâğıdının tebliği üzerine on gün içinde gelmez, kaçar ya da kaçacağına dair şüphe uyandırır, Cumhuriyet savcısı yakalama emri çıkarır” diyen 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun(CGTİK) 19. maddesi müzekkereli yakalamanın diğer bir çeşidini oluşturur. Yakalama amaçlı arama, hükümlünün de CGTİK m. 19’a göre yakalanmasına hizmet eder.

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

Arama sonunda aranan kişi yakalandığında 5271 sayılı CMK’nun yakalamaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır.(CMK m. 90 vd.)³⁹.

3.ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Adil yargılamanın temel gereklerinden biri de muhakemenin mümkün olduğunca kısa bir zamanda sonuçlandırılması ve hükmün infaz edilebilmesidir. Ceza muhakemesi sırasında başvuru tutuklama, yakalama, arama, elkoyma gibi koruma tedbirleri bu amacı sağlamaya yönelik en önemli araçlardır⁴⁰.

39 Bkz. Tez, s. 105 vd.

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

Arama diğer koruma tedbirleri gibi muhakemenin amacına hizmet etmektedir. Başka bir ifadeyle muhakeme aşamasında gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunacak bir koruma tedbiridir⁴¹. Çünkü aranan sanık yakalanacak ve tutuklanacak, bulunan delillere el konulacaktır. Bu nedenlerle arama aynı zamanda yakalama, tutuklama ve elkoyma gibi koruma tedbirleri için bir vasıta olan tedbir konumundadır⁴².

Gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılan bir faaliyet olan arama,⁴³ anayasal olarak güvence altına alınan konut dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği ve vücut dokunulmazlığı gibi temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden bir koruma tedbiridir⁴⁴. Bu bakımdan, yasalarda hangi hallerde bunun yapılacağı özel olarak öngörülmektedir.

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

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

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

43 KUNTER -YENİSEY, 2003, s.770.

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

1982 Anayasasının 20. ve 21. maddelerindeki düzenleme İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin(İHAS) 8. maddesindeki “özel hayatın gizliliği” ilkesi ile paralellik taşır. Sözleşmenin 8. maddesinin ilk fıkrası “Herkes, özel yaşamı ile aile yaşamına, konut ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”, demektedir⁴⁵. Ancak sözleşme özel hayatın gizliliğini mutlak olarak tanımamış, bazı istisnai hallerde bu gizliliğin ihlal edilebileceğini söylemiştir. Ancak böyle bir durum sadece yasayla söz konusu olabilecektir⁴⁶.

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

Arama kamusal bir faaliyet olup, devlete tanınan arama yetkisi iki türdür. Genel emniyet ve asayişin korunması ve tehlikelerin önlenmesi için gerçekleştirilen arama işlemine “önleme araması”, suç işlenmesinden sonra, suçun ve failinin ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen arama işlemine ise “adli arama” denilir⁴⁷.

Adli arama saklanan failin (şüpheli, sanık veya hükümlü) veya suçun delilinin ele geçirilmesi ve ceza muhakemesinin amacına ulaşmasını amaçlayan bir koruma tedbiridir⁴⁸. Arama bir koruma tedbiri olduğundan diğer koruma tedbirleri için geçerli olan koşullar ve olması gereken özellikler arama için de geçerlidir. Armanın koruma tedbiri olarak özellikleri şunlardır:

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

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

46 ÖZBEK, Arama, s. 47.

47 CİHAN -YENİSEY, s. 267.

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

temel hak ve özgürlükleri sınırlar⁴⁹.

Arama ister önleme amacıyla, ister adli amaçlı yapılsın, geçici olarak başvurulan bir tedbirdir. Aramanın amacı sona erdiğinde yapılan işlemde sona erecektir⁵⁰.

Arama işleminin diğer bir niteliği bir araç olmasıdır. Arama kendi başına bir amaç değildir. Arama işlemi çeşitli amaçlara ulaşmak için başvurulabilecek bir araçtır. Arama şüpheli veya sanıkların yakalanması amacıyla yapılabileceği gibi suç delillerinin elde edilmesi amacıyla da yapılabilir(CMK m. 116)⁵¹.

Son olarak koruma tedbirlerinin ön şartlarından olan gecikmezlik, haklı görünüş ve orantılılık ilkeleri arama için de geçerlidir⁵².

Arama ister önleme amaçlı olsun, ister koruma tedbiri(adli arama) niteliğinde olsun kural olarak hâkim kararıyla gerçekleştirilebilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle de arama yapılabilir. Kanunun yetkili mercii deyiimi, önleme aramasında o yerin en büyük mülki amiri, adli arama da ise Cumhuriyet savcısı veya ona ulaşılmayan hallerde adli kolluk amirini ifade eder⁵³.

4.ARAMAYA HÂKİM OLAN İLKELER

4.1.HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Hukuk devleti, kişisine hukuki güvenlik sağlamayı devletin de kendi eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına bağlılığını simgeler. 1982 Anayasasının 2. maddesi,

49 ÖZBEK, Arama, s. 21.

50 ERYILMAZ, s. 185.

51 ŞAFAK-BIÇAK, s. 161.

52 KUNTER-YENİSEY, 2003, s. 606.

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

Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğunu vurgulamaktadır⁵⁴. Anayasa Mahkemesi ise hukuk devletini “İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan ve faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uygun devlettir” şeklinde tanımlamıştır⁵⁵.

Hukuk devleti ilkesi üç sütun üzerine inşa edilmiştir. Bunlar; a) İnsan haklarının gerçekleştirilmesi, b) adaletin sağlanması c) güvenliğin temin edilmesidir. Buna göre hukuk devleti, insan haklarına saygılı temel hak ve özgürlüklerin yaşatılmasını hedefleyen, adaleti sağlayan ve bunun için öncelikle toplumsal düzen ve güvenliği temin eden bir yönetim biçimidir⁵⁶.

Toplum halinde yaşamanın ön şartı olan güvenlik ve sosyal düzen, aynı zamanda hukuk devletinin de ilk şartıdır⁵⁷. Adalet ve eşitlik kavramları da hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarındandır. Hukuk devleti ilkesinin varlığından söz edebilmek için, kanunların hukukun genel ilkelerine uygun olması ve insan haklarını koruyucu kurallar içermesi yetmez. Uygulamanın da bu kanunlara ve hukukun genel ilkelerine uygun olması gerekir⁵⁸.

Hukuk devletinin bir diğer şartı da, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin bulunması, adil bir yargılanma koşullarının sağlanmış olmasıdır⁵⁹. Hukuk devletinin temel hak ve özgürlüklere verdiği değer, bu hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olan önleme ve koruma tedbirlerinde de kendisini gösterir. Hukuk devleti bireylere özel ve aile yaşamlarında huzurlu, onurlu ve özgür bir ortam sunmayı

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

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

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

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

58 ERYILMAZ, s. 21, 90.

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

garanti eder. Bu nedenle, hukuk devletinde önleme ve koruma tedbirlerine başvurulmasının yasal koşulları önceden belirlenmeli, bu tedbirlere maruz kalanların başvurabilecekleri yargısal denetim mekanizmaları oluşturulmalıdır⁶⁰.

Sonuç olarak; “arama” tedbirinin kanunlarda sıkı koşullara bağlanması ve denetim mekanizmalarının oluşturulması kadar, karar ve izin mekanizmalarının adalet ve eşitlik ilkesine bağlı kalarak, bu koşullara gereken önemi göstermesi ve en önemlisi bu tedbiri uygulayacak olan kolluk görevlilerinin keyfilikten kaçınarak, orantılı ve insan haklarına saygılı bir şekilde hareket etmeleri, hukuk devletinin gereğidir⁶¹.

4.2.ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ

Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri hür bir hayat alanı tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve bireyin küçük dünyası olarak anılabilecek olan bu temel hak ve hürriyetler ülkenin siyasi rejimi bakımından hassas bir göstergedir. Bu küçük dünyamız ne kadar geniş ise o kadar hürriyetçi ve demokratik; ne kadar dar ise, o kadar baskıcı ve otoriterdir⁶².

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

60 ÖZBEK, Arama, s.22.

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

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

kendisini ilgilendirir⁶³.

1982 Anayasasına göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın gizliliğine ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz(AY. m.20), kimsenin konutuna dokunulamaz(AY. m. 21), herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır(AY. m. 22). Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları, eşyası ve konutu aranamaz, bu eşya ile konutta bulunan eşyaya elkonulamaz(AY. m.20-21). Öte yandan, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin de “Özel hayatın gizliliğine” yer verdiği görülür⁶⁴.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına devlet organları karşısında da güvenceler getirilmesi öngörülmüştür. Bu nedenle herhangi bir alanda Devlet organları faaliyette bulunurken kişinin özel hayatına saygı göstermek zorundadır. Devletin, özel hayatın korunmasına yönelik düzenlemeler yapması, onu tanıması, güvenceler sağlaması, ihlali halinde yaptırımlar uygulaması ve bu düzenlemeleri organları vasıtası ile uygulaması gerekmektedir. Bu çalışmalar, Devleti olumlu yönde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yardımcı olması olarak nitelendirilmektedir⁶⁵.

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

63 ÖZTÜRK Erdem, s. 175.

64 GÖLCÜKLÜ- GÖZÜBÜYÜK, s. 261, 262.

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

mücadelenin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi ve buna uyulması gerekir⁶⁶.

Hayatın gizli alanının mutlak dokunulmaz olması karşısında bu alana arama koruma tedbiri ile yapılacak müdahale aramayı hukuka aykırı kılar. Mesela, kişinin cinsel yaşamı hayatın gizli alanına girmektedir. Buna göre, bir arama kararının konusunu, kural olarak, kişinin cinsel yaşamını ortaya çıkaracak belgelerin aranması oluşturamaz. Bununla birlikte devletin suçla mücadelesinin bir gereği olarak hayatın özel alanına arama koruma tedbiri ile müdahale mümkün olmalıdır. Ancak, oranlılık ilkesinin bir gereği olarak bu tedbire başvurulurken, bundan beklenen fayda ile ihlal edilen menfaat arasındaki denge her zaman gözetilmek zorundadır. Denge, ihlal edilen menfaat lehine bozulduğu an hayatın özel alanı ihlal edilmiştir. Hiç bir gerekçe yokken kişinin gece yarısı evinin aranması onun özel yaşam alanının ihlali sayılır. Devletin suçla mücadele etmek gerekçesi artık burada geçerli değildir⁶⁷.

Özel hayatın gizli alanı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu(TCK) ile de koruma altına alınmıştır. TCK'nın "özel hayatın gizliliği" başlıklı 134. maddesinde, "kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesi suç olarak kabul edilmiş, bu eylemin kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmesi ise suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir(TCK m. 135). Bu düzenlemeler özel hayatın gizliliği ilkesinin yeni ceza adaleti sistemindeki önemine işaret etmektedir⁶⁸.

4.3.ORANTILILIK İLKESİ

Bir ceza hukuku işleminin yapılmasında beklenen yarar ile verilmesi ihtimal olan zarar arasında makul bir oranın(ölçünün) bulunması ve herhangi bir oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden bu ilkeye orantılılık(ölçülülük) ilkesi denir. Burada eşitlikten değil, orantılılıktan söz edildiğine dikkat edilmelidir⁶⁹.

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

67 ÖZBEK, Arama, s. 31.

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

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

Hukuk devletinin en önemli özelliklerinden biri, eylem ve işlemlerin ölçülü (orantılı) olmasıdır. Orantılılık ilkesi hukuk devletine hâkim olan aşırılıktan kaçınma yükümlülüğünün bir gereğidir. Bu manada, önleme ve koruma tedbirlerinin en önemli kriterlerinden biri de “orantılılık” ilkesidir. Bir tedbire başvurulurken, bundan umulan fayda ile müdahale edilen menfaatin orantılı olması, aralarında kabul edilebilir bir denge bulunması gerekir. Orantı bulunması, araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olması demektir⁷⁰.

Arama koruma tedbiri temel hakları ihlal ettiği için aramada orantılılık ilkesi çok özel bir anlama sahiptir⁷¹. Bu, orantılılık ilkesinin temelini, hukuk devleti ilkesi yanında, temel hak ve özgürlüklerin oluşturmasının bir sonucudur. Zira arama ilgilinin kişilik haklarına ağır bir müdahale oluşturur. Orantılılık ilkesi bu nedenle arama kararının alınması ve bu kararın uygulanmasında özel bir dikkati gerektirir. Bu açıdan arama sırasında uygun delillerin bulunacağı sonucunun umulması ve yine bu delillerin önemi özellikle göz önünde bulundurulmalıdır. Yalnız başına fiilin ağırlığı önemli değildir. O halde arama suçun ağırlığı ve suç şüphesinin şiddeti ile uygun bir oran içinde bulunmalıdır⁷².

Orantılılık ilkesi, aranan şey ya da kişilerin kararda mümkün olduğunca tereddüte yer vermeyecek şekilde açıkça tam olarak gösterilmesi yoluyla temel haklara tecavüzün sınırlanmasını gerektirir..

Oransızlık aramanın muhtemel kapsamından ortaya çıkar. Diğer bir deyimle, aramanın kapsamı belirlenirken orantılılık ilkesi daima göz önünde bulundurulmalıdır.

Arama tedbirine başvurulmaktaki amaç, yakalama ve delil elde etme

70 CİHAN- YENİSEY, s.201

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

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

olduğuna göre, Őheli veya sanık yakalanmış veyahut da deliller elde edilmişse, artık arama tedbirine başvurmaya da gerek yoktur. Zira aramaya başvurulması, ulaşılmak istenen yararı elde etmeye elverişli ve gerekli değildir. Tam tersine temel hak ve özgürlüklere getireceği sınırlama ile bir zararı ifade eder⁷³.

İHAS'ın bütününde, kamu yararının oluŐturduđu isteklerle, bireylerin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluŐturma çabası grlr⁷⁴.

AİHM, hakaret suçu nedeniyle yapılan bir soruŐtırma nedeniyle, delil elde etmek için avukatın bürosunun aranmasını orantısız bir işlem olarak görmüŐtür. Bunun yanında AİHM, terör Őhesi nedeniyle yapılan aramaların, zorunluluktan kaynaklandığını değerlendirerek, işlemi makul ve kabul edilebilir bulmuŐtur⁷⁵.

Örneğin, uyuşturucu ticareti yapıldığına dair bir duyum, kişinin konutunda arama yapılmasını haklı göstermeye yetmez. Aynı zamanda bu duyumu destekleyen somut olguların var olması, bu olguların konutta arama yapılması için makul ve kabul edilebilir nitelikte olması gerekir. Aksi halde, ağır bir suç iddiasıyla, keyfi olarak herkesin üzerinde, aracında veya konutunda arama yapılması mümkün hale gelecektir ki, bu hukuk sisteminin kabul etmeyeceği bir durumdur⁷⁶.

Kısacası, arama tedbiri yönünden ‘‘orantılılık’’ ilkesinin varlığından söz edebilmek için; 1)Arama tedbirine baŐvurulmasına gerekçe gösterilen olay veya suç ile başvurulan arama tedbirinin orantılı olması, 2)Arama iŐlemiyle amaca ulaŐılabileceđine dair makul Şüphe veya haklı sebepler bulunması, 3)Arama işleminin amacına uygun olarak icra edilmesi gerekir⁷⁷.

73 ÖZBEK, Arama, s. 33.

74 İNCEOğLU, s. 284.

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

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

77 CENTEL -ZAFER, 2005, s. 292.

4.4.İNSAN ONURUNUN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ

“İnsan onuru” bireyin hür iradesinin dış dünyaya yansımaları olup; yaşama, kişiliğini geliştirme, kaderini tayin etme, kendisini ve çevresini şekillendirme yeteneğine sahip olma haklarını içine alan, insanın insan olma özelliğinin bir sonucudur. İnsan onuru kişiliksizliği ortadan kaldıran, tüm insan haklarının çıkış noktası ve özüdür, insan onuruna saygı ancak bir hukuk devletinde mümkündür. Bu nedenle, hukuk devleti “insan onuru”nun zırhıdır.⁷⁸

İnsan hakları kurallarının temel odak noktası insan onurudur. Bir insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmede sınır tanımaması, önüne engel çıkarılmaması, onun bu yolda teşvik edilmesi temel bir yaklaşımdır. Bu, insan onurunu ve insanın gelişmesini teşvik eden bir ana madde, diğer hukuk uygulamalarına ışık tutan bir ana çerçeve olarak telakki edilmektedir⁷⁹.

İnsan onuru geleneksel hukukun koruduğu temel kavramların başında yer alır. Bu nedenle uluslararası sözleşmelerde ve iç hukukumuzda yasal koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesinde “Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayri insani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz” hükmü yer almaktadır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 7. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinde de aynı hüküm tekrarlanmıştır.⁸⁰ 1982 Anayasası, Alman Anayasasında olduğu gibi⁸¹, insan onurunu açıkça bir temel hak olarak düzenlemiş değildir. Bununla birlikte Anayasamızda insan onurunun korunması ilkesini bünyesi içinde barındırdığına ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır.

Anayasanın “başlangıç bölümünün” 6. paragrafında “her Türk vatandaşını

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

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

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

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

onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisinin bulunduğu” belirtilmiştir. 1982 Anayasasının 5. maddesinde de; devletin temel amaç ve görevleri arasında; “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gereken şartların sağlanması” gösterilmiş, bu konuda devletin, pasif yükümlülükleri yanında, insan onuru yönünden aktif yükümlülükleri de anayasa teminatı altına alınmıştır. Anayasanın 17/3. maddesinde yer alan, “kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı” hükmünün yanında, “temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına” ilişkin Anayasanın 13. maddesinde belirtilen hükümler insan onuru karşısında devletin pasif yükümlülüklerini düzenlemektedir.⁸²

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

Arama da işlemin kanuna uygun olması yanında işlemin icrasının da hukuka ve insan haklarına uygun şekilde yerine getirilmesi, yanıltıcı ve amacı aşan davranış şekillerinden kaçınılması, insan onuruna saygı ilkesinin bir gereğidir⁸³.

Ayrıca işkence yapılması, işkence ile ifade alınması(AY m. 38, TCK m. 94, CMK m. 148), bir kimsenin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması (AY m. 38/5, MvSHS m. 14/3), sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının özellikle de susma hakkı ve bir avukat ile temas kurabilme hakkının bulunduğu bildirilmemesi(AY m. 38/5, İHAS m. 3, İHEB m. 5, CMK m. 147) ve hayatın gizli alanına müdahalelerde insan haysiyetinin ihlali sayılırlar⁸⁴.

82 TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, s. 21.

83 KAYMAZ, s. 135, 157.

84 ÖZTÜRK- ERDEM, s. 162.

4.5.DÜRÜST İŞLEM (FAİR TRIAL) İLKESİ

Bundan maksat, ceza muhakemesi işlemlerinin, kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunla öngörölmüş bulunan esaslar çerçevesinde yapılmasıdır⁸⁵.

Adil yargılanma hakkı (Fair Trial) veya Türk Hukuk öğretisinde dürüst işlem ilkesi olarak tanımlanan kavram; AIHS'nin 6. maddesinde ifadesini bulan ve birçok hak ve ilkeyi içine alan geniş bir kapsama sahiptir⁸⁶.

Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Daha önce de bu ilkenin yansımaları hukuk sistemimize hakim olmasına karşın, AB uyum yasaları sürecinde anayasa ve kanunlarda açıkça zikredilmiştir⁸⁷. 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle Anayasanın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresi eklenerek, bu kavram anayasal teminat altına alınmıştır⁸⁸.

Bu hak, hem soruşturma aşamasında şüpheli hemde kovuşturma aşamasında sanık haklarını kapsadığı gibi, delilerin dürüstçe ve tarafsızca toplanmasını, temel hak

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

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

"1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davanın makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. 3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

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

87 ATASOY, s. 14

88 1982 anayasasının "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin ilk fıkrası, 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanunun 14. maddesiyle aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile **adil yargılanma hakkına** sahiptir"

ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren tedbirlerin, yasal ve makul sebeplere bağlı olarak orantılı bir biçimde gerçekleştirilmesini öngörmektedir⁸⁹.

İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetlerinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayrımlar yapılması; örneğin iddia veya savunma makamının kayırılması, Batılı ülkelerde silâhların eşitliği olarak anılan ve fakat bizim dürüst işlem ilkesi içinde mütalaa ettiğimiz ilkeye açık bir aykırılık teşkil eder. Silâh eşitliği demek, ülkemizin de dahil bulunduğu Kıta Avrupa Hukuk Sistemine göre, henüz iddia ve savunma makamlarının her bakımdan eşit olması demek değildir. Bugün silâh eşitliği denilince akla gelen, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları gerçekten kullanabilmesidir⁹⁰.

Herhangi bir karar olmamasına rağmen böyle bir karar varmışçasına yapılan bir arama da dürüst işlem ilkesine aykırı olmaktadır. Bunun gibi, böyle bir karar bulunsa dahi yasayla belirlenmiş koşulları taşııyorsa, bu şekildeki bir arama da bu ilkeye aykırı olmalıdır. Bütün bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Kısacası bu ilkeye aykırılığın sonucu, elde edilen delilin kullanılamamasıdır. Böyle bir kabul bu ilkeye aykırı aramaları önleyecektir⁹¹.

4.6.MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİ

Ceza muhakemesinde maddi gerçek aranmakta olup, biçimsel gerçeğe yetinilmemektedir. Bunun nedeni, ceza muhakemesinin diğer muhakeme dallarından daha fazla oranda kişinin hak ve özgürlüklerini ilgilendirmesidir⁹². Yargıtayımızın 19.04.1993 tarihli bir kararına göre; ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada

89 TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, s.206.

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

91 ÖZBEK, Arama, s. 33.

92 ERYILMAZ, s. 145.

mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bir bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır, ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir⁹³.

Ceza yargılamasında delili serbestisi ilkesi geçerli olduğundan maddi gerçeğe ulaşmak için hukuka uygun her türlü delil kullanılabilir.

Her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin araştırılacağından söz edilemez. Delil yasaklarıyla bu ilkeye bazı sınırlamalar getirilmektedir⁹⁴. Anayasanın 38/7 ve CMK'nın 206/2. maddesinde, kanuna aykırı delillerin kabul edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Sonuç itibariyle, çağdaş ve özgürlükçü ceza muhakemesi hukukunda amaç, şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğin bulunmasıdır⁹⁵.

5.TARİHSEL GELİŞİM

Arama tedbirinin tarihsel gelişimi, devlet otoritesi ve ceza muhakemesinin tarihi gelişimiyle paralellik gösterir. İnsanlar topluluklar halinde yaşamaya başladıklarından beri, düzenin ve güvenliğin korunması gereğini duymuşlardır. Genel güvenlik ve düzenin korunması, önceleri toplumu oluşturan tüm bireylerin görevi iken, zamanla bu görev devlet tarafından oluşturulan uzmanlaşmış örgütlere devredilmiştir.⁹⁶ Daha önceki dönemlere ait kaynaklara ulaşılamadığından Batı Hukukunda arama müessesesini Eski Yunan döneminden bu yana genel hatları ile incelemeye çalışacağız:

Eski Yunan'da bugünkü anlamda bir arama koruma tedbiri yoktu. Bir

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

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

95 CENTEL- ZAFER, s. 246..

96 SOKULLU-AKINCI, s. 23

kurum olarak arama varolsa da, buna ilişkin yasal düzenlemeler bulunmamak taydı. Varolan kurallar ise uygulamadan ortaya çıkan ve daha ziyade hırsızlık suçuna ilişkin meskende yapılan aramaya yönelikti⁹⁷.

Roma Hukuku'nda da arama bir kurum olarak varolsa da bugünkü niteliği ve anlamından yoksundu. Bu dönemde arama daha çok bir delil aracı olarak kabul edilmekteydi ve aramanın bir çeşidi olan mesken araması şeklinde gerçekleştiriliyordu⁹⁸. Arama ile ilgili ilk yazılı düzenleme, Roma dönemine ait 12 Levha Kanunlarında hırsızlık suçuna ilişkindir .

1789 Fransız ihtilaliyle birlikte oluşan liberal akımın etkisiyle, devlet gücünün kötüye kullanılmasını önleyen ve bireyi koruyan bir muhakeme sistemi oluşturuldu. Bu dönemde “sanık; suçlu olduğu sabit oluncaya kadar masum sayılır” temel ilkesi hâkim olmuştur⁹⁹ Bu akımın etkisi ile hazırlanan 1849 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 140. maddesinde konut dokunulmazlığı koruma altına alınmış, konutta yapılacak arama işleminin koşulları belirlenerek bu konuda keyfiliğe izin verilmemesi hedeflenmiştir. Aydınlanma çağı olarak adlandırılan bu dönemde, sanığın korunması asıl amaç olduğundan, ona yönelik soruşturma işlemlerinin yapılmasında ve bu bağlamda arama tedbirinin uygulanmasında da genel bir kısıtlama olduğundan söz edilebilir¹⁰⁰.

Türk Hukukunda aramanın tarihçesini, öncesine ait kaynak bulunmadığı için İslam hukukundan başlayarak incelemek istiyoruz. İslam Hukukunun başlangıç olarak kabul edilmesinin sebebi ise Osmanlı Hukuk sisteminin esasen İslam hukuk sistemine dayanmış olmasıdır¹⁰¹.

Her ne kadar, İslam Hukukunda “arama” konusunda ayrıntılı ve açık bir

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

98 FRANK Curt. Die Durchsuchung, Diu., Würzburg, 1925, s. 11(ÖZBEK, Arama, s. 36)

99 CENTEL, ZAFER, 2005, s. 5.

100 ÖZBEK, Arama, s. 42.

101 ÖZBEK, Arama, s. 42.

düzenleme bulunmamakta ise de, özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına özel bir önem verildiği görülecektir. Devlet kuvvetleri ancak suçüstü hallerinde veya mahkeme kararıyla konuta girebilirdi. Bu zorunluluklar dışında başkasının konutuna girilemezdi. Ayrıca, konuta girme ancak bir suç nedeniyle, delil elde etmek veya suç failini yakalamak amacıyla başvurulabilecek bir yöntemdi¹⁰². Kur'an da başkasının evine ancak kapıdan ve izinle girilebileceği emredilmiştir. Bu kurala aykırı davranılması suç olarak kabul edilmiş, bu yöntemle elde edilen delillerin de ceza yargılamasında kullanılmasına izin verilmemiştir¹⁰³.

İslam hukukunda arama bir ceza muhakemesi kurumu olmadığı gibi, yazılı olarak ta düzenlenmiş değildi. Arama kurumunun varlığı ve şekli din bilginlerinin sözleri ve uygulamalarından doğmuştur. Mesala, bir evde şarap olduğu ihbarı varsa bu eve baskın yapıp arama gerçekleştirilebilirdi. Yine din bilginlerine göre, müfsit, yani kargaşa çıkaran, bozguncu kimselerin evlerini basmada sakınca yoktur¹⁰⁴.

Osmanlı İmparatorluğu'nda da usul hukuku alanında tümüyle İslam hukuku hükümlerinin uygulandığı söylenebilir. Osmanlı İmparatorluğu'nun 1879 yılına gelene dek ayrı bir ceza muhakemesi usulü de yoktu. Tanzimata kadar genel ceza yargılaması tek hâkimli şer'îye mahkemelerinde yapılmaktaydı. Mahkemelerin görevleri de hukuk ve ceza olarak ayrılmış değildi. İşte bu sebeplerle Osmanlı İmparatorluğunun kuruluşundan 1879 Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu çıkana dek yukarıda belirtilen aramaya ilişkin kuralların uygulama alanı bulduğu kabul edilebilir¹⁰⁵.

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

102 YENERER, s. 51.

103 KAYMAZ, s. 17.

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

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

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun(CMUK) yürürlük tarihi olan 1929 yılına kadar yürürlükte bulunan Osmanlı Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu, CMUK'un aramaya ilişkin hükümlerine benzetmekle birlikte, arama kararı bakımından hakim güvencesi getirmemesi, sanık-üçüncü kişi ayrımı yapmaması, aramanın şartları ve icrası hakkında getirdiği düzenlemelerin yetersiz kalması ve yakalama araması hakkında hüküm bulunmaması yönünden eksik kalmıştır¹⁰⁶. 76 yıl yürürlükte kalan ve bu süre içerisinde birçok değişiklik geçiren 1412 sayılı CMUK, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

6.MUKAYESELİ HUKUKTA ARAMA

Avrupa ülkelerinin genelinde arama ve el koyma konuları, polis mevzuatında, ceza muhakemesine ilişkin kanunlarda veya yönetmeliklerde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerle kolluk kuvvetlerine; belirli şartlarda hakim kararı ile, bazı durumlarda ise, hakim kararına veya herhangi bir makamdan yazılı emir alınmasına gerek olmaksızın arama yapma yetkisi verilmiştir. Örneğin, Almanya, İngiltere, Fransa ve İtalya'nın aramayla ilgili düzenlemeleri içeren mevzuatı incelendiğinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde herhangi bir karara veya emre gerek olmaksızın kolluk kuvvetlerince arama yapılabildiği görülmektedir. Bu ülkelerde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kolluk görevlileri konutta da izin almadan arama yapabilmektedirler. Ancak bu gibi hallerde, arama işlemi genellikle 48 saat içinde adli makamların onayına sunulmaktadır¹⁰⁷.

Almanya'da Polis Kanununun 9, 17 ve 18 inci maddelerinde polisin resen kişinin üstünü ve eşyasını arama yetkileri düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 19 uncu maddesinde ikametgahta yapılacak aramanın sebepleri belirlenmiş ve evde yapılacak aramanın usulünü belirleyen 20 nci maddesinde ise; "gecikmede tehlike olan hallerin

106 ÖZBEK, Arama, s. 45.

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

dışında, aramaya sadece hakim karar verebilir” denilmek suretiyle, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde polise herhangi bir karara veya emre gerek bulunmaksızın resen arama yetkisi verilmiştir. Kanunun 9 uncu maddesine göre, polis bu maddede belirtilen hallerde kişinin kimliğini tespit etme ve yetki belgelerini inceleme yetkisine sahiptir. Ayrıca, polisin kişinin kimliğinin tespiti için gerekli görülen hallerde yakalama, üstünü ve eşyalarını arama yetkisi bulunmaktadır.¹⁰⁸

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

Bir başka Avrupa ülkesi olan İngiltere de ise farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Çünkü İngiltere’de Türk Hukukunda anlaşıldığı anlamıyla adli arama, önleme araması yoktur. Aramanın konusuna ve amacına göre çeşitli kanuni düzenlemeler vardır.¹⁰⁹.

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

Konut aramaları ise suçüstü hallerinde herhangi bir adli makamın iznine bağlı değildir. Suçüstü halleri dışında ise soruşturma başlamışsa bizzat sorgu hakimi tarafından arama işlemi gerçekleştirilir. Fransa’da sorgu hakimleri soruşturmayı bizzat yürütmektedir. (CMUK md.59)¹¹⁰.

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

109 ERYILMAZ, s. 103.

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

İtalya’da ise, suçu önleme ve suçüstü durumlarında üst ve yer araması için herhangi bir izne gerek olmaksızın kolluk tarafından arama yapılmakta ve aramadan sonra 48 saat içinde adli makamdan gerekli onay alınmaktadır. (CMUK md. 352)¹¹¹.

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

7. ARAMA ÇEŞİTLERİ

Devlete tanınan “arama” yetkisi iki türdür. Bunlardan ilki “milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi” amacıyla gerçekleştirilen “önleme araması”, ikincisi ise “suçun işlenmesinden sonra suç ve suçlunun ortaya çıkarılması” amacıyla gerçekleştirilen “adli aramadır”¹¹².

Her iki arama türünün anayasal dayanağı, 1982 Anayasasının 20 ve 21. maddeleridir¹¹³.

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

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

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

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

7.1. Önleme Araması

Önleme araması; somut ve muhtemel tehlikenin yok edilmesi amacıyla, kişilerin üstünde, eşyasında ve araçlarında, silah, patlayıcı madde gibi suç unsurları ile bizzat suç unsuru oluşturmamakla birlikte duruma göre suç işlemekte kullanılabilecek (pet şişe, bozuk para, çakmak gibi) eşyanın bulunması için gerçekleştirilen araştırma faaliyeti olup, aynı zamanda toplum için tehlike oluşturabilecek kişilere ulaşmak amacı ile de başvurulan bir tehlike tedbiridir¹¹⁴.

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

Önleme Aramasının hangi hallerde ve nerelerde yapılabileceği 2002 tarihli 4471 sayılı kanunla değişik 2559 sayılı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanununun(PVSK) 9. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre polis, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla usulüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle aşağıda gösterilen yerlerde önleme araması yapabilecektir.

Bu yerler: 1)2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yer veya yakın çevresi, 2) Özel hukuk

114 ERYILMAZ, s. 161.

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

PVSK'nın 9/2. maddesinde; suçun önlenmesi amacıyla "kişilerin üstleri, araçları, özel kağıtları ve eşyanın" aranabileceği sınırlı olarak sıralanmış, önleme amacıyla konutta arama yapılmasına imkan tanımamıştır. AÖAY'nin 19. maddesinin son fıkrasında; konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. R¹¹⁵.

PVSK'nın 20. maddesinde ise, konutta önleme araması yapılamayacağına dair bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, toplum için veya kişiler bakımından mevcut bulunan hayati bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine kolluk görevlileri eve girebilir. Bu tür bir önleme araması işlemini yapmak bakımından, her kolluk görevlisi özel bir emir almaya muhtaç olmaksızın, görevi gereği yetkilidir. Kolluk toplumu tehlikeden korumakla görevlidir. İmdat istenmesi veya yangın gibi büyük bir tehlikenin haber verilmesi veya görülmesi hallerinde kişileri tehlikeden kurtarmak için konuta, işyerine ve eklentilerine doğrudan

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

girebilir. Ev sahibinin rızası olmaksızın, kolluğun bir ikametgâha girebilmesi ve önleme araması yapılabilmesi için, mevcut ve önemli bir tehlikeyi önlemek amacıyla hareket etmelidir. Yardım istenmesi halinde de aynı durum söz konusudur¹¹⁶.

Önleme aramasında (adli arama tedbirinde olduğu gibi) kural, hâkim kararıyla arama işleminin yapılmasıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise o yerin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle arama yapılabilir. Ir¹¹⁷.

Önleme aramasında, CMK'nın aksine (CMK m. 119), kolluk amirinin arama emri verme yetkisi bulunmamaktadır. Kolluk amirinin önleme araması emri veremeyeceğine dair kural, eski yönetmeliğin 14/2. maddesinde açıkça zikrediliyordu. Yeni yönetmeliğin 20. maddesinde bu husus açıkça zikredilmemiş ise de, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (hâkim kararı alınamaması durumunda), önleme aramasının o yerin mülki amiri veya 4926 sayılı kanun kapsamında kaçakçılığın önlenmesi için yapılacak önleme aramalarında istisnai olarak (kendisinden talepte bulunulması halinde) Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Kolluk amirine, bu yönetmelikte de önleme araması emri verme yetkisi tanınmamıştır. Cumhuriyet savcısına tanınan bu istisnai yetki ise 4926 sayılı Kaçakçılık Kanununun 17/3. maddesinden kaynaklanmakta olup, bu istisna dışında önleme araması hususunda Cumhuriyet savcısının yetkili olduğu bir başka durum söz konusu değildir¹¹⁸.

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

116 CİHAN- YENİSEY, s. 270.

117 CENTEL- ZAFER, 2005, 298.

118 ATASOY, s. 68.

kararını hâkimden istemelidir¹¹⁹.

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

- Kamu hizmetine ayrılmış binalara girerken yapılan üst ve eşyada arama,
 - Sivil hava meydanlarına girişte yapılan kontrol ve aramalar,
 - Olağanüstü halde yapılan aramalarda,
 - Sıkıyönetim zamanında yapılan aramalarda,
 - Yakalandıktan sonra muhafaza altına alınan kişilerin üst ve eşyasının aranması,
 - Seçimlerde silah taşınmasını önlemek amacı ile yapılan aramalara,
- hakimden karar alınması gerekmez.

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

Genel olarak konuyu toparlayacak olursak; suç öncesi idari alanda kalan önleme aramalarında Cumhuriyet savcısı yetkili değildir. Bu nedenle kolluk, tehlike sebeplerini belirleyen bir raporla mülki amire başvurur. Gecikmede sakınca varsa mülki amir kendisi yazılı emir verir veya istemi reddeder veya sulh ceza hakimine başvurur. Gecikmesinde sakınca olmayan hallerde ise hakim kararı gerekir. Önleme araması kamuya açık olmayan özel iş yerlerinde, konutta, yerleşim yerlerinde ve eklentilerinde yapılamaz(AÖAY.19/son). Buralarda arama yapılabilmesi CMK'daki genel arama kurallarına tabidir. Kolluk amirinin ise önleme araması emri vermesi, şaşırtıcı bir şekilde Türk Hukukunda kabul edilmemiştir¹²⁰. Oysa adli aramalarda kolluk amirine yazılı emri ile konut dışında arama kararı verme yetkisi 5271 sayılı CMK'da 25.5.2005 değişikliği ile verilmiştir(CMK 119/1).

119KUNTER-YENİSEY- NUHOĞLU, s. 916.

120 KUNTER- YENİSEY, 2003, s. 387.

7.2. Adli Arama

Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların yerine getirilmesini sağlamak amacıyla geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çarelere “koruma tedbirleri” denilir¹²¹.

Temel hak ve özgürlüklere müdahale sonucu doğuran koruma tedbirlerinden birisi de bir suçun ortaya çıkması üzerine, saklanan şüpheli veya sanığın yakalanması, suçun delillerinin tespiti ve müsadereye tabi eşyaların ele geçirilmesi amacıyla, kişilerin konutlarında, etrafı çevrili sair mahallerinde, üstlerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemini ifade eden “adli arama” tedbiridir¹²².

AÖAY'nin 5. maddesinde “adli arama” tedbiri ayrıntılı olarak tarif edilmiştir. Buna göre “adli arama”; bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemi” olarak tanımlanmıştır.

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

121 ÖZTÜRK-ERDEM, s. 284.

122 TOROSLU, s. 193.

tedbiridir¹²³

Adli arama; yakalama amaçlı adli arama, araştırma amaçlı adli arama ve delil veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla yapılan adli arama olarak sınıflandırılabilir. Şunu da belirtmek gerekir ki, adli arama işlemi bazen bu amaçlardan sadece birine ulaşmak için gerçekleştirilebileceği gibi, uygulamada da çoğu kez bu amaçlardan her üçüne veya bunlardan her ikisine ulaşmak için gerçekleştirilmektedir¹²⁴.

8.ARAMANIN ŞARTLARI

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

8.1.ŞÜPHE BAKIMINDAN ŞARTLAR

8.1.1.Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe

Bir fiilin işlenmiş olduğunu haber alan yetkili makamlarca derhal hazırlık soruşturmasına başlanır. Bu gereği ifade eden ilkeye araştırma mecburiyeti ilkesi denir¹²⁵.Gerçekten Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar(CMK 160). Yine Adli kolluk görevlileri de el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür(CMK 161/2).

123 YENERER, s. 16.

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

125 ÖZTÜRK, Koğuşturma, s. 49.

Yetkili makamlar tarafından hazırlık soruşturmasına başlanma bilinen bir “şüphe”nin varlığını gerektirir. Bu şüphe ise olaylara dayanan basit şüphe dir. Buna başlangıç şüphesi de denebilir.

Ancak bu başlangıç şüphesinin olaylara dayanması yani bir tahminden ibaret olmaması gerekir. CMK soruşturmaya başlanabilmesi için “Cumhuriyet savcısının bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenmesini”(CMK m. 160) yani somut, yaşanmış olayların yetkilileri bir suçun işlediği düşüncesine götürmesini aramıştır. Ancak böyle bir düşüncenin oluşumu sadece belli, somut, yaşanmış olayla mümkün olabilir. Soyut bir düşünce yeterli değildir¹²⁶.

Soruşturmaya başlamanın amacı kamu davasının açılmasına gerek bulunup bulunmadığının tespitidir. Bu tespitin yapılabilmesi için soruşturma aşamasında yetkili olan makamların her türlü işlemi yapabileceği, bu arada koruma tedbirine de başvurabileceği ortadadır. Ancak bir koruma tedbirine başvurabilmek için gereken şüphe, soruşturma aşamasının başlaması için gereken şüphe ile asla aynı olamaz. Diğer bir deyimle, soruşturma aşamasının başlaması için gerekli olan basit şüphe soruşturmanın her safhasında aynı değildir; olmamalıdır da. Çünkü soruşturma ilerledikçe şüphe basitlikten daha kuvvetliye doğru ilerlemektedir. O halde bir arama koruma tedbirine başvurulabilmesi için nasıl bir şüphe gereklidir? Bu soruya cevap verebilmek için basit şüphe dışında, şüphenin diğer derecesi olan ve yeterli ve kuvvetli şüphe olmak üzere ikiye ayrılan yoğun şüphe üzerinde durmak gerekir¹²⁷.

Basit bir şüphe üzerine soruşturmaya başlanması, o kişinin mahkum olacağı sonucunu doğurmaz. Hatta kamu davasının açılacak olması dahi belli değildir. Esasen bu, şüphenin basit olması ile de bağdaşmaz. Şayet basit şüphe soruşturma sonunda, kovuşturma neticesinde sanığın mahkum olacağını gösterecek yeterliliğe erişmişse buna yeterli şüphe denir. Diğer bir deyimle savcı delilleri değerlendirirken yapılacak duruşma sonunda sanığın mahkûm olması ihtimalinin beraat etmesi ihtimaline nazaran

126 ÖZTÜRK, Koğuşturma, s. 54.

127 ÖZBEK, Arama, s. 61.

daha kuvvetli olduğu sonucuna varırsa yeterli şüphe var demektir¹²⁸. Bu durumda artık kamu davası açılmalıdır. Bu, kamu davasını açma mecburiyetinin bir sonucudur. CMK bunu “Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler” biçiminde ifade etmiştir (CMK m.170/2).

CMK Tutuklama (CMK100)Yakalama(CMK90)ve Zorla getirme gibi bazı koruma tedbirleri bakımından kuvvetli şüphe aramaktadır.

İşte sayılan bu koruma tedbirleri bakımından sanığın ilerde mahkûm olması kuvvetli bir ihtimal olarak görölüyorsa ancak bu şartla anılan koruma tedbirlerine başvurulmasını sağlayan şüpheye kuvvetli şüphe denir¹²⁹. Yasanın bu konuda kuvvetli şüphe araması bu koruma tedbirlerinin kişi özgürlüğünü kaldıran tedbirler olmasıdır. Gerçekten hakkında kamu davası açılması sanığın özgürlüğünü elinden almaz. Bu açıdan yasa kamu davasının açılması bakımından yeterli şüphe ile yetinmiştir.

8.1.2. Arama Koruma Tedbiri Açısından şüphe

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “aramayı” düzenleyen 116. maddesinde arama yapabilmek için gerekli olan şüphenin derecesi belirtilmiştir. 116. maddeye göre; “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir”. Böylece, 1412 sayılı CMUK(m.94)’deki “umulan haller” kavramı yerine, yeni kanunda, daha çok şüphenin yoğunluğunu içeren “makul şüphe” ibaresi konulmuştur. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliđinin¹³⁰ 6. maddesinde, “Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe” şeklinde tanımlanmıştır.

Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla

128 ÖZTÜRK, Koğuşturma, s. 144.

129 ÖZTÜRK, Koğuşturma, s. 144.

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

birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar ve şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır(AÖAY. m. 6).

İhbar makul bir şüphe dir; Ancak tek başına soyut ihbar yeterli değildir.(bekle) İhbarda bulunan kişinin güvenilir ve verdiği bilgilerin detaylı olması durumunda ihbar makul bir şüphe oluşturur. Kişiy e güvenilemiyorsa veya ihbarı destekleyen somut olgular detaylı bilgiler bulunmasa da kolluğun evvelki bilgi dağırcığı ihbarı teyit ediyorsa, ihbar makul bir şüphe oluşturur¹³¹.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1983 yılında verdiği Gates kararı¹³² ile yeni bir bakış açısı getirmiştir. Mesela, güvenilir bir muhbir, belli bir evde uyuşturucu bulunduğunu ihbar etmiş ise, sadece onun daha evvelce bu tür bilgiler vermiş olması veya ihbarda bulunmasının kendi cezai menfaatine uygun olması gibi gerekçeler onun güvenilir biri olduğunu göstermeye yetmez. Bu nedenle ihbarda bulunanın evde uyuşturucu olduğunu bizzat görmüş olması, ihbarda bulunduğu kişinin şüpheli hareketlerini bizzat işlemiş olması gibi, fiili bir takım emarelerin de ihbarda yer alması aranmalıdır. Ancak bu gibi bilgilerle desteklendiği takdirde, muhbirin yaptığı ihbar makul şüphe sebebi olarak değerlendirilebilir.

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

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

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

özgürlüğüne müdahale edilmesi kabul edilmemiştir¹³³. Örneğin, aranan kişinin otomobilinin, suçla ilgisi olmayan kişinin garajında görülmesi, çamaşırlarının tatilde olan bir kişiye ait evin balkonunda asılı olması veya yaralanmış olan şüpheliye ait kan lekelerinin bir binanın girişinde görülmesi, yâda bu evin bodrumundan ceset kokusu gelmesi veya cinayet suçunda kullanılan tabancanın bu evin bahçesine gömüldüğüne dair telefon ihbarı alınması gibi. Kısacası, kanun koyucu bu durumda, şüphenin daha yoğun ve kuvvetli olmasını, ortada “delil olabilecek olguların” bulunmasını aramıştır. Basit bir tahmin yâda “umulma” burada yeterli olmayacaktır¹³⁴.

Ancak bu sınırlamanın, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmadığı da ifade edilmiştir(CMK m. 117/3). Böylece, örneğin, meşhut suçun söz konusu olduğu sıcak takipte, şüphelinin üçüncü bir kişinin konutuna girmesi ve/veya suç aletini veya diğer bir delili üçüncü kişinin konutuna atması halinde buralarda da arama yapılması mümkün olabilecektir¹³⁵. CMK bu hallerde makul şüphenin yanında “aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunu gösteren olayların varlığını” aramamıştır.

8.2. ARAMA KARARI VE ARAMA EMRİ BAKIMINDAN ŞARTLAR

8.2.1. 1982 Anayasası ve 5271 Sayılı CMK'daki Düzenlemeler

8.2.1.1.Hâkim Kararı

Arama, insan haklarının en önemlilerinden birisini oluşturan özel hayatın dokunulmazlığına ve konut dokunulmazlığına etkisi nedeniyle etkisi nedeniyle, Anayasamızda (AY. 20 ve 21. maddeleri) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde(m. 6) düzenleme konusu olmuştur. Düzenleme kanuna bırakılmış, arama için hakim kararının olması kural olarak kabul edilmiş,gecikmesinde sakınca olan hallerde ise istisnai olarak yetkili merciin yazılı emirleri kabul edilmiştir.

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

134 SOKULLU-AKINCI, s. 144

135 ÖZTÜRK- ERDEM- ÖZBEK, s. 639.

1982 Anayasasının 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanunun 5. maddesi ile değişik “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesine göre, “ Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

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

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

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

5271 sayılı CMK'nın 25.05.2005 tarihli 5353 sayılı kanunla değişik "Arama kararı" başlıklı 119. maddesine göre; "Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir".

Buna göre, adli aramaya karar verme yetkisi kural olarak hâkime aittir¹³⁶. Arama işlemine hâkimin karar vermesi kuralının amacı, arama işleminin temel hak ve özgürlüklere bir müdahale oluşturmasıdır¹³⁷. Bu konuda karar verme yetkisi soruşturma aşamasında aramanın yapılacağı yerdeki "sulh ceza hâkimi"ne (CMK m. 162), kovuşturma aşamasında ise davanın görüldüğü mahkemeye aittir (CMK m.192)¹³⁸.

Suç ilk olarak kolluğa bildirilmiş ise, kolluk, arama kararı alınması için, makul şüphe sebeplerini ve aranan eşyanın niteliğini içeren ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet savcısına başvurur. Cumhuriyet savcısı da kolluğun talebini yerinde görürse, arama kararı için hâkime başvuracaktır¹³⁹.

Hâkimin, savcının arama talebini ret etmesi halinde, savcı herhangi bir düşünce ile kendisi arama yapamayacağı gibi, arama emrini vererek arama yaptıramaz. Ancak, redde uğrayan arama kararı talebinden sonra yeni vakıa ve emarelerin elde

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

137 ŞAFAK- BIÇAK, s. 164.

138 YAŞAR, s. 325.

139 ERYILMAZ, s.151.

edilmesi halinde, bu vakıa ve emarelere dayanarak tekrar hâkimden arama kararı isteyebilir¹⁴⁰.

Arama kararı dosya üzerinden verilir. Hâkimin verdiği bu karara da itiraz edilebilir. Ancak itirazın yapılması, kural olarak aramayı durdurmaz. Buna karşılık, aramaya mahkeme tarafından karar verilmişse, bu takdirde mahkeme kararlarına itiraz yolu kapalı olduğundan, ancak son kararlar birlikte temyiz yoluna başvurulabilir. Keza, arama kararına karşı kanun yararına bozma yoluna da gidilebilir¹⁴¹.

Nihayet aramaya hâkim tarafından karar verilebilmesi için aramanın CMK m.116 ve devamında düzenlenen şartlara uygun olması gerekir. Gerçekten arama yapılabilmesi için gerekli koşulların bulunmaması halinde hâkim arama kararı verememelidir; verirse bu yasaya aykırı olur. Örneğin, henüz arama için yeterli suç şüphesinin oluşmamış olması gibi¹⁴².

8.2.1.2.Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri

Arama işlemi için hâkim kararı olması, bazı haller hariç olmak üzere¹⁴³ mutlak bir zorunluluk değildir. Hâkim kararı olmaksızın da arama işlemi yapılması mümkündür. 5271 sayılı CMK'nın 119. maddesine göre, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler¹⁴⁴. Yukarıda açıklandığı üzere Anayasanın 20. ve 21. maddeleri de bunu desteklemektedir.

Adli aramalar bakımından “gecikmesinde sakınca bulunan hal”; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya

140 ERYILMAZ, s.151.

141 ÖZBEK, Arama, s.163

142 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 421.

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

144 ŞAFAK- BIÇAK, s.164.

şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade eder (AÖAY. m.4)¹⁴⁵. Diğer bir deyişle “kolluğun ya da savcının hâkimden karar almasının beklenemeyeceği” bir durum olmalıdır. Aramanın amaçları bakımından bir zarar doğması beklenmiyorsa, yani delillerin karartılması veya şüpheli veya sanığın kaçma tehlikesi bulunmuyorsa gecikmede tehlike de yok demektir. Ancak, böyle bir zarar mümkün ve muhtemel ise gecikmede tehlike vardır. Bu anlamda gecikmede sakıncanın bulunup bulunmadığı hususunda ikincillik ilkesinden de yararlanılabilir. Devletin suçla mücadelesi bakımından savcıya böyle bir yetki verilmek gerekir. Bu bakımdan gecikmede sakınca olan hallerde savcının arama emri vermesi hususundaki bu hüküm kamu düzenine dayanmaktadır. Bununla birlikte, genellikle arama yapacak olan polis aramayı bir hâkim kararına dayandırabildiği oranda insan haklarına daha saygılı olacağı gibi keyfilikten de uzaklaşmış olacaktır¹⁴⁶.

Cumhuriyet savcısı, adlî kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir(CMK m.161/3). Bu kural gereğince bazı yazarlar, “Cumhuriyet savcısı tarafından e-mail ve cep telefonu mesajı gibi şekillerle verilen emirler, arama sona erinceye kadar yazılı hale dönüştürülmelidir”, görüşündedirler¹⁴⁷.

Kanaatimizce, Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile buna paralel olarak 2559 sayılı PYSK'nın 9. ve 5271 sayılı CMK'nın 119. maddesinde yapılan değişiklikler ve her defasında yetkili merciin yazılı

145Gecikmesinde sakınca bulunan hal tabiri , CMK'da tanımlanmamıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4.maddesinde bu deyim, adli ve önleme aramaları için ayrı ayrı açıklanmıştır. Buna göre, **adli aramalarda gecikmesinde sakınca bulunan hal**, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması ihtimalini ifade etmektedir. **Önleme aramaları bakımından**; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade etmektedir.

146 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 425.

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

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

emrinin vurgulanması karşısında, hakim kararı gibi, yetkili merciin yani Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin emrinin de mutlaka yazılı olması gerekir¹⁴⁸.

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

Ancak, suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilmektedir (CMK m. 163). Bu halde, kolluk amir veya memurları re'sen sulh ceza hâkimine başvurarak, arama kararı talep edebilirler¹⁴⁹.

8.2.1.3.Kolluk Amirinin Yazılı Emri

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabileceği, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda aramanın, ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği CMK'nın 119/1. maddesinde belirtilmiştir¹⁵⁰. Ayrıca kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir(CMK m.119/1).

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

149 ATASOY, s. 84.

150 GÜLŞEN, a.g.m.

Kolluk amirinin verdiği yazılı arama emri üzerine yapılan aramalarının, sadece bazı kişilerin yakalanması ya da delillerin elde edilmesi haline münhasır değil, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, arama sonucunda hiçbir şey elde edilmese dahi tüm arama sonuçlarının Cumhuriyet savcılığına bildirilmesi hükme bağlanmıştır. Bu sayede keyfiliğin önlenmesi sağlanacaktır.¹⁵¹

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

Kolluk âmirlerince konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama kararı verilemez. Sayılan bu yerlerde arama ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle yapılabilir. Ancak 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçlar bakımından, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz(AÖAY m.7/4)

Adli ve önleme aramaları yönetmeliğinin (7/4)hükmü 4929 sayılı kanun mülga olduğundan ve 5607 sayılı kanunda atıf bulunduğundan 5607 sayılı kanun içinde geçerlidir.

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

151ÇOLAK, Haluk –TAŞKIN, Mustafa, **Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005, s.381-382.

Ancak ani gelişen olaylarda kolluk memurunun “kendiliğinden arama” yapma yetkisi CMK da düzenlenmemiştir. Eğer ani gelişen olay “suçüstü¹⁵²” hali ise, kolluğun buna müdahale etmesi ve arama dâhil bütün araştırma işlemlerini yapmasının mümkün olduğunu, “hukuk mantığı” bize doğru olarak söylemektedir, (AÖAY/8-d)¹⁵³.

Yetkili amirden “yazılı emir” almaya vakit olmayan durumlarda, suçüstü hali varsa veya AÖAY’nin 8. maddesindeki koşullar oluşmuşsa, memur kendiliğinden arama yapabilir. Bu tür aramaların elkoyma yapılsın veya yapılmamasın 24 saat içinde hâkim onayına sunulması, anayasal emirdir (AY: m. 20)¹⁵⁴.

Ancak dikkat edilmesi gereken husus, kolluğun burada sadece şüpheliyi arama yetkisinin olduğudur. Çünkü Yönetmeliğin 8/1-d maddesinde “.....veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda” karar veya yazılı emir gerekmeyeceği belirtilmiştir. Yönetmeliğin bu maddesi gereğince bu gibi hallerde kolluk eşya (suç delili) araması yapamayacaktır.

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

152 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (m.2/j), **suçüstü halinin, 1.** İşlenmekte olan suç, **2.**

Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk veya suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç **3.** Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç, ifade ettiği açıklanmıştır.

153 KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, s.949.

154 KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s.949.

diye görüş belirten yazarlar vardır¹⁵⁵.

Ancak kanun koyucu elkoymayı düzenleyen CMK'nın 127.maddesinin 3. fıkrasında(25.5.2005/5353 nolu kanunla değişik) hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin 24 saat içinde hakim onayına sunulacağı belirtmiştir. Kanunun bu açık düzenlemesi karşısında kanaatimizce, eğer kanun koyucu isteseydi, arama işlemi içinde böyle bir değişiklik yapabilirdi. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde de bu konuda(m. 7/5) bir düzenleme yapılmadığından dolayı, Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin yazılı emri üzerine yapılan aramaların hakim onayına sunulmasına ihtiyaç yoktur¹⁵⁶.

8.3.Arama Kararı ve Arama Emrinin Kapsamı

Arama karar veya emrinde; 1) aramanın nedenini oluşturan fiil, 2)aranılacak kişi, 3) aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi yâda eşya, 4) karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilmelidir (CMK'nın 119/2.)¹⁵⁷. Arama kararında, elkoymak üzere aranan eşyanın ne olduğu da açıkça belirtilmelidir(CMK 119/2-b). Bu yüzden genel nitelikteki arama kararları geçerli değildir¹⁵⁸.

Yönetmeliğin 7. maddesinde kanunda sayılanlara ek olarak “Aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağı”nın da belirtileceği düzenlenmiştir¹⁵⁹. Yönetmelikteki bu düzenleme CMK'nın 119. maddesinde 25.5.2005 tarihinde 5353 sayılı kanunla yapılan değişikliğe binaen yapılmıştır.

5271 sayılı CMK'nın 119/3. maddesinde 5353 sayılı yasayla yapılan değişiklikle “arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda 127.

155 KUNTER- YENİSEY, 2003, s.397.

156 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 428.

157 ŞAHİN, s. 337.

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

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

maddenin birinci fıkrası uygulanır” cümlesi metinden çıkarılmıştır. Bu değişlikle, arama sonucunda gerçekleştirilecek elkoyma işlemine işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır. Böylece, arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda, bunun için ayrıca bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek kalmayacak, arama karar veya emrinde, elkoyma yetkisi de verilebilecektir¹⁶⁰.

8.4. Diğer Kanunlardaki Düzenlemeler

8.4.1. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

“Arama” tedbirinin en önemli uygulamacılarından olan polisin görev, yetki ve sorumluluklarını, çalışma esaslarını düzenleyen temel kanun, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunudur (PVSK). Diğer kolluk teşkilatlarının da önleyici ve adli görevlerinde bu kanuna atıflar yapılmaktadır¹⁶¹.

Polis öncelikle düzeni sağlamak ve korumakla görevli olup, bu düzen bozulduğunda onu geri getirmekte polisin en önemli görevidir. Bu nedenle, polisin fonksiyonları genel olarak, “önleme” ve “düzeltme” faaliyetleri olarak iki başlık altında toplanabilir¹⁶².

Suç olgusu karşısında bu fonksiyonlar, suçun önlenmesini amaçlayan “önleyici kolluk” faaliyetleri ve işlenmiş olan suçun ortaya çıkarılması ile suçun yarattığı bozukluğun giderilmesini amaçlayan “adli kolluk” faaliyetleri şeklinde sınıflandırılabilir¹⁶³.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2001 yılında 4709 sayılı yasayla Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde “arama” ile ilgili yapılan değişikliklere

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

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

162 SOKULLU-AKINCI, s. 97

163 SOKULLU-AKINCI, s. 95- 101.

paralel olarak gözden geçirilmiş, 03.08.2002 tarihli 4771 sayılı kanunla bu kanunun 9. maddesinde (ve yakalama konusuyla ilgili 13. maddesinde) değişiklik yapılmıştır. 2002 yılında yapılan değişiklikten önce maddenin ikinci fıkrasında polisin, kamu düzenini, anayasal hak ve özgürlükleri korumak bakımından zorunlu ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, il sınırları içinde valinin, ilçe sınırları içinde kaymakamın, somut olay ve gereksinimler için her seferinde vereceği emirle önleme amaçlı arama yapabileceği belirtiliyordu. Vali ve kaymakamın arama emirlerinin yazılı olacağı ancak, ivedi durumlarda sözlü olarak verilen emirlerin en kısa zamanda yazılı hale dönüştürüleceği belirtiliyordu¹⁶⁴.

Değişiklikten önce PYSK'nın 9.maddesinde sadece "önleme araması"na yer verilmişti. Bunun sebebi, o dönemde yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'un 156. maddesinde yer alan "kolluk amir ve memurlarının suçlu araştırmak ve gerekli önlemleri almak" mecburiyetinde olduklarına dair hüküm ile yine CMUK'un 95/2-3, 96/2 ve 97. maddeleri gereğince "adli arama" konusunda kolluğa verilmiş görevlerin ayrıntılı olarak açıklanmış olmasıydı¹⁶⁵.

03.08.2002 tarihinde 4771 sayılı kanunun 10. maddesiyle yapılan değişiklikten sonra 2559 sayılı PYSK'nın 9. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirildi: "Polis, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle; 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde, Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde, halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde, öğretim ve eğitim özgürlüğünün sağlanması için her derecede

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

165 ATASOY, s. 43.

öğretim ve eğitim kurumlarının ve 20 inci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerlerinde, umumi veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde, yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında, her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında.

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

Ceza Muhakemesi (Usulü) Kanunu ile diğer kanunlara göre suç iz, eser, emare veya delillerinin tespiti veya faillerinin yakalanması amacıyla polis tarafından yapılacak aramalar için de usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, diğer kanunlarda yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmalıdır.

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

Bu düzenlemeyle, 2001 yılında 4709 sayılı kanunla Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde yapılan değişiklikle getirilen ilkelere paralellik sağlanması hedeflenmiştir¹⁶⁶.

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

166 ATASOY, s. 44.

Yönetmeliği” (AÖAY) ile “yazılılık kuralı” pratikte uygulanmıştır¹⁶⁷.

Dokuzuncu maddenin birinci fıkrasında tanımlanan önleme amaçlı arama (değişiklikten önce olduğu gibi), konut ve diğer kapalı alanlar dışında kalan, “kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyasının” aranması işlemlerini kapsamakta olup, kolluğun “önleme amaçlı” olarak konutlara, işyerlerine, üniversite binalarına ve bunların eklentilerine girebilmesinin istisnai şartları kanununun 20. maddesinde gösterilmiştir¹⁶⁸.

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

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

Üniversite binaları veya ekleri içinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması ihtimali karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin zabıttan yardım talep etmeleri halinde, Herhangi bir davet veya izne bağlı olmaksızın suç ve suçluların kovuşturulması için her zaman, fıkranın (A) bendinde gösterilen hallerde talep derhal yerine getirilir, İlgili kurumlar kovuşturma dolayısıyla zabıta kuvvetlerine gereken her türlü yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdürler” hükmü yer almaktadır.

PVSK’ da hâkim kararı ve yetkili merciin yazılı emri olmaksızın arama yapılabileceği tek istisnai durum, yukarıda açıklandığı üzere 20. maddenin birinci fıkrasında belirtilen “imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine

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

168 CİHAN- YENİSEY, s. 267.

veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebileceğine” dair haldir. Kanuna göre bu halde herhangi bir izin gerekmeksizin kolluk görevlileri tehlikenin önlenmesi için belirtilen kapalı yerlere girerek, gerekli araştırmayı yapmak ve gereken önlemleri almak zorundadırlar. Kolluk memuru, içeri girdikten sonra suç işleyenleri yakalamak üzerlerini, özel kâğıtlarını ve eşyalarını aramak, suçun delillerini ele geçirip muhafaza etmek ve gereken diğer tüm tedbirleri yerine getirmek durumundadır¹⁶⁹.

8.4.2. 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu

Kanunda arama konusunda açık bir hüküm yok ise de bu kanuna dayanılarak çıkarılan Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmeliğin¹⁷⁰ 31 vd. ile 113 vd. Maddelerinde jandarmaya arama yapma yetkisi verilmiştir. Ancak, Yönetmeliğin 31. vd. Maddelerinin önleyici nitelikte arama tedbirini düzenlediği görülür. “Jandarmanın Adli Göreve İlişkin Arama Yetkisi” başlığını taşıyan 113.m.si aynı zamanda aramanın tanımını da vererek ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir(JTG YY. m. 113/1)¹⁷¹.

169 KUNTER- YENİSEY, 2003, s. 670.

170 RG.17.12.1983 – 18254.

171 **Madde 113** – “Jandarmanın, adli göreve ilişkin olarak, kanun ve nizamlar çerçevesinde yapacağı aramalar; şüphelinin, sanığın ve delil olabilecek ya da zoralmı konusu eşyaların elde edilmesi için yürütülen araştırma faaliyetleridir. Bu amaçla; bir suç işlemek, suç ortağı ya da yataklık etmek, şüphesi altında bulunan kimselerin üzerlerinde, konut ve işyerleriyle bu niteliği taşımayan diğer kapalı yerlerinde arama yapılabilir. Ayrıca yukarıda belirtilen kimseler dışındakilerin üzerleri, konut ve işyerleriyle, bu niteliği taşımayan diğer kapalı yerlerinde de arama yapılabilir. Ancak bu durumda arama yapılabilmesi; aranmakta olan şüpheli ya da sanığın, suçla ilgili iz ve delillerin, belirtilen yerlerde ya da kimselerde bulunduğu kuşkusunu uyandıran ve başka türlü düşünme olanağı bırakmayan olayların varlığına bağlıdır. Sanıkların içinde tutulduğu ya da kovalanırken girdiği yerler ile genel güvenlik gözetimi altında bulunan bir kimsenin oturduğu yerlerin aranması durumunda böyle bir sınırlandırma söz konusu değildir. Arama gündüz ve hakim kararıyla yapılır. Ancak aşağıdaki durum ve yerlerde hakim kararına gerek olmadan ve gece de arama yapılabilir:

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

Gece vakti, güneşin batışından bir saat sonra başlayan ve güneşin doğuşundan bir saat önceye kadar

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

8.4.3. 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2301 sayılı Kanunla 19.9.1980'de değiştirilen 3.maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi Sıkıyönetim Komutanının "Konutları ve her türlü dernek, siyasi parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binalar, işyerleri ile özel ve tüzel kişilikleri haiz (özerk müesseseler dahil) müesseseler ve bunlara ait müştemilat ve her türlü kapalı ve açık yerleri ... ve kişilerin üzerlerini herhangi bir müracaat, talep ve karara lüzum olmaksızın aramak..." yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Görüldüğü üzere yasa, getirdiği bu düzenleme ile Sıkıyönetim komutanını son derece geniş bir yetki ile donatmıştır¹⁷².

8.4.4.2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu da "Tedbirler" başlığını taşıyan 11. maddesinin c bendinde "kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aramak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına elkoymak" tedbirinden söz etmektedir Aynı yasanın "Olağanüstü Halin Uygulanması" başlığını taşıyan 14 maddesi ise, olağanüstü halin uygulanmasında görev ve yetkinin il valisine veya bölge valisine ait olduğunu ve gerekli işlemlerin onlarca yürütüleceğini söylemektedir. O halde, yasanın ilgili maddesinde söz edilen arama tedbiri adı geçen valinin emri ile gerçekleştirilecektir¹⁷³.

süren zamandır".

172Sıkıyönetim zamanında ülkenin veya o bölgenin içinde bulunduğu durumun böyle bir düzenlemeyi mazur göstereceği düşünülebilir. Ancak, sıkıyönetim hali de anayasal bir kurum olarak hukuk devleti ilkesine bağlı kalmak durumundadır. Hiç bir talep ve karara gerek olmaksızın Sıkıyönetim Komutanına arama karar vermek yetkisinin tanınması amacı aşan boyutlarda olup, her zaman keyfiliğe yol açabilir. Şayet böyle bir yetki verilmek isteniyorsa bunun sınırları net bir şekilde çizilmelidir.(ÖZBEK, Arama, s. 78)

173 ÖZBEK, Arama, s. 78.

8.4.5 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu

213 sayılı Vergi Usul Kanunu 142-147. maddeleri arasında aramaya ilişkin ve fakat kendine özgü oldukça ayrıntılı hükümler getirmiştir. Buna göre, bir yükümlünün vergi kaçırdığını gösteren deliller bulunması durumunda, bu yükümlü yada onunla iştirak halinde bulunduğu belirlenen diğer kişilerin iş yerlerinde, evlerinde ve üzerlerinde vergi kaybı ve vergi suçuna ilişkin delillerin toplanması amacıyla arama yapılabilir. Aramanın yapılabilmesi için vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların buna lüzum göstermesi ve gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh hakiminden istemde bulunması ve nihayet sulh hakiminin istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi gerekir(VUK m. 142) Vergi Usul Kanunu'nda açıkça yazılı olmayan hallerde CMK'nun aramaya ilişkin hükümleri uygulanır(VUK m.147)¹⁷⁴.

8.4.6. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu

31.03.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 1. maddesinde, kanunun amacı “kaçakçılık fiilleri ve yaptırımları ile kaçakçılığı önleme, izleme, araştırma usûl ve esaslarını belirlemektir.” şeklinde açıklanmıştır.

Kanunun “arama ve elkoyma” başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasında’ Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğundan şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalar, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirilir.’şeklinde hüküm getirilerek mülga olan 4929 sayılı kanundan farklı olarak aramayı genel hükümlere tabi kılmıştır.

9. maddenin 2. fıkrasında, “Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük

174ÖZBEK, Arama, s. 82; KIRBAŞ, Sadık, **Vergi Hukuku**, 5. Baskı, Ankara 1992, s. 137; ŞAFAK-BIÇAK, s. 176.

kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.” şeklinde hüküm getirilerek genel hükümlere istisna getirilmiştir.

9.maddenin 3.fikrasında ise” Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.” şeklinde hüküm getirilerek genel hükümlere yine istisna getirilmiştir.

8.4.7. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun¹⁷⁵ un“arama” başlıklı 36. maddesinde ceza infaz kurumlarında hükümlülerin üst ve eşyalarında nasıl ve ne zaman arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre; “Kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir”.

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

8.4.8. 6831 Sayılı Orman Kanunu 6831 sayılı Orman Kanununun

Bu kanun da “arama” 88. madde de düzenlenmiş ve bu kanundaki aramalar için Ceza Muhakemeleri (Usulü) Kanuna atıf yapmıştır. Buna göre:

¹⁷⁵ 01.06.2005 tarihinde 5275 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle, 647 sayılı İnfaz Kanunu yürürlükten kalkmıştır.

Madde 88- (Değişik madde: 23/01/2008-5728 S.K./197.mad)

Bu Kanunda tanımlanan suçlardan dolayı arama, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre yapılır. Ancak, Ceza Muhakemesi Kanununun 119 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde arama, orman şefinin yazılı emri ile yapılır.

Burada orman işletme şefi Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı zaman kolluk amirinin yazılı emir vermesi gibi orman memurlarına yazılı arama emri verebilecektir; ancak kolluk amirinde olduğu gibi bu durumu gecikmeksizin Cumhuriyet savcısına derhal bildirecektir.

8.4.9. 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun “arama” yı düzenleyen 66. maddesi 1982 Anayasasının 20 ve 21. maddelerinde 2001 yılında yapılan değişikliğe paralel olarak 22.01.2004 tarih ve 5078 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır¹⁷⁶.

5078 sayılı yasa ile 66. madde de yapılan değişiklikten sonra, aramaya ve zapta (elkoymaya) karar verme yetkisinin; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, askeri

176 **Madde 66** – “Aramaya ve zapta karar verme yetkisi; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, askerî mahkemeye aittir.

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

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

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

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

mahkemeye ait olduğu, bu sebeplere bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise askeri savcılar, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askeri kurum amirleri ve bunların verecekleri yazılı emir üzerine diğer askeri makamların arama ve elkoyma işlemi yapabilecekleri hůkım altına alınmıştır. Ayrıca yeni dőzenlemede, arama ve elkoyma işlemlerinin yirmi dőrt saat içinde yetkili askeri mahkemenin onayına sunulacağı, askeri mahkemenin kararını, arama ve elkoyma işleminden itibaren kırk sekiz saat içinde açıklayacağı; aksi halde, elkoymanın kendiliğinden kalkacağı belirtilmektedir.

Bu değişiklik ile arama için yazılılık kuralı ve mahkeme kararı olmadan yapılan aramalarda el konulan şeyler için arama kararının mahkeme onayına sunulması şartı getirilerek, anayasaya uyum sađlanmıřtır¹⁷⁷.

8.4.10. Adli ve nleme Aramaları Yönetmeliği

2001 yılında Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişikliklere paralel olarak birçok kanunda değişiklik yapılmasına rağmen, o tarihlerde yőrrlükte olan 1412 sayılı CMUK'un arama ile ilgili hůkımlerinde bir değişiklik yapılmamış, bu eksikliği gidermek için 24.05.2003 tarihli Adli ve nleme Aramaları yönetmeliği ıkarılmıřtır¹⁷⁸.

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

177 ATASOY, s. 49.

178 RG., S. 25117, T. 24/05/2003.

Danıştay 10. dairesi kararına gerekçe olarak; “Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı” hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen “rıza ile arama müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz hale getireceği” gösterilmişti¹⁷⁹.

Ancak Danıştay 10. Dairesinin yürütmeyi durdurma kararı ile askıda olan “rıza ile arama müessesesi”, 1 Haziran 2005 te yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “mağdurun rızasını¹⁸⁰” düzenlemesiyle ve bunun üzerine çıkartılan ve önceki yönetmeliği mülga eden AÖAY’nde de rıza ile aramaya yer verilmesiyle tekrar uygulanmaya başlandı¹⁸¹.

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

Yönetmeliğin en dikkat çekici maddesi, “Karar alınmadan yapılacak arama” başlıklı 8. maddesidir. Çünkü Danıştay 10. Dairesi, 19.01.2006 tarihinde 8. maddenin (a) bendinin ve (f) bendindeki “ilgilinin rızası” ve 30. maddenin ilk fıkrasının yürütmesini durdurmuşken 2007 yılında ise aşağıdaki şekilde yönetmeliğin ilgili kısmını iptal etmiştir.

a) Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde,

179 EROL, s. 234.

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

181 YENİSEY-KUNTER- NUHOĞLU, s. 944.

(İptal ibare: Danıştay 10.Dairesinin 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı ile:”...yakalanması amacıyla konutunda,işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada,” ibaresi iptal edilmiştir.),

Yönetmeliğin 8. maddesinin (a) fıkrasında yer alan “hakkında tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçağın yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada” hakim kararı alınmasına gerek olmadığına dair hüküm ile bunun uzantısı olan “haklarında gıyabî tutuklama, tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için” konutta yapılacak aramalarda ayrıca arama kararı alınmasına gerek olmadığına dair yönetmeliğin 30. maddesinin ilk fıkrasının da yürütmesi durdurulmuşken danıştayca 2007 yılında 30 .maddenin bu fıkrası iptal edilmiştir

Madde 30 - (İptal fıkra: Danıştay 10.Dairesinin 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı ile:”Haklarında gıyabî tutuklama veya tutuklama kararı ile yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için yapılacak aramalarda, ayrıca arama kararı verilmesi gerekli değildir. Bu gibi hâllerde sadece yakalanacak kişiyle ilişkili işlemler yapılabilir. O yerde bulunan diğer kişiler hakkında, ayrıca karar verilmemişse, arama yapılamaz.” fıkrası iptal edilmiştir.)

Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin özlerini dokunulmaksızın yine Anayasa'da belirtilen özel nedenlerle kısıtlanacağına ilişkin hükme dikkat çekilen kararda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 119. maddesinde , adli aramalar yönünden Anayasa'da sözü edilen “yetkili merci” kavramının içinin doldurulduğu ve ayrıca arama kararı ve yazılı emirde bulunması gereken hususlara ve aramaların yapılma şekline açıklık getirildiği ifade edilmiştir.. Hakim kararı ve yetkili merciin yazılı emri olmadan yapılacak aramanın tek istisnasının kolluk tarafından yakalanan kişinin, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak olan üst aramasının oluşturduğuna işaret edilen

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

Kararın, Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendi ile ilgili kısmında: gerek 1982 Anayasasında gerek CMK’da özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esasının benimsendiği ifade edilmiştir.

Ayrıca Anayasa’nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan ‘özel hayatın gizliliği’ ve ‘konut dokunulmazlığı’ hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen ‘rıza’ müessesesinin bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği açıktır. Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki “ilgilinin rızası”... ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır¹⁸², denilmiştir. Bu konuyla ilgili geniş açıklama ve eleştiri ilerde “arama kararı olmadan yapılan aramalar” başlığı altında yapılacaktır.

182T.C. Danıştay Onuncu Daire, E. 2005/6392, T. 19.01.2006, Yürütmeyi Durdurma Kararı.(Karar, Danıştay 10. Daire Mahkeme kaleminden temin edilmiştir).

8.5. KİŞİ BAKIMINDAN ŞARTLAR

Adli arama, şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilen bir koruma tedbiri olduğu gibi, koşulları oluştuğunda, bu kategoriye girmeyen diğer kişiler hakkında da uygulanabilir(CMK m.116 ve m.117). Bu manada, adli aramaya maruz kalacak kişiler şüphelilerle, bunun dışında kalan herkeştir¹⁸³.

8.5.1. Şüpheli ve Sanık Hakkında Arama

5271 sayılı CMK'nın 2. maddesine göre şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi ifade eder¹⁸⁴. Adli aramaya, soruşturma safhasında şüpheli, kovuşturma safhasında ise sanık hakkında, “yakalama, suç delillerinin tespiti ve müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi” amacıyla başvurulabilecektir. (CMK m. 116)¹⁸⁵.

8.5.2. Diğer Kişiler Hakkında Arama

Şüpheli, sanık veya hükümlünün yakalanabilmesi yâda suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m. 117/1)¹⁸⁶.

Suçla ilgisi olmayan kişiler hakkında arama tedbirine başvurulabilmesi için, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların var olması gereklidir¹⁸⁷.

183 ÖZTÜRK- ERDEM- ÖZBEK, s. 643.

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

185 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 411

186 CENTEL- ZAFER, 2005, s. 293.

187 EROL, s. 238; YAŞAR, s. 505.

Suçla ilgisi olmayan kişi; “suçu işlemeyen, suça iştirak etmeyen, suçun işlenmesine yardım etmemiş olan, suçun işlenmesinden sonra faile yardım etmemiş olan, muhakemeye engel olmamış olan, hükmün infazını akamete uğratmamış olan, suç eşyasını satın almamış olan veya saklamayan” kişidir¹⁸⁸. Bu kritere uymayan kişiye yönelik arama, diğer kişilerle ilgili arama (CMK m.l 17/1) işlemi olmayacak, şüpheliyle ilgili arama (CMK m.l 16) işlemi olacaktır.

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

9.1. Cumhurbaşkanı

1982 Anayasanın 105. maddesi gereğince vatana ihanet suçu dışında, Cumhurbaşkanının görevinden kaynaklanan suçları sebebiyle cezai sorumluluğu yoktur. Bu nedenle, rüşvet, zimmet gibi iddialarla Cumhurbaşkanı hakkında ceza davası açılmaz. Cumhurbaşkanı görevinden kaynaklanan işlerden dolayı sorumsuz olduğuna göre, aranması da mümkün değildir¹⁸⁹.

Anayasada açık bir hüküm bulunmadığı için, Cumhurbaşkanının şahsi suçlarından dolayı cezai sorumluluğu olduğu ileri sürenler olduğu gibi¹⁹⁰, Cumhurbaşkanının sahip olduğu şahsiyetin ulusal önemi nedeniyle, şahsi suçlarından dolayı da ceza soruşturmasına maruz kalması mümkün olmadığını da ileri süren yazarlar vardır¹⁹¹.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin 5237 sayılı TCK'nun 24 ila 34. maddelerinde sayılması, Cumhurbaşkanlığı sıfatının bunlar içinde yer almaması ve Anayasada da bu konuda bir hüküm olmaması karşısında, kanaatimizce Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı cezai sorumluluğu olmalıdır. Ancak

188ERYILMAZ, a.g.e, s. 145

189ÖZBEK, Arama, s. 89.

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

191 ÖZBEK, Arama, s. 88.

Cumhurbaşkanının şahsiyetinin ulusal önemi nedeniyle, görev süresince, aynı milletvekillerinde olduğu gibi (AY. m. 83), yargılanmamalıdır.

9.2. Diplomatik Dokunulmazlığı Olanlar

Diplomatlar hakkında arama işlemi yapılması 1961 tarihli “Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi”nin 29. Maddesi ile engellenmiş bulunmaktadır. Büyükelçi, maslahatgüzar, sefaret müsteşarı, kâtipleri, ataşeleri, bunların yardımcıları, elçilik din görevlisi, doktoru, hukuk müşaviri, mütercimler, evrak memurları ve bunların eşleri ve beraber yaşadıkları çocukları diplomatik dokunulmazlık kapsamında bulunmaktadırlar. Bu kişiler hakkında arama işlemi yapılamaz. Ancak, elçilikte çalışan mürebbiye (eğitmen), hizmetçi, garson, kavas, kapıcı, uşak, bahçıvan şoför, aşçı gibi kişilerin diplomatik dokunulmazlıkları bulunmamaktadır¹⁹².

9.3. Yasama Dokunulmazlığına Sahip Olanlar

Milletvekilleri ve TBMM’ye dışardan atanan bakanlar yasama dokunulmazlığına sahiptir. (AY. m.112/son). Yasama dokunulmazlığı ise mutlak dokunulmazlık (sorumsuzluk) ve muvakkat (nisbi) dokunulmazlık olmak üzere ikiye ayrılır. Burada, yasama dokunulmazlığının ne olduğu üstünde durulacak değildir¹⁹³.

Mutlak dokunulmazlığın konumuzla ilgisi bulunmamaktadır. Bu açıdan burada sadece muvakkat dokunulmazlık konusuna değinilecektir.

Muvakkat dokunulmazlığa ilişkin Anayasanın 83/2.m.sine göre seçimden önce veya sonra işlediği ileri sürülen bir suçtan dolayı meclis kararı olmadan milletvekili; tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Anayasanın saydığı bu işlemlerin sınırlayıcı olduğu kabul edilmelidir. Zira Anayasa diğer tedbirleri de kastetseydi bunu da belirtirdi. O halde, milletvekillerinin aranması mümkün olmak

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

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

gerekir. Öte yandan yasama dokunulmazlığının bir yargılama şartı olduğu göz önünde tutulduğunda burada yapılamayan yargılama olup, bu kişiler hakkında dava açılması mümkündür. O halde hazırlık soruşturmasının gerektirdiği tedbirler ve bu arada anayasada sayılanlar hariç koruma tedbirlerine başvurulabilir¹⁹⁴.

9.4. Avukatlar

Avukatlar hakkında arama işlemi yapılabilmesi, 2001 yılında 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58. Maddesinde yapılan değişiklik ile mümkün olmaktan çıkmıştır. “Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranamaz.” Avukat bürolarında arama 5271 sayılı CMK 130. maddesinde ve AÖAY'nin 13. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir, bu konuya ilerde değinilecektir. Avukatların üzerleri ise ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri haricinde aranamaz.

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

194 ÖZBEK, Arama, s. 88- 89.

aranamayacaktır¹⁹⁵.

9.5. Yargı Mensupları

Hakimler ve Savcılar hakkında adli arama işlemi yapılamayacağı 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 88. maddesinde hükme bağlanmıştır. 2802 sayılı kanunun 88. maddesi gereğince, ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri (5235 sk. m.12)¹⁹⁶ dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemezler. Bu hükümlere aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet savcılığı tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır¹⁹⁷.

Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri hakkında da adli arama işlemi yapılması Yargıtay Kanunu, Danıştay Kanunu ve Anayasa Mahkemesi Kanunu hükümleri ile engellenmiştir. Ancak bu düzenlemeler yüksek yargı başkan ve üyeleri hakkında idari nitelikli önleyici arama işlemi yapılmasına engel oluşturmaz¹⁹⁸.

9.6. Noterler

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

Dikkat edilecek olursa, Avukatlık Kanununda (m. 58) avukatlar hakkında görevleri nedeniyle “soruşturma” yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlandığı

195 ATASOY, s. 127-128.

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

197MALKOÇ- YÜKSEKTEPE, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 305

198 ŞAFAK- BIÇAK, s. 166-167.

halde, noterler hakkında sadece, “kovuşturma” yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlanmıştır. Bu nedenle, soruşturma işlemleri bakımından noterler hakkında bir kısıtlama söz konusu olmadığından, noterler hakkında mesleklerinden kaynaklanan bir soruşturma sırasında genel hükümlere göre arama tedbirine başvurulabilecektir¹⁹⁹.

10. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA ARAMA

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

Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu anlaşılış, Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir²⁰⁰. Bu nedenle şüpheli veya sanık olamazlar. Tüzel kişiler organları vasıtasıyla faaliyette bulduklarından cezai sorumluluk bu organları oluşturan gerçek kişilere aittir(TMK m.50/3). Bu bağlamda tüzel kişiler aranabilir; ancak sanık sıfatıyla aranamazlar. Bu yerlerde yapılacak aramada, aramaya maruz kalan şüpheli veya sanık sıfatına sahip gerçek kişilerdir²⁰¹. Burada üzerinde durulacak olan husus, tüzel kişilere ait bina ve müştemilatında yapılacak olan aramadır. Tüzel kişiler de, mevzuatımızdaki özel düzenlemeler saklı kalmak ve aksine bir hüküm bulunmamak koşuluyla, ancak CMK 116 vd.(CMUK 94) maddeleri çerçevesinde aranabilir²⁰².

199 ATASOY, s. 130.

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

201 ÖZBEK, Arama, s. 94.

202 ÖZBEK, Arama, s. 152.

10.1.Derneklerde Arama

5253 sayılı Dernekler Kanununun²⁰³ 20. maddesine göre; “kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülki idare amirinin yazılı emri bulunmadıkça kolluk kuvvetleri dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz. Mülki idare amirinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. Hâkim kararı, mülki idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur”

AÖAY'nin 22. maddesinde aynı hüküm tekrarlanmıştır. Bu hüküm nedeniyle, derneklere arama yapmak amacıyla girilebilmesi ve buradaki eşyaya konulabilmesi için mutlaka hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki idare amirinin yazılı emrinin bulunması gereklidir. Bu kanunda ayrıca, hâkimin vereceği kararın dernek yöneticilerine, mülki idare amiri tarafından yazılı olarak duyurulması zorunluluğu getirilmiştir²⁰⁴.

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

203 RG. T. 23.11.2004, S. 25649.

204 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 405.

yapılır. Bu denetimler en az yirmi dört saat önce derneklere bildirilir.

Denetim sırasında görevli memurlar tarafından istenecek her türlü bilgi, belge ve kayıtların, dernek yetkilileri tarafından gösterilmesi veya verilmesi, yönetim yerleri, müesseseler ve eklentilerine girme isteğinin yerine getirilmesi zorunludur. Denetim sırasında, suç teşkil eden fiillerin tespit edilmesi halinde, mülki idare amiri durumu derhal Cumhuriyet savcılığına ve derneğe bildirir” hükmü yer almaktadır. Kanunun, “denetim”i düzenleyen bu maddesi gayet açık olarak düzenlenmiş olup, burada dikkat edilmesi gereken, yeni kanunla denetimin kolluk kuvvetleri yerine, kolluk dışındaki diğer sivil memurlar eliyle yapılmasının şart koşulmuş olmasıdır. Yukarıdaki hükümler önleme aramaları ile ilgili düzenlemelerdir. Bu nedenle adli amaçlı aramalarda, CMK’nda ki genel hükümler geçerli olup, “dernekler” konusunda herhangi bir ayrıcalık bulunmamaktadır²⁰⁵.

10.2.Üniversitelerde Arama

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

Üniversite binaları veya ekleri içinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması ihtimali karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin zabıttan yardım talep etmeleri halinde, herhangi bir davet veya izne bağlı olmaksızın suç ve suçluların kovuşturulması için her zaman, Üniversite, bağımsız fakülte veya üniversiteye bağlı kurumların binalarına veya bunların eklerine girebilir.”

Maddenin (a) bendinde, kolluğun önleme tedbirlerine başvurabilmek amacıyla üniversitelere girebilmesi için, rektör veya acele hallerde dekan yâda bağlı kuruluş yetkililerinin davetini şart koşmuştur, (b) bendinde ise, adli aramaların herhangi

205ATASOY, s. 119.

bir davete gerek olmaksızın, CMK’undaki hükümlere göre yapılacağı belirtilmiştir²⁰⁶.

10.3.Diğer Tüzel Kişilere Yönelik Arama

Siyasi partilerin aranıp aranmayacağı konusunda 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yasanın 121. maddesi²⁰⁷, Dernekler Kanununa atıf yaptığına göre, Dernekler Kanununun aramaya ilişkin hükümleri kıyasen uygulanmak gerekir. Siyasi partiler bakımından arama konusunda herhangi bir istisna getirilmemiş olmakla birlikte, siyasi partilerin demokratik hukuk devletindeki işlevleri de göz önünde bulundurulduğunda partilerin aranmasında oranlılık ilkesi özenle uygulanmalıdır. Bu bağlamda, mesela, basit bir suç ve basit bir suç şüphesinin varlığı arama için yeterli olmamalıdır²⁰⁸.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 63. maddesinde²⁰⁹ de, Siyasi Partiler Kanununda olduğu gibi, Dernekler Kanuna atıf yapılmış olup, sendikalarda yapılacak aramalarda derneklerde yapılacak arama hükümlerine tabidir.

2762 sayılı Vakıflar Kanun’unda arama konusunda bir hüküm olmadığı gibi, bir atıf da bulunmamaktadır. O halde vakıfların aranması genel hükümlere göre mümkün olmak gerekir²¹⁰.

11.ZAMAN BAKIMINDAN ŞARTLAR

Her şahıs hakkında yapılan aramada aranan şart, zaman şartıdır. Aranılan yer, mesken, işyeri ve sair kapalı bir mahal ise, yani etrafı çevrilmiş bir yer ise, arama gündüz yapılmalıdır(CMK m. 118/1). Gündüzden maksat, güneş doğmasından bir saat

206YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 22 vd.

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

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

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

210 ÖZBEK, Arama, s. 96.

önceden güneşin batmasından bir saat sonraya kadar olan zamandır (5237 sayılı TCK m. 6/1-e). Aramanın gündüz yapılması, gündüz başlaması demektir. Gündüz başlanan arama, bitmezse, gece de devam edebilir²¹¹. Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde adlî arama gece yapılamaz. Ayrıca bu yerlerde kolluk âmirinin yazılı emriyle de arama yapılamaz. Ancak;

a) Suçüstü hâlinde(CMK m. 2/1-j),

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

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

d)Geceleyin herkesin girip çıkabileceği 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 7 nci maddesinde sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde²¹², gece adlî arama yapılabilir(AÖAY. m. 31).

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

CMK 118/1. maddesinde gece arama yapılamayacak yerler arasında, konut, işyeri ile birlikte “diğer kapalı yerlerden” de söz edilmiş ise de, herkesin girip çıkabildiği umuma açık yerlerde her zaman arama yapılabilir²¹³.

AÖAY'nin 8. maddesinin (d) bendi gereğince, hukuka uygun bir şekilde yakalanan kişinin kaçması veya suçüstü halinde, olayın failinin yakalanması amacıyla, takip edildiği sırada girdiği araç bina ve eklentilerinde yapılacak aramalarda herhangi bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bu hallerde,

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

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

213 MALKOÇ – YÜKSEKTEPE, s. 338.

arama işleminin gündüz veya gece yapılması arasında bir fark yoktur. Aynı şekilde, maddenin (f) bendi gereğince, meşru savunma ve zorunluluk halinde veya hakkın kullanımı nedeniyle yapılacak arama işlemleri yönünden de, herhangi bir karar alınması şart olmadığı gibi, aramanın gece yapılması da mümkündür²¹⁴.

Arama, kararda veya yazılı emirde belirtilen süre içinde gerçekleştirilir ve her arama kararı, aksine bir hüküm içermiyorsa sadece bir kez arama yapma yetkisi verir. (AÖAY m. 31). Özel hayata ve konut dokunulmazlığına müdahale sonucu doğurduğundan, arama makul sürede tamamlanarak, işlem geciktirilmeksizin sona erdirilir. Aramanın geciktirilmeksizin derhal uygulanmasının bir sebebi de, aramanın sonuçsuz kalma ihtimalinin ortaya çıkmasıdır²¹⁵.

12. ARAMA KARARI OLMADAN YAPILAN ARAMALAR

12.1. AÖAY'NİN 8. MADDESİNDE BELİRTİLEN DURUMLAR

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

a) Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde yapılacak aramada, (Yürütmesi durdurulan bölüm: yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında²¹⁶)

b) Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk

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

215 ERYILMAZ, s. 175.

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

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) 5607 sayılı kaçakçılıkla mücadele kanunu(9/2)nda ‘‘Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.’’

f) 5607 sayılı kaçakçılıkla mücadele kanunu(9/3)ndaGümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.

(g) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hali ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması ve (İptal edilen bölüm: ilgilinin rızası ile) diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü halinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için, ayrıca bir karar veya emir almaksızın arama yapılabilecektir.

Yönetmeliğin (a) bendine göre, hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde yapılacak arama için ayrıca bir hâkim veya yetkili

merciin kararı gerekmeyecek, ancak, bu durumda olan kişinin konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında arama yapmak için CMK'nun 119. maddesindeki şartlar gerekecektir.

Danıştay Onuncu Dairesinin verdiği iptal kararı nedeniyle artık, mahkemece çıkarılan zorla getirme, yakalama veya tutuklama kararının aynı zamanda bir "arama kararı" olduğu ileri sürülemeyecek; konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yakalama amaçlı aramalar içinde hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekecektir²¹⁷.

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

8.maddenin (c) bendinde belirtilen gözaltına alınan kişinin üzerinin aranması, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 10. maddesinde²¹⁸ açıklanan "güvenlik araması" olup, bunun için arama karar veya iznine gerek yoktur²¹⁹.

Maddenin (d) bendi gereğince; hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra, kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin yakalanmaları amacıyla, herhangi bir

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

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

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

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

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

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

karar veya emir alınmasına gerek olmadan, bunların buldukları konut veya işyerlerinde yâda takip edildikleri sırada kaçarken girdikleri yerlerde arama yapılabilecektir²²⁰.

CMK'nun 2. maddesinde “suçüstü” üç aşamalı bir tanımla açıklanmıştır. Buna göre suçüstünün; “(1). işlenmekte olan suç, (2). henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, (3). fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç,” tanımladığı belirtilmiştir²²¹.

Suçüstü halinde, herhangi bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek olmadan, kolluk görevlileri arama yapabilirler. Suçüstü halinde, yakalama amaçlı arama (CMK m. 90/4) yapılabileceği²²² açıkça belirtilmesine rağmen, delil elde etmek için eşya araması yapıp yapılamayacağından bahsedilmemiştir. Bu nedenle suçüstü hali bile olsa eşya araması için CMK'nun 119. maddesi uyarınca karar veya yazılı emir almak gerekir.

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

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

Hukuka uygunluk sebepleri arasında gösterilen “hakkın kullanımı” konusu

220 CENTEL- ZAFER, 2005, s. 293.

221 YAŞAR, s. 66.

222 Örnek için bkz. Tez, s. 33-34.

ise Danıştay'ın durdurma kararı kapsamında değildir. Bu nedenle, kişinin sahip olduğu bir hakkı kullanarak, arama yapılmasını sağlaması hali, halen yönetmelik gereğince hukuka uygun bir arama yöntemidir.

12.2.RIZA İLE ARAMA

Rıza ile aramayı, Danıştay'ın iptal kararı nedeniyle detaylı bir şekilde incelemeden geçeceğiz.

Bu yaklaşım, rızanın serbest irade dışında alınabileceği ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Ülkemizde, kolluğun vatandaş karşısında ki üstün konumu ve genel anlamda vatandaşların, devlet karşısında sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri tam olarak idrak edememiş oldukları düşünüldüğünde, bu yaklaşımın yanlış olduğunu ileri sürmek pek de mümkün değildir. Temel sorun, Türkiye'de kolluğun elde edeceği rızanın serbest iradeye dayanmayacağı ön görüşüdür²²³.

Mukayeseli hukukta arama öncesinde, "aratmama hakkı" kendisine bildirilerek ve baskı yapılmadan alınan rızanın, hâkim kararını gereksiz kıldığı konusunda ittifak vardır²²⁴. Özellikle İngiliz Hukukunda ilgilinin rızası alınarak yapılan aramalar çoğunluğu teşkil etmektedir. Ancak, polisin, aramanın sıkı koşullarını bertaraf etmek için çoğunlukla ilgilinin rızasını alarak arama yapma eğilimine gittiği, ilgilinin bunu ret etmesini bir suç şüphesi olarak değerlendirildiği ve bu kişilerin yakalanarak gözaltı birimine götürüldüğü ve orada aranmaya ikna edildiği ileri sürülerek, bu uygulama eleştirilmiştir²²⁵.

Öte yandan, Danıştay'ın kararına rağmen TCK'nun 26/2. maddesinin varlığı

223 ERYILMAZ, s. 190.

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

225 ERYILMAZ, s. 232-233.

karşısında, “ilgilinin rızasıyla arama” yapılmasının hukuka uygun olacağı da öne sürülebilir. Bunun nedeni de, TCK’nın bu maddesinde yer alan “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” hükmüdür. Arama, üstte, eşyada, özel kâğıtlarda, araçta ve konutta yapılan bir işlem olup, kişinin mutlak tasarruf etme hakkına sahip olduğu mülkiyet ve özel hayatın dokunulmazlığı hakkına yönelik bir müdahaledir²²⁶. O halde, kişinin özel hayatına girilmesine rıza göstermesi de sahip olduğu haklardandır. Suç şüphesi altında kalmak istemeyen veya bu konuda kolluğa yardım etmek isteyen kişinin, bu konuda serbest iradesiyle sunacağı rızasını kabul etmemek hukukun genel ilkelerine uygun olmayan bir tutum olacaktır²²⁷.

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

Serbest iradeye dayanan bir rızanın bulunması için, kişinin arama yapılmadan önce aramanın amaç ve kapsamından haberdar olması, aramayı yapacak kolluk görevlileri tarafından doğru bir şekilde bilgilendirilmesi ve kişiye haklarının hatırlatılması gerekir²²⁸.

Verilen rızanın geçerli olup olmadığı bakımından şu noktalar önem kazanır: (1) Şüphelinin eğitim ve zeka durumu; (2) Akıl hastası veya sarhoş olup olmadığı; (3) Rızasını açıkladığı sırada yakalanmış olup olmadığı; (4) Yakalanma esnasında hakkında yasal olarak zor kullanılmış olup olmadığı veya ellerine kelepçe takılıp takılmadığı; (5) Rutin üst araması sırasında üzerinde bulunan anahtarların daha sonra evin aramasında kullanılıp kullanılmadığı; (6) Evinde arama yapılmasına rıza gösterirken tereddüt edip etmediği. Yukarıda sayılan bu hususlar göz önünde bulundurularak verilmiş olan rızanın hukuken muteber olup olmadığı hakim tarafından değerlendirilmelidir²²⁹.

226 ÖZGENÇ, s. 388.

227 ATASOY, s. 95.

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

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

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

12.3.ARAMA SAYILMAYAN HALLER

“Arama”, gizli olanı bulmak için yapılan bir faaliyet olduğu için, kişinin gizli tutmadığı ve kendi hür iradesiyle alenileştirdiği şeyler bu korumadan faydalanamayacaktır²³⁰. Duyu organlarıyla gözlemlenebilen şeyler arama kavramı içinde değerlendirilemez. Kolluk memurunun herhangi başka bir faaliyete gerek duymaksızın, gözüyle gördüğü, koklayarak veya duyarak tespit ettiği şeyler nedeniyle yaptığı ele geçirme faaliyeti, arama işlemi olarak değerlendirilemez²³¹. Örneğin, kolluk memuru devriye görevini ifa ederken, bir otomobilin içinde herkesçe görülebilecek şekilde bir silah veya patlayıcı bir madde gördüğü takdirde, buna el koyacaktır. Ancak, bunun için yapacağı faaliyet bir “arama” faaliyeti değil, sadece “elkoyma” işlemi olacaktır. Bunun gibi, kolluk memuru elinde silahla dolaşan bir şahıs gördüğü takdirde, gerekirse zor kullanarak bu silaha el koyacaktır. Bu polisin yasadan kaynaklanan görevidir (PVSK m.1)²³². Bu işlem de yukarıda verilen örnekte olduğu gibi arama işlemi değil, bir yakalama ve el koyma işlemidir. Bu işlemler yapılırken, duyu organlarına yardımcı olacak, fener veya dürbün gibi aletlerin kullanılması da işlemin niteliğini değiştirmeyecektir.

Doktrinde, bavulda uyuşturucu madde olup olmadığının tespit edilmesi için,

230 ERYILMAZ, s. 32

231 ÖZBEK, Arama, s. 17.

232 SOKULLU-AKINCI, s. 123.

narkotik köpeklerine koklatılmasının da arama işlemi olmadığı ileri sürülmektedir²³³. Aynı görüşe göre, terk edilmiş evlere, apartmanların müşterek kullanılan koridor ve merdivenlerine girmek, terk edilen çöp ve diğer eşyaları kontrol etmek de, teknik olarak arama işlemi olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle, bu tür araştırma, yakalama ve el koyma işlemleri için, hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrinin alınması gerekmemektedir.

13.ARAMANIN YAPILABİLECEĞİ YERLER

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

13.1. KONUTTA ARAMA

1982 Anayasanın 21. maddesine göre; “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça, kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz”²³⁴.

Anayasanın koruması altında bulunan “konut” kavramının, ne Anayasada, ne 5237 sayılı Ceza Kanununda, ne de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda tanımı yapılmamıştır. Mesken teriminden neyin anlaşılması gerektiği konusunda çeşitli görüşler vardır. ÖNDER’e göre, mesken “bir kişinin olabileceği gibi onunla birlikte

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

234 EROL, s. 240.

yaşayan diğer kişilerin de ikametine ayrılmış olan yer”dir²³⁵. DÖNMEZER de mesken teriminin geniş anlaşılması gerektiğini söylemekte ve meskeni “bir kimsenin özel hayatında yaşadığı ve oturduğu her yer” olarak tanımlamaktadır²³⁶. Yazara göre, kişi özgürlüğünün geniş anlamı meskenin de geniş anlamda ele alınmasını sonuçlar. YENİSEY ve KUNTER-YENİSEY’e göre ise mesken, “barınma, yatıp-kalkma ve istirahate ayrılmış yer”dir²³⁷. ARTUK “bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı her nevi yer konuttur” demektedir²³⁸. ÖZTÜRK ise, “bir kişinin fiilen bulunduğu yere mesken(konut)” denir ;ikametgâh ise “bir kişinin sürekli olarak yerleşmek niyetiyle bulunduğu yer”dir, dolayısıyla mesken(konut) en geniş anlamı ifade eder görüşündedir²³⁹.

Bizde konutu(mesken) en geniş anlamı ile kabul ediyoruz. Çünkü, arama koruma tedbirinin konut dokunulmazlığına yapmış olduğu müdahale bunu gerektirmektedir. Zira terim ev olarak kabul edilirse yalnızca bu nitelikteki yerlerle sınırlı kalacak; bunun gibi ikametgâh olarak kabul edilirse, mesela bir otel odasının konut dokunulmazlığından yararlanamaması gibi bir sonuç çıkacaktır²⁴⁰.

Otel odaları, çadır, içinde geçicide olsa barınılan ulaşım araçları, genel binalarda görevlilere özgülenmiş odalar ve bölümler konut niteliğindedir²⁴¹. Kahvehane, lokanta, lokal ve benzeri yerler genelin yararlanmasına ve kullanımına sunulmuş olduklarından konut niteliğine sahip olmadığı halde, bu yerlerin bir bölümü sadece kişinin yerleşmek ve barınmak gibi gereksinimlerine özgülenmiş ise, bu yerlerde konut niteliğindedir²⁴².

5237 sayılı Ceza Kanununda (m. 116), 765 sayılı eski Ceza Kanununda (m.

235 ÖNDER, s. 432.

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

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

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

239 ÖZTÜRK- ERDEM, s. 540.

240 ÖZBEK, Arama, s. 108.

241 ÖZBEK,CMK İzmir Şerhi, s. 413.

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

193,194) olduğu gibi konut dokunulmazlığına karşı işlenen suçlar, “mala karşı işlenen suçlar” bölümünde değil “Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar” bölümünde yer almıştır. Konut dokunulmazlığının “kamu görevinin sağladığı nüfus kötüye kullanmak suretiyle” işlenmesi hali, bu suçun nitelikli hali olarak daha ağır müeyyideye tabi tutulmuştur. (523 7 sy. TCK m. 119/e-765 sy.TCK m. 194)²⁴³.

Konutla birlikte, konutun eklentileri (müştemilat) de aynı korumaya sahiptirler. TCK’nun 116. maddesinde “bir kimsenin konutuna ve/veya konutunun eklentilerine rıza hilafına girilmesi yâda rıza ile girildikten sonra çıkılmaması” suç olarak kabul edilmiştir. Müştemilat, konutun avlusu, bahçesi, garajı, ahır, samanlığı, kömürlüğü gibi konutu tamamlayan ve birleşik olan kısımlardır²⁴⁴.

ARTUK’ a göre bir yerin müştemilat(eklenti) sayılması mutlaka oranın konuta bitişik veya onun yakınında bulunmasına bağlı değildir. Girildiğinde oturanların sükûn ve huzurunun bozulduğu, konuta bitişik olmayan hatta konuttan uzak bir yer de(örneğin, bahçe içinde yazlık istirahat mahalli, çardak vs.) müştemilat sayılabilir²⁴⁵.

Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda, hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile adli amaçlı arama yapılması mümkün olduğu halde, kural olarak konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz (AÖAY m. 19/son).

Konut ve diğer kapalı yerlerde önleme araması yapılabilmesinin tek istisnası, PVSK’nın 20/1. maddesinde açıklanan, kapalı yerlerden imdat çağrısının gelmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük bir tehlikenin ya da ağır cezalı bir suçun işlenmesinin önlemesi halidir²⁴⁶.

243 ATASOY, s. 132.

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

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

246 CİHAN- YENİSEY, s. 267

13.2. İŞYERİ VE DİĞER YERLERDE ARAMA

Anayasamızın özel hayatın gizliliğini ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 20. ve 21. maddelerinde işyerinden bahsedilmemiştir. Ancak 5271 sayılı CMK'nun 119. maddesinde konutla birlikte, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda aramanın, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği belirtilmiş, ayrıca 5237 sayılı TCK'nun Konut Dokunulmazlığını düzenleyen 116/2. maddesinde, “ birinci fıkra kapsamına giren fiillerin açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi suç sayılmıştır²⁴⁷.

Gerek CMK'nunda gerekse TCK'nunda işyerinden bahsetmekle birlikte bu konuda bir tanım vermiş değillerdir. İşyeri, bir kimsenin mutad sanatını icra ettiği yer olarak tanımlanabilir. Buna eklentileri de dahil olmalıdır. Mesela bir otel ve buna bağlı bir yemek salonu veya gazino gibi²⁴⁸.

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

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

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

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

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

yerlerdir²⁴⁹.

Konut ve işyeri dışında kalan, diğer kapalı alanlardan maksat, mesken(konut) veya işyeri kavramı kapsamına girmeyen, özel mülkiyete ait tüm yerlerdir. Bu yerler ancak bir taşınmaz olabilir. Örnek olarak, herkese açık olmayan dernek lokalleri, sadece üyelerinin girebildiği toplanma ve eğlence mekânları ile depo, ardiye, samanlık gibi konut veya işyerine bitişik olan veya olmayan yerleri verebiliriz.. Bu gibi yerler içinde, yukarda açıklanan kısıtlamalar geçerlidir²⁵⁰.

13.3. ÜST ARAMASI VE VÜCUDUN MUAYENESİ

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

Bir kimsenin üzerinin aranması, üstüne giydiği kıyafetlerinin içinde, altında veya vücudunun doğal boşluklarında, delil olabilecek şeylerin, tıbbi yöntemlere başvurmadan, beş duyu organıyla araştırılmasıdır²⁵¹.

Üst araması, kıyafetlerin üzerinde yoklama suretiyle yapılır. Ancak, kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması halinde, üst araması giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir (AÖAY m. 28)²⁵².

Bir kimsenin üstünü aramak onun bedenine müdahale yetkisi vermez²⁵³. Bu nedenle üst araması ile beden muayenesi ve vücuttan tıbbi yöntemlerle örnek alınması farklı işlemlerdir. 5271 sayılı CMK'nun 75. maddesinde, "üst sınırı iki yıldan fazla olan

249 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 413.

250 ÖZBEK, Arama, s. 111-112.

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

252 YURTCAN, s. 263.

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

suçlarda, delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine yâda vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceği” belirtilmiştir²⁵⁴.

Örneğin, şüpheli bir kişinin midesinin, bir şey yutup yutmadığının tespiti için boşaltılması gerekiyorsa bu CMK'nun aramaya ilişkin hükümlerinin dışında kalır²⁵⁵. CMK'nın 75. maddesine göre iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik madde alınması, tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilecektir(CMK 75/3).

Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır(CMK 75/4). İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir²⁵⁶.

CMK'nun 76. maddesine gereğince, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için karar alınmasına gerek yoktur²⁵⁷.

O halde, cinsel saldırıya uğramış olan mağdurun vücudunda sperm artıkları elde edilebilmesi için, mağdurun rızasının alınması, mağdur rıza göstermiyor ise, hâkimden karar alınması veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet

254 ÖZTÜRK- ERDEM, s. 539.

255 ÖZBEK, Arama, s. 117.

256 ŞAHİN, s. 239.

257 CENTEL-ZAFER, 2005, s. 227

savcısının yazılı emir vermesi gerekecektir²⁵⁸.

Üst araması yapılırken aranan kişinin ar ve haya duygularına saygı duyulmalıdır ve aramayı aynı cinsten bir görevli yapmalıdır. Üst aramasının nasıl yapılacağı konusu AÖAY'nin 28. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir²⁵⁹.

13.4. ASKERİ MAHALLERDE ARAMA

Askeri mahkemelerin görev alanı dışında²⁶⁰, Adli Yargı Mahkemelerinin görevi kapsamında kalan bir suçtan dolayı askeri mahallerde yapılacak aramalar CMK'nın 119/5. maddesi gereğince Cumhuriyet savcısının²⁶¹ istem ve katılımıyla,

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

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

Kolluk görevlileri, kolluk görevlisi olduğunu ispatlayan kimliğini gösterir.

Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.

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

Yapılan aramanın neticesinde bir suçla ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır. Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir”.

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

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

askeri makamlar tarafından gerçekleştirilecektir²⁶².

Askeri mahalden maksat, askeri bölgeler, askeri hizmete tahsis edilen bina ve tesisler, savaş gemileri ve her türlü askeri araçlardır²⁶³.

Örnek vermek gerekirse, hırsızlık konusu bir eşyanın veya cinayette kullanılan bir silahın askeri hizmete tahsis edilmiş bir binanın bahçesinde, askeri lojmanda veya askeri eğitim birliğinin sınırları içinde saklandığı iddiası nedeniyle arama yapılmasına ihtiyaç duyulduğunda, Cumhuriyet savcısı, ya hâkimden arama kararı alarak, ya da gecikmesinde sakınca bulunan halde hazırladığı yazılı arama emrini yetkili askeri makama sunarak, bu makamın görevlendireceği askeri personelle arama işlemini gerçekleştirir. Arama faaliyeti, askeri personel tarafından, Cumhuriyet savcısının gözetiminde yapılır. Arama yapılacak yerde askeri mahkeme kuruluşu var ise, askeri savcıyla irtibata girilerek arama faaliyetinin yerine getirilmesi daha uygun olacaktır²⁶⁴.

13.5. AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA

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

Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu

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

263 ÖZBEK, Arama, s. 118

264 ATASOY, s. 155.

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 fıkra da öngörüle kararlar, yirmi dört saat içinde verilir.

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

Yeni bir düzenleme olan avukat bürolarının aranması konusunda kanun, karar mercii olarak sadece mahkemeyi belirtmiştir. Yani gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olsa bile avukat bürolarında arama yapmak için mahkeme kararı gerekecektir. Kanun ayrıca aramada bulunabilecek kişiler açısından da yenilikler getirmiştir. Buna göre, avukat büroları ancak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur(CMK 130/1). Kanunun bu emredici hükmü karşısında, avukat bürosunda arama, ancak Cumhuriyet savcısının ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın katılımıyla yapılabilecektir²⁶⁵.

1136 sayılı Avukatlık Kanununda da buna benzer bir düzenleme vardır. Buna göre: Avukatların bürolarında ve konutlarında görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile arama yapılabilir(Av.K. m. 58, 2001/4667 ile değişik). Bu arama, CMK'nun 154.²⁶⁶ maddesindeki(mülga CMUK 144) meslek sırrını koruyan kuralın bir uzantısıdır²⁶⁷. Avukatlık kanunu 58. maddede “görevlerinden doğan veya görevleri dolayısıyla” ibaresi kullanılarak düzenleme sınırlandırılmışken CMK da bu

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

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

267 KUNTER- YENİSEY, 2003, s. 400.

düzenlemeden bahsedilmemiştir. CMK'ya göre, avukatların görevle bağlantılı olmayan suçları ile ilgili de bu koşulların yerine getirilmesi zorunludur. Ancak uygulamada örneğin, bir avukatın bürosunda müvekkiline karşı veya başka bir kişiye karşı ağır cezayı gerektiren bir suç işlemesi durumunda CMK'nun 130. maddesinde belirtilen şartlara uyulması hukuk mantığıımıza ters gelmektedir.

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

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

Arama sonucu cumhuriyet savcısı tarafından el koyma kararı verilirse, avukat buna karşı koyabilir ve bu şey mühürlenerek hakim²⁶⁸ tarafından tetkik edilir. Yetkili hakim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, 24 saat içerisinde vereceği kararla şey avukata derhal iade edilir. Kanun burada elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olup olmadığını saptama görevini sadece hâkime vermiştir. Bu düzenleme CMK 154(müdafî ile görüşme), CMK'nun 126. maddelerinin(elkonulamayacak mektup ve belgeler) yollamasıyla CMK'nun 46(meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan

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

çekilebilecek kimseler), ve Av. Kanununun 36.(sır saklama) maddelerinin devamı niteliğindedir.

Kanunda postada elkoyma ile ilgili olarak da CMK'nun 130/2. maddesindeki kuralın uygulanacağını belirtmiştir. Görüldüğü gibi kanun, avukatlarla ilgili aramada sadece müdafî- sanık arasındaki sırların ötesinde, avukatın mesleki ilişkilerinin tümünü koruma altına almıştır²⁶⁹.

13.6.BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA

Şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılması önceki 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda düzenlenmeyen ancak, 5271 sayılı CMK ile getirilen yeni bir kurumdur²⁷⁰.

Uluslararası alanda internet suçları dolayısıyla bilgisayarların araç olarak kullanıldığı yeni suçlar ortaya çıkmıştır. Çocuk pornografisi bunların başında gelmektedir. Bu nedenle uluslar arası sözleşmeler yapılmış ve Birleşmiş Milletlerin "Cyber Crimes Convention" adı altında bir sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin taraf olmadığı bu sözleşmenin hükümleri arasında, bilgisayarlarda arama yapılabilmesi için "production order" adı verilen bir karar tipi öngörülmektedir. İşte yeni kanunumuz bu gelişmeleri yansıtır niteliktedir²⁷¹.

Kanunumuzun 134. maddesi bilgisayarlarda arama yapılabilmesini belli şartlara bağlamıştır. Bilgisayarlarda arama yapılabilmesi için ilk şart, başka surette delil elde etme imkânının bulunmamasıdır. Buradan, bu tedbire en son çare olarak başvurulması gerektiği anlaşılmaktadır. İkinci olarak, Cumhuriyet savcısının bu konuda bir istemi olacaktır. Son olarak, bu arama kararı istemi şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine ilişkin olmalıdır. Çünkü kanunda

269 KUNTER -YENİSEY, 2003, s. 400.

270 ÖZTÜRK- ERDEM, s. 543.

271 KUNTER - YENİSEY, 2003, s. 423.

sadece şüphelinin kullandığı bilgisayarlarda arama düzenlenmiştir(CMK 134/1). Şüphelinin kullandığı bilgisayarın başkasına ait olması durumunda ise, bu bilgisayar da gerekli şartlar yerine getirildikten sonra aranabilecektir. Çünkü kanunda “şüphelinin kullandığı bilgisayar” ibaresi kullanılmış ona ait olup olmamasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak henüz yeni düzenlemeye göre gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında buna ilişkin bir uygulama olmadığından kesin bir kanıya varmak güçtür.

Bilgisayar üzerinde arama yapma kararı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim tarafından verilir(CMK m. 134). Hakimin kararı şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasını, bilgisayar programlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çıkarılarak metin haline getirilmesine ilişkin olmalıdır(CMK 134). Burada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına ve kolluğa herhangi bir yetki verilmediğine dikkat etmek gerekir²⁷².

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

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

272 KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, S. 958.

13.7. ARAÇLARDA ARAMA

Otomobiller hareketli objeler olduğu için, kaçma şüphesi, aynı delili bir daha ele geçirememeye tehlikesi büyüktür. Bu nedenle, mukayeseli hukukta otolarda aramanın daha basit şartlara bağlandığı, fakat sürücünün elinin uzanabildiği alanla sınırlı tutulduğu, kapalı yerlere bakmanın yasaklandığı görülmektedir²⁷³.

Hukukumuzda suç delillerinin veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi için araçlarda arama yapılabileceği gibi, hakkında yakalama, zorla getirme veya tutuklama kararı bulunan şüpheli, sanık veya hükümlünün yakalanması amacıyla da araçlarda adli arama yapılabilir²⁷⁴.

Suç delillerinin tespiti ya da müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi için araçlarda yapılacak aramalarda, hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının yâda Cumhuriyet savcısına ulaşamıyor ise kolluk amirinin yazılı emrinin alınması gerekir²⁷⁵.

Terkedilmiş araçta yapılacak araştırma faaliyeti, bir arama işlemi değildir. Bu nedenle, terkedilmiş araçlarda araştırma yapmak için herhangi bir karar veya izne gerek bulunmamaktadır²⁷⁶.

273Yüksek mahkemenin *Chadwick* davasında verdiği karara göre; motorlu araçların fonksiyonu taşımaya yöneliktir. Bu nedenle kişinin evi olmadığı için, özel hayatın gizli alanı kavramı burada daha geniş yorumlanır. Araç ve içindekiler topluma kamuya açık olan yollarda dolaşmakta ve böylece alenen herkes tarafından görülebilmektedir.

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

274 GÜLŞEN, a.g.m.

275 YAŞAR, s. 507.

276 KUNTER- YENİSEY,2003, s. 771.

13.8. OLAY YERİ İNCELEME

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

Birinci fıkrada belirtilen yerler dışındaki olay yeri inceleme işlemleri, Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışındaki yerlerde kolluk âmirinin yazılı emri üzerine gerçekleştirilir²⁷⁷.

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

Konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda işlenen suçların “olay yeri incelemesi yapılırken, ev sahibinin rızası ile evde delil araması yapılmasının yolu kapatılmıştır. Suç işlenip bitmişse özel hayatın korunması amacı ile aramadaki genel hükümlerin uygulanması istenmiştir(AÖAY 9/2)²⁷⁸.

14.ARAMANIN İCRASI VE SONA ERMESİ

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

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

278 KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 945.

işlem ve bunların akıbetleri bakımından birtakım koşullar getirmiştir²⁷⁹.

14.1. ARAMA YAPABİLECEK KİŞİLER

14.1.1.Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yapılan Arama

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

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

1412 sayılı mülga CMUK'nın 97/2. maddesinde ise “...hakim veya Cumhuriyet savcısı olmadan...” ifadesi geçtiği için hakimler tarafından da arama yapılabileceği kabul edilmekteydi²⁸⁰. Ancak 5271 sayılı CMK 119/4. maddesindeki düzenleme karşısında hâkimlerin bizzat arama yapamayacağı görülmektedir²⁸¹.

Ayrıca maddenin mefhumu muhalifinden Cumhuriyet savcısı tarafından konut işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapılması halinde arama tanıklarının(işlem tanığı)²⁸² bulunmasına gerek olmadığı sonucu çıkmaktadır.

Askeri mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının istem ve

279 ÖZBEK, Arama, s. 123.

280 ÖZBEK, Arama, s. 123.

281 Doktrinde “CMK’da hakim bakımından düzenleme yapılmaması hakim tarafından arama yapılamayacağı anlamına gelmez” şeklinde görüş bildiren yazarlar da vardır. Bkz. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 431.

282ÖZTÜRK, Koğuşurma, s. 120: YENİSEY, Hazırlık Soruşturması, s. 168.

katılımıyla askeri makamlar tarafından yapılacaktır(CMK 119/4)²⁸³.²⁸⁴.

14.1.2.Kolluk Tarafından Yapılan Arama

Yukarıdaki anlatımlardan da anlaşılacağı gibi, soruşturmada karar almaya tek yetkili savcıdır, başka bir ifade ile savcılıktır (m. 160, 161 vd. CMK). Adli kolluk ise savcının yardımcısıdır. Savcılık soruşturmayı bizzat veya adli kolluk marifetiyle yapar ve bütün adli kolluk makam ve memurları savcının adliyeye ilişkin emirlerini yerine getirmeye mecburdurlar (m. 164 vd. CMK)²⁸⁵. Eski CMK uygulamasında, soruşturmada kolluk ön plândaydı. Hatta eski CMUK'nın 97. maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının muavini sıfatıyla kolluk ta arama yapabiliyordu²⁸⁶. 5271 sayılı CMK ile kolluğun doğrudan arama yapması hali kaldırılmıştır. Bundan böyle soruşturma evresinde tüm kararları savcı alacak; kolluk bu kararları icra edecektir. Savcının bilgisi olmadan, kolluk hiçbir işlem ve eylemde bulunamayacaktır.

Kolluğun arama yapabileceği açıkça CMK'nın 119. maddesinde ve AÖAY'nin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kolluk, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C.savcısının veya ona ulaşamadığı hallerde (konut, işyeri ve diğer kapalı alanlar hariç) kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapabilecektir²⁸⁷.

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

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

283 "hakim veya" ibaresi 5353 sayılı kanununun 15. maddesiyle fıkra metninden çıkarılmıştır. bkz. YALVAÇ, s. 269.

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

285 ÖZTÜRK- ERDEM, s. 625.

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

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

eşya,

c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,

d) Aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağı, açıkça gösterilir(AÖAY. m.7).

Kolluğun arama talebini alan Cumhuriyet savcısı kural olarak yetkili ve görevli hâkimden arama kararı verilmesini ister. Eğer gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa kendisi de yazılı arama emri verebilir²⁸⁸.Yönetmeliğin 7. maddesinin son fıkrasında kolluktan gelen arama taleplerini karşılamak üzere, yirmidört saat suretiyle nöbetçi Cumhuriyet savcısı görevlendirileceği de belirtilmiştir.

Ayrıca kanun, kolluk tarafından yapılan aramada kural olarak arama tanıklarının bulunması zorunluluğunu getirmiştir. CMK'nın 119/4. maddesine göre, Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur²⁸⁹. Kanun maddesinde “bulundurulur” denmekle kolluğa takdir hakkı verilmemiştir.

14.2. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİYE BİLGİ VERİLMESİ

Aramaya tabi olan yerin veya eşyanın sahibi veya zilyedine, o bulunmazsa yerine ikame edilecek (temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya birlikte oturduğu bir kişi veya komşusu) kişiye, arama başlamadan önce aramanın amacı konusunda bilgi verilmelidir²⁹⁰.

Bilgi verme aramanın hangi suçtan kime karşı başvurulduğu vb. Konularda ilgiliyi aydınlatma amacını taşır. Ancak, öncelikle kolluk kimliğine ilişkin bilgi verilmelidir(PVSK m. 17/2)²⁹¹.

288 KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 946.

289 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 432.

290 ERYILMAZ, s. 150.

291 ÖZBEK, Arama, s. 135.

Aramaya maruz kalan kişinin bilgilendirileceğine dair, CMK’da ki tek hüküm; “117. maddenin birinci fıkrasında gösterilen hallerde, zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verileceğine” dair, 120/2. maddedeki düzenlemedir. Bu durumda yasa koyucunun sadece suçla ilgisi olmayan üçüncü kişilere yönelik aramalarda bilgilendirme zorunluluğu getirdiği söylenebilir²⁹².

Ancak bu konuda, AÖAY’nin 28, 29 ve 30. maddelerinde, aramayı gerçekleştiren kolluk görevlilerinin aramanın amacı ve sebepleri hakkında, aramaya maruz kalana açıklama yapıp, bilgilendireceklerine dair hükümler yer almaktadır. Bu nedenle, arama karar veya emrinin ilgiliye gösterilmesi ve aramanın amacını tehlikeye düşürmeyecekse eksiksiz ve doğru olarak bilgilendirme yapılması gerekir²⁹³.

Arama karar veya emrinin ilgili kişiye gösterileceğine ve aramaya maruz kalan kişi şüpheli/sanık ise bilgilendirileceğine dair kanunlarda bir hüküm yer almaması önemli bir eksiklik²⁹⁴.

Arama kararının ilgiliye gösterilmesi ve aramanın amacının bildirilmesi, AİHS’nin 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) gereğince “kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda haberdar edilme hakkı”nın da bir gereğidir. Bu yüzden arama hususunda bilgi verilmemesi, eksik veya yanlış bilgi verilmesi aramayı hukuka aykırı kılabilir²⁹⁵.

14.3. ARAMANIN İNZİBATI VE ZOR KULLANMA YETKİSİ

Her koruma tedbirinde, temel bir hakkın ilgilinin istemiş olup olmadığına bakılmaksızın henüz hüküm verilmeden önce sınırlandırılması söz konusu olduğundan, daima potansiyel bir zorlama vardır ve ilgililer buna katlanmak zorundadır. Tedbirin

292 ERYILMAZ, s. 150.

293 ERYILMAZ, s. 175.

294 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 438.

295 ÖZBEK, Arama, s. 135.

amacına ulaşmasını ve etkinliğini sağlayabilmek için bu zorunlu da olabilir. Aynı hususlar arama koruma tedbiri içinde geçerlidir²⁹⁶.

CMK'nın 168. maddesinde, olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisinin, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men edeceği hükmü yer almaktadır. Bu, özel bir yakalama halidir ve arama mahallinde geçerlidir²⁹⁷.

Aramanın düzenini bozanlar 1412 sayılı mülga CMUK zamanında yirmi dört saati geçmemek üzere gözaltına alınabiliyordu(CMUK m.157). 5271 sayılı CMK ise gözaltına alma yetkisini kaldırmış, sadece zor kullanma ve men etme yetkisine yer vermiştir(CMK m.168)²⁹⁸.

Hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bir arama işlemi sırasında, kişi üstünün veya eşyasının aranmasına müsaade etmiyor ise, gösterilen dirençle orantılı bir güç kullanılarak arama gerçekleştirilecektir²⁹⁹.

Konut, işyeri ve eklentilerinde yapılan arama işlemlerinde de, aramaya karşı çıkılması veya kapının açılmaması halinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanılarak direnç ortadan kaldırılabilir. Bilgilendirme yapıldıktan sonra, kapı açılmadığı takdirde güç kullanılacağı ihtar edilir ve buna rağmen kapı açılmazsa zorla eve girilir ve arama gerçekleştirilir. Güç, kademeli bir şekilde artarak kullanılır (AÖAY m. 30/7).

Ancak bu zor kullanma görevin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanılması şeklinde olursa, 5237 sayılı TCK'nın 256. maddesindeki suç oluşacaktır³⁰⁰.

296 ÖZBEK, Arama, s. 137.

297 ÖZTÜRK- ERDEM, s. 545.

298 KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 952.

299 ÖTÜRK- ERDEM, s. 545.

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

Aynı şekilde kamu görevlisine görevini yaptırmamak için cebir veya tehdit kullanılması da 5237 sayılı TCK'nın 265. maddesindeki suç oluşturacaktır³⁰¹.

Ayrıca arama sonunda evsafi belirlenen eşyanın kollukça bulunamaması ve zilyedinin de teslimden kaçınması hâlinde, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler dışındaki zilyet hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 60. maddesinde³⁰² yer alan disiplin hapsine³⁰³ ilişkin hükümlerin uygulanması amacıyla durum Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir(AÖAY m. 15/5).

14.4. ARAMADA HAZIR BULUNABİLECEK KİŞİLER

Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. (CMK m.119/4) Bu kişiler, doktrinde arama(işlem) tanığı olarak adlandırılmaktadır³⁰⁴. Yasa, böylece, bu koruma tedbirinin kamuya açıklığını sağlamak istemiştir. Yasanın böyle bir zorunluluk getirmesi aranacak yerlerin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Şayet aranacak yerler konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerden ise mutlaka bir arama tanığı hazır bulundurulmalıdır. Bu tür yerlerin dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkesi bakımından taşıdığı önem, yasa koyucuyu bir önlem olarak böyle bir düzenleme getirmeye itmiştir³⁰⁵.

Bir de CMK'nın 120. maddesinde sayılan kişiler vardır. Maddeye göre; Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle

uygulanır.”

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

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

303 5271 sayılı CMK'nın 2. maddesine göre “**disiplin hapsi**; Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, öndeme uygulanamayan, tekröre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi, ifade eder”.

304 ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK, s.630.

305 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 432.

birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur. Avukat bürolarında arama ayrıca düzenlendiği için ilgili hükme bakılmalıdır.

Diğer yandan, yeni kanunda (m.120/3) kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz şeklinde bir düzenlemeye yer verilmesi, arama hukuku açısından çok önemli bir gelişmedir. Zira daha önceleri, açıkça maddede öngörülmediği için avukatın hazır bulunması kabul edilmemekteydi.³⁰⁶

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

Ceza muhakemesi amacı ile yapılan adli arama, saklanan sanığın veya elde edilememiş olan delilin veya müsadere edilecek bir eşyanın ele geçirilmesi için, bir kimsenin meskeninde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırmadır. Başka bir ifade ile, adli aramanın amacı şüphe altında bulunan kimsenin yakalanması, müsadereye tâbi eşyanın veya delillerin ortaya çıkarılmasıdır³⁰⁷.

İster önleme amaçlı bir arama, isterse adli arama olsun, aramanın amacı gerçekleştiğinde, yani; şüpheli, sanık veya hükümlüler yakalandıklarında, derhal Cumhuriyet savcısına bilgi verilir ve kural olarak geciktirilmeksizin Cumhuriyet savcılığında hazır edilirler. Yürütülen bir soruşturma nedeniyle yakalanan kişi Cumhuriyet savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilir (CMK m. 91/1). Yakalanan kişi, hakkında kovuşturma aşamasına geçilmiş sanık ise, yetkili mahkeme önüne çıkarılır. Sanık yetkili mahkeme önüne yirmi dört saat içinde çıkarılamıyorsa, aynı gün en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır (CMK m.94)³⁰⁸.

Yakalan veya gözaltına alınanın durumu geciktirilmeksizin yakınlarına

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

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

308 ÖZTÜRK, ERDEM, s. 646.

bildirilir (CMK m. 95).

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

Kanunun ilk düzenlenen biçiminde, arama sırasında elkoyma gerçekleşirse, CMK 127/1 uygulanır denmekteydi(CMK m.119/3)³⁰⁹. Yani iki defa hakim kararı verilmesi demektir. Önce arama kararı verilerek “arama” yapılacak, aramada istenilen şey bulunur ve rıza ile verilmezse, yani zorla alınırsa, ikinci bir hakim kararı daha alınacaktı. CMK’nın 119/3. maddesinde 25.5.2005 tarihinde 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bu ikilem ortadan kaldırılmıştır³¹⁰. Bu değişiklikle, arama sonucunda gerçekleştirilecek elkoyma işlemine işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır. Böylece, arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda, bunun için ayrıca bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek kalmayacak, arama karar veya emrinde, elkoyma yetkisi de verilebilecektir³¹¹.

Elkoyma işlemi, şayet bir arama işleminin sonucu olarak gerçekleşiyorsa, bu durumda ayrıca bir elkoyma kararına veya emrine ihtiyaç bulunmayacak, arama karar veya emri, aynı zamanda elkoymayı da kapsayacaktır. Buna karşılık, herhangi bir arama işleminin sonucu olmaksızın, örneğin açıkta bulunan bir şeye elkoymada olduğu gibi, elkoyma koruma tedbirinin doğrudan uygulanacağı durumlarda bir karara veya yazılı emre ihtiyaç bulunmaktadır³¹².

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

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

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

312 ŞAHİN, s. 339.

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

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

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

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

Nihayet elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilecektir(CMK m. 127/5).

14.6. ARAMA SIRSINDA ELE GEÇEN BELGE VE KÂĞITLARI İNCELEME YETKİSİ

Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. Belge ve kâğıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mührünü de koyabilir veya imzasını atabilir. İleride mührün kaldırılmasına ve kâğıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere, zilyedi veya temsilcisi ya da müdafii veya vekili çağrılır; çağrıya uyulmadığında gerekli işlem yapılır (CMK m. 122).

1412 sayılı CMUK’ta bu yetki sadece hâkime verilmişti, Cumhuriyet savcısı ve kolluk ancak zilyedin rızası ile bu kâğıtları inceleyebiliyordu(CMUK m. 102). 5271

sayılı CMK' da ise, bu yetki hâkim ve Cumhuriyet savcısına verilmiş, buna karşılık, kolluk görevlilerine ise, zilyedin rızasıyla dahi olsa belge ve kağıtları inceleme yetkisi tanınmamıştır³¹³.

14.7. TESADÜFEN ELE GEÇEN DELİLLER HAKKINDA YAPILACAK İŞLEMLER

Bu hususta, 1412 sayılı CMUK(m.100)'tan farklı şekilde ve daha geniş bir ölçüde bir düzenleme öngörülmüştür. Gerçekten, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre(m.138), arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir. Bu hüküm, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma bakımından da geçerlidir³¹⁴.

Yine, bu maddenin 2.fıkrası uyarınca, bu durum telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında olursa, ancak 135.maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse aynı işlem yapılır. Bu nedenle, bu düzenleme, sadece 5271 sayılı CMK'nın 135/6.maddesindeki suçlarla sınırlı olup, diğer suçlara yönelik olarak genişletilemez; aksi takdirde delil yasakları kapsamına girecek ve ispat bakımından geçerli sayılmayacaktır. Zira Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa göre (m.217/2), ancak "yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir³¹⁵".

Burada dikkat edilmesi gereken şudur: Bu şekilde elkonulabilecek(muhafaza altına alınabilecek) eşyanın tesadüfen bulunması gerekir. Deyim yerindeyse, sürpriz bir bulma söz konusudur. Bu tesadüf ise arama emrinin

313 GÜLŞEN, a.g.m.

314 GÜLŞEN, a.g.m.

315 GÜLŞEN, a.g.m.

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

içerdiği sınırlar içinde yani aramanın konusu olan şeyin aranması esnasında bulunması ile gerçekleşir. Yani o şey “çıplak gözle görülebilir” olmalıdır. Burada öyle bir durum vardır ki, tesadüfen bulunan şeyin arama kararının verilmesine neden olan fiil ile bağlantısı bulunmamakta ve fakat diğer bir suçun işlendiğini göstermektedir. Bu konuda, bilinen bir suçla muhtemel bir bağlantı olması ya da belirsiz bir şüphe yeterlidir³¹⁶.

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

14.8. ARAMA SONUNDA VERİLECEK BELGE

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

Esasında her soruşturma işleminin tutanakla tespit edileceği ve tutanağa savcı veya sulh ceza hâkimi ve zabıt kâtibi tarafından imza konulacağı, 1412 sayılı CMUK'un 161. Maddesinde olduğu gibi, 5271 sayılı CMK' un 169. maddesinde³¹⁷ de

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

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

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

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

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

(6) İmzadan kaçınma hâlinde nedenleri tutanağa geçirilir”.

hüküm altına alınmıştır. 5271 sayılı CMK' un 169. maddesinde, 1412 sayılı CMUK'un 161.maddesinden farklı olarak, adli kolluk görevlisinden de bahsedilerek, adli işlem yapan kolluk görevlilerine de yaptıkları her soruşturma işlemini tutanağa bağlama yükümlülüğü getirilmiştir³¹⁸.

CMK'nın 169. maddesinde belirtilen kurallar arama işlemi için de geçerlidir. Bunun yanında, CMK'nın 119/2. maddesinde; "arama karar veya emrinde; a) aramanın nedenini oluşturan fiilin, b) aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşyanın ve c) karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresinin açıkça gösterileceği, aynı maddenin 3. fıkrasında ise, arama tutanağında, işlemi yapanların açık kimliklerinin bulunması gerektiği belirtilmiştir³¹⁹.

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

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

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

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

318ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 443.

319 CENTEL-ZAFER, 2005, s. 324.

mühürle mühürlenir. Bu eşyanın resmî mühürle mühürlendiğine dair tutanak tanzim edilerek, bir sureti ilgilisine verilir(AÖAY m. 12).

14.9. ARAMANIN SONA ERMESİ

Arama, amaçlarının gerçekleşmesiyle sona erer. Aramanın amacı iki şekilde gerçekleşir: ya şüpheli veya sanık yakalanmıştır ya da delil elde edilmiştir. Aramanın amacı sadece yakalama ise sanık veya şüphelinin arana yerde yakalanmasıyla arama sona erer. Bunun için, ayrı bir yakalama kararına gerek yoktur³²⁰. İlgilinin yakalanmasıyla, artık CMK'nın yakalamaya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır(CMK m. 90 vd.).

Arama sonunda aranan şeyler bulunursa yani, delil elde edilmişse arama elkoymayı da içine alır. Bunun için ayrı bir elkoyma kararına gerek yoktur³²¹. Ancak arama sonucu delil olarak elde edilen şeylerin muhafazası ile arama henüz sona ermez. Durum çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmelidir³²²:

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

—Başka bir suça ilişkin tesadüfî deliller bulunabilir(CMK m. 138). Ancak, arama henüz sona ermiş değildir. Aramanın sona ermesi, bunların hakimce incelenerek delil kabul edilmesi ve savcının o suç için yeni bir hazırlık soruşturmasına başlaması veya delil niteliğinde görülmeyerek iade edilmesi ile sözkonusu olur.

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

320 ÖZBEK, Arama, s. 152.

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

322 ÖZBEK, Arama, s. 152.

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

15. ELKOYMA

15.1. KAVRAM VE HUKİKİ NİTELİĞİ

Ceza muhakemesinin ilişkisinin ,hatta daha genel olarak ,muhakeme ilişkisinin objesi,bir uyuşmazlığı kollektif bir hükümle çözmektir.Yani muhakeme ilişkisinin objesinin ‘‘kollektif hükümle çözülecek uyuşmazlık’’ olduğunu söylemek mümkündür.Karar niteliğindeki hükmü hüküm makamlarından yargılama makamı verdiği göre ve uyuşmazlığı kesin, yerine getirilebilir, göz önünde tutulabilir şekilde yargı ile sonuçlandırılabilmesi ve bunu kolaylaştıran bazı tedbirlere başvurulması muhakeme faaliyetinin bir gereğidir.³²³Ceza muhakemesi faaliyetinin yapılabilmesini kolaylaştıran bazı tedbirlere başvurulması,henüz muhakeme sürerken ve hatta muhakeme başlamadan zorunlu olabilir.konusu bir cezai uyuşmazlığın çözülmesi olan ceza muhakemesi faaliyetinin gerek sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi ve gerek sonuçta verilen karar niteliğindeki hükümlerin uygulanabilmesini sağlamak amacıyla bu faaliyet sırasında bazı tedbirlere başvurulması zorunlu olmaktadır.³²⁴

Ceza muhakemesi,yargılanacak cezai uyuşmazlık doğduktan sonra başladığına göre ,uyuşmazlık hakkında bir karara varılması ile uyuşmazlığın doğması arasında bir zaman geçmektedir. Bu geçen zaman ne kadar uzun olursa ,muhakeme o kadar daha zorlaşır,gerçeği tahmin etmek o kadar güçleşir.³²⁵Hakim karar verirken uyuşmazlığın doğduğu zamana gözünde canlandırıp ona göre hukuku uygulamak zorunda kaldığından ,fiilin işlenmesi üzerinden ne kadar çok zaman geçmişse hakimin gözünde bu canlandırmayı yapıp sağlıklı karar vermesi o kadar

323 KUNTER,YENİSEY,NUHOĞLU Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku

324 YURTCAN Ender CEZA YARGILAMA HUKUKU

325 TOSUN Öztekin TÜRK SUÇ HUKUKU DERSLERİ

zorlaşmaktadır,burada delillerin olduğu gibi korunması ve yargılama makamına olduğu gibi aktarılması önem kazanmaktadır.hakimin muhakeme yaparken olayla ilgili delillere ilk günkü haliyle ulaşmasını sağlayan hukuki çareler koruma tedbirleridir.koruma tedbirleri muhakemenin yargılama yaparken sonuca varırken realiteye uymasını kolaylaştırır.

Terim olarak el koyma,bir eşya üzerinde,rızası olmamasına rağmen zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır.Suçun veya tehlikenin önlenmesi amacı ile bir eşya birkimsenin elinden alınabileceği gibi ,suçun delili olabileceği veya eşya veya kazanç müsaderesine tabi olduğu içinde geçici olarak devletin muhafazası altına alınabilir.(cmk123/1) birinci halde ‘ önleme elkoyması’ikinci halde ise ‘adli elkoyma’ söz konusudur.³²⁶ mülga kanun el koymaya ‘zapt’adını vermişken yeni kanun ‘elkoyma ‘ terimini kullanmıştır.

15.2. ELKOYMANIN AMACI

Elkoymanın amacı diğer koruma tedbirlerinin amacıyla paralellik göstermektedir.şu halde bu tedbirlere muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini ve kararın uygulanmasını garanti altına almak gayesiyle müracat edilebilir.³²⁷

Elkoyma öncelikle delil teşkil edebilecek nitelikteki eşya hakkında uygulanacak, böylece ceza muhakemesinde sağlıklı bir sonuca ulaşma sağlanacaktır.³²⁸Ayrıca el koymada diğer bir amaç da muhakeme sonunda verilecek kararın uygulanmasını teminat altına almaktır.

326KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 16.Bası ,s.1026

327GÖKÇEN AHMET Ceza muhakemesi hukukunda basit el koyma ve postada elkoyma s.49)

328GÖKÇEN AHMET Ceza muhakemesi hukukunda basit el koyma ve postada elkoyma s.49)

15.3. ELKOYMANIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

15.3.1. Muhafaza Altına Almadan Farkı

İspat vasıtalarından olup ta ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından faydalı görülen veya müsadereye tabi bulunan eşyanın, eşyayı elinde bulunduranın rızası bulunmamasına rağmen adliyenin eli altına alınmasına “elkoyma” denmekte, bu işlem zilyedin rızası ile yapıldığında da “muhafaza altına alma” olarak adlandırılmaktadır³²⁹.

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

15.3.2. Müsadereden Farkı

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

329GÖKÇEN, s. 5vd.; YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, s. 57 vd.

değerleri(TCK m. 55)³³⁰.

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

2) 5237 sayılı TCK'nuna göre, eşya müsadere; iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesidir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir³³¹. Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alımı ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir(TCK m. 54).

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

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

330 KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 962.

331 ÖZTÜRK- ERDEM, S. 552.

dilsizlik nedeniyle cezalandırılmaması halinde ise müsadere kararı verilecektir³³².

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

1982 Anayasasının 38 inci maddesi ile, suçlunun tüm mal varlığının devlete intikali olan "genel müsadere" yasaklanmıştır³³³.

Uygulamada müsadereye zoralm denilmesi, elkoyma ile bir güvenlik tedbiri olan müsaderenin birbirine karıştırılmasına neden olmaktadır. Oysa bu iki kavram birbirinden çok farklıdır³³⁴.

Müsadere ile elkoyma arasındaki farkları şu şekilde sıralamak mümkündür³³⁵:

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

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

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

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

333 1982 AY. M. 38/10: "Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez".

334 ÖZTÜRK- ERDEM, s. 554.

335 GÖKÇEN, s. 92.; YAŞAR, s. 513.

d) Mevzuatımız açısından müsadere mecburî iken elkoyma ihtiyarîdir.

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

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

Elkoymaya dair düzenleme genel olarak CMK m.123 ve devamındadır. Müsadere müessesesi TCK m.54'de, muhakemesi ise CMK m.256 ve sonraki maddelerde düzenlenmiştir³³⁶.

f) Nihayet müsadere neticesinde mülkiyet devlete geçer, elkoymada ise, devlete geçmez; sadece kişinin tasarruf yetkisi sınırlandırılır³³⁷.

Suç aleti bıçağın olay yerinde ele geçmesi üzerine kanıt olacağı ve ileride zorlamı(müsaderesi) gerekeceğinden emanete alınması, elkoymaya örnek gösterilebilir. Yargılama sonunda bıçağın suçta kullanılmadığı anlaşıldığı takdirde, sahibine geri verilmesine, suçta kullanıldığının kabul edilmesi halinde ise, müsadere karar verilmesi gerekir³³⁸.

16. ELKOYMAYA HAKİM OLAN İLKELER

16.1. HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Arama tedbirinde hukuk devleti ilkesine geniş olarak değinmiştik. burada kısaca değineceğiz.

Hukuk devleti ilkesinin varlığından söz edebilmek için, kanunların hukukun genel ilkelerine uygun olması ve insan haklarını koruyucu kurallar içermesi yetmez.

336 ÖZTÜRK- ERDEM, s. 552

337 ÖZBEK, Arama, s. 56.

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

Uygulamanın da bu kanunlara ve hukukun genel ilkelerine uygun olması gerekir. Hukuk devletinin temel hak ve özgürlüklere verdiği değer, bu hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olan elkoyma tedbirinde kendisini gösterir.

İnsan haklarından biri olan Mülkiyet hakkı anayasamızda düzenlenen hukuk devleti sayesinde varlığını koruyabilir.mülkiyet hakkına sınırlama getiren el koyma tedbiride ancak hukuk devletini gerçekleştirmeye hizmet etmelidir.kısaca mülkiyet hakkına sınırlama getiren elkoyma tedbiri ancak kanunda öngörülen şekillere sıkı bir şekilde bağlı kalınarak yapıldığında hukuk devletine uygun olacaktır ve o zaman ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında temel insan haklarından olan mülkiyet hakkı ihlal edilmemiş olacaktır.elkoyma işlemi bir karara veya emre dayanmak zorundadır,karar veya emir yazılı olmalıdır(Anayasa 20,21.md.)

Ceza muhakemesi açısından orantılılık ilkesi''Bir ceza hukuku işleminin yapılmasında beklenen yarar ile verilmesi ihtimal olan zarar arasında makul bir oranın(ölçünün) bulunması ve herhangi bir oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden bu ilkeye orantılılık(ölçülülük) ilkesi denir. Burada eşitlikten değil, orantılılıktan söz edildiğine dikkat edilmelidir³³⁹.

Hukuk devletinin en önemli özelliklerinden biri, eylem ve işlemlerin ölçülü (orantılı) olmasıdır. Orantılılık ilkesi hukuk devletine hâkim olan aşırılıktan kaçınma yükümlülüğünün bir gereğidir. Bu manada, önleme ve koruma tedbirlerinin en önemli kriterlerinden biri de "orantılılık" ilkesidir. Bir tedbire başvurulurken, bundan umulan fayda ile müdahale edilen menfaatin orantılı olması, aralarında kabul edilebilir bir denge bulunması gerekir. Orantı bulunması, araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olması demektir³⁴⁰.burada dikkat edilmesi gereken orantılılık ilkesine uyulmadığı zaman yapılan işlemin hukuka aykırı olacağı hukuka aykırı işlem sonucunda elde edilen delillerinde ceza muhakemesinde kullanılamayacağıdır.

339ÖZTÜRK, Bahri, **Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Ankara, 1992, s. 6.

340CİHAN- YENİSEY, s.201

Elkoymada ölçülülük ilkesine uymanın belirtisi daha ağır olan tedbire göre hafif olanın tercih edilmesi ve elkoyulması yasak olan eşyalara (CMK 126/1 gibi)elkonulmamasıdır diyebiliriz

16.2. İNSAN ONURUNUN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ

“İnsan onuru” bireyin hür iradesinin dış dünyaya yansımaları olup; yaşama, kişiliğini geliştirme, kaderini tayin etme, kendisini ve çevresini şekillendirme yeteneğine sahip olma haklarını içine alan, insanın insan olma özelliğinin bir sonucudur. İnsan onuru kişiliksizliği ortadan kaldıran, tüm insan haklarının çıkış noktası ve özüdür, insan onuruna saygı ancak bir hukuk devletinde mümkündür. Bu nedenle, hukuk devleti "insan onuru" nun zırhıdır.³⁴¹

İnsan onuru geleneksel hukukun koruduğu temel kavramların başında yer alır. Bu nedenle uluslararası sözleşmelerde ve iç hukukumuzda yasal koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesinde "Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayri insani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz" hükmü yer almaktadır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 7. ve Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 3. maddesinde de aynı hüküm tekrarlanmıştır.³⁴²

1982 Anayasası, Alman Anayasasında olduğu gibi³⁴³, insan onurunu açıkça bir temel hak olarak düzenlemiş değildir. Bununla birlikte Anayasamızda insan onurunun korunması ilkesini bünyesi içinde barındırdığına ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Anayasanın “başlangıç bölümünün” 6. paragrafında “her Türk vatandaşının.... onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisinin bulunduğu” belirtilmiştir. 1982 Anayasasının 5. maddesinde de; devletin temel amaç ve görevleri arasında; "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gereken şartların sağlanması" gösterilmiş, bu konuda devletin,

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

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

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

pasif yükümlülükleri yanında, insan onuru yönünden aktif yükümlülükleri de anayasa teminatı altına alınmıştır. Anayasanın 17/3. maddesinde yer alan, "kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı" hükmünün yanında, "temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına" ilişkin Anayasanın 13. maddesinde belirtilen hükümler insan onuru karşısında devletin pasif yükümlülüklerini düzenlemektedir.³⁴⁴

Bir tedbir olarak gerçekleştirilen elkoyma işlemlerinde, insan onuruna uygun olmayan, zalimane gayri insani veya haysiyet kırıcı bir muamele de bulunulamaz. Örneğin, herhangi bir elkoyma kararı olmaksızın kişinin malvarlığına el konulması veya böyle bir karar olsa dahi kararda belirtilenden farklı mal varlığına el konulması elkoyma işlemi yapan kolluk kuvvetlerinin, kişilere hakaretler yağdırarak elkoyma işlemi yapması kişinin özgür iradesine uygun ve güven içinde yaşama olanağını yok edecek, kısaca insan onurunu zedeleyecek, hukuka uygun olmayacaktır.

16.3. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ

Hukuk devletinde fertlere ,maddi ve manevi varlıklarınıistedikleri gibi geliştirip şekilendirebilecekleri bir "hayat alanı" tanınır.bu alan birayın küçük dünyası olarak anılabilir.kişinin bu özel alanı ne kadar geniş ise ülkede mevcut olan siyasi rejim o kadar hürriyetçi ve demokratik ;ne kadar dar ise ,o kadar baskıcı ve otoriterdir.³⁴⁵

Özel hayatın gizliliği ilkesi anayasamızın 20,21, ve 22 maddeler ile insan hakları evrensel beyannamesinin 12. maddesinde ,insan hakları avrupa sözleşmesinin 8. maddesinde fertlerin devletin müdahalesinden korunmuş hür bir alana sahip

344TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, s. 21.

345GÖKÇEN AHMET(Ceza muhakemesi hukukunda basit el koyma ve postada elkoyma s.43)

oldukları açıkça ifade edilmiştir.³⁴⁶

Elkoyma tedbiri açısından yeterli suç şüphesi olmadan arama yapılması arama kararında belirtilen alandan başka bir olan hayatın gizli alanına ilişkin yerde arama yapılması ve özel hayata müdahale olacak hayatın gizli alanına ait evrak ve belgelere elkonulması hukuka aykırıdır.

16.4. DÜRÜST İŞLEM (FAIR TRIAL) İLKESİ

Bundan maksat, ceza muhakemesi işlemlerinin, kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunla öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde yapılmasıdır³⁴⁷.

Adil yargılanma hakkı (Fair Trial) veya Türk Hukuk öğretisinde dürüst işlem ilkesi olarak tanımlanan kavram; AIHS'nin 6. maddesinde ifadesini bulan ve birçok hak ve ilkeyi içine alan geniş bir kapsama sahiptir³⁴⁸.

346GÖKÇEN AHMET(Ceza muhakemesi hukukunda basit el koyma ve postada elkoyma s.44)

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

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

"1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. 3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

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

Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Daha önce de bu ilkenin yansımaları hukuk sistemimize hakim olmasına karşın, AB uyum yasaları sürecinde anayasa ve kanunlarda açıkça zikredilmiştir³⁴⁹. 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle Anayasanın 36. maddesine “adil yargılanma” ibaresi eklenerek, bu kavram anayasal teminat altına alınmıştır³⁵⁰.

Bu hak, hem soruşturma aşamasında şüpheli hemde kovuşturma aşamasında sanık haklarını kapsadığı gibi, delilerin dürüstçe ve tarafsızca toplanmasını, temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren tedbirlerin, yasal ve makul sebeplere bağlı olarak orantılı bir biçimde gerçekleştirilmesini öngörmektedir³⁵¹.

Elkyma tedbiri açısından incelediğimizde her hangi bir karar olmadan yapılacak elkoyma veya elkoymaya karşı başvurulacak hukuki çarelerin hatırlatılmaması dürüst işlem ilkesine aykırı olacaktır.

16.5. MADDİ GERÇEĞİN ARAŞTIRILMASI İLKESİ

Ceza muhakemesinde maddi gerçek aranmakta olup, biçimsel gerçekle yetinilmemektedir. Bunun nedeni, ceza muhakemesinin diğer muhakeme dallarından daha fazla oranda kişinin hak ve özgürlüklerini ilgilendirmesidir³⁵². Yargıtayımızın 19.04.1993 tarihli bir kararına göre; ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bir bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır, ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu

349 ATASOY, s. 14

350 1982 anayasasının “**Hak Arama Hürriyeti**” başlıklı 36. maddesinin ilk fıkrası, 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanunun 14. maddesiyle aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile **adil yargılanma hakkına** sahiptir”

351 TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, s.206.

352 ERYILMAZ, s. 145.

yerde mahkûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir³⁵³.

Maddi gerçeğin bulunması için başvurulabilecek delillerin akla uygun olması, olayla ilgili ve sonuca etkili olması ve en önemlisi hukuka uygun olması gerekir.

Ancak, her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin araştırılacağından söz edilemez. Delil yasaklarıyla bu ilkeye bazı sınırlamalar getirilmektedir³⁵⁴. Anayasanın 38/7 ve CMK'nın 206/2. maddesinde, kanuna aykırı delillerin kabul edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Bazı delillerin özünde hukuka aykırılık mevcuttur. Örneğin kişi hayatının gizli alanına ilişkin deliller, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekilme hakkına sahip yakınları arasındaki mektuplar (CMK m. 126), avukat ile müvekkili arasında avukat-müvekkil ilişkisinden kaynaklanan belge ve yazışmalar (CMK m. 130) el konulamayacak delil ve belgeler olduğundan, bunlar yargılamada delil olarak değerlendirilemez. Bu nedenle, bunların ele geçirilmesi amacıyla "arama" yapılamaz³⁵⁵.ve bunlara el konulamaz.

17. TARİHSEL GELİŞİM

17.1. GENEL OLARAK

Ceza muhakemesinin tarihi insanların toplum halinde yaşamaya başladığı zamana kadar uzanmaktadır.

İnsanlar topluluklar halinde yaşamaya başladıklarından beri, düzenin ve güvenliğin korunması gereğini duymuşlardır. Genel güvenlik ve düzenin korunması, önceleri toplumu oluşturan tüm bireylerin görevi iken, zamanla bu görev devlet

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

354ÖZTÜRK- ERDEM- ÖZBEK, 2004, s. 156.

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

tarafından oluşturulan uzmanlaşmış örgütlere devredilmiştir.³⁵⁶ İlk olarak roma hukukundan başlayarak çeşitli hukuk düzenlerinde getirilmiş hükümleri burada inceyeceğiz.

17.2. ROMA HUKUKU

Eski roma hukukunda kanun tarafından düzenlenmiş bir elkoyma müessesinden bahsetmek mümkün değildir bununla birlikte elkoymanın ön aşamasını teşkil eden bir kısım hukuki işlemlere bu dönemde rastlamaktaydı. Budönemde uygulanmakta olan itham sisteminde şahitliğin yanı sıra ev defteri gibi özel nitelikte olan belgelerde delili niteliğine haizdi.³⁵⁷ Müşteki olan şahıs, taraflar arasındaki hukuki ilişkileri çözen şahıstan şüphelinin evinin aranması ve bulunacak eşyalara ekkonulmasını isteyebilirdi.

Bundan başka özellikle devlete karşı işlenen suçlarda resmi makamlar tarafındanda arama ve elkoyma işlemleri yapılabilmekteydi.

17.3. İSLAM HUKUKU

İslam hukuk sisteminde bugünkü elkoyma diyebileceğimiz bir koruma tedbiri bulunmamaktadır;ancak müsadere tabi eşya ve müsadere kavramı mevcuttur.islam hukukuna göre bulundurulması suç olan eşya,(şarap domuz eti gibi haram olan ve bulundurulması yasak olan eşya) bulundurulduğu zaman zapt ve müsaderesi gündeme gelmektedir.meskenlerde yapılacak olan arama ve yapılacak olan elkoyma suç üstü hali dışında hakim kararı olmadan mimkün değildir.

17.4. TÜRK HUKUKU

Türk hukuk tarihi incelenirken islamiyetten önceki dönem ve sonraki

356 SOKULLU-AKINCI, s. 23

357 GÖKÇEN AHMET(Ceza muhakemesi hukukunda basit el koyma ve postada elkoyma s.51

dönem olarak ayırabiliriz;ancak islamiyetten önceki döneme ait kaynakların azlığı nedeniyle islamiyetten önceki türk devletlerinde elkoyma konusunda herhangi bir değerlendirme yapmamız mümkün olmamaktadır.³⁵⁸

Yaklaşık bin yıllık süren islam sonrası dönemde müslüman olan Türklerde uygulanan sistem islam hukukudur. Islam hukuku ile ilgili olarak ilgili bölümde değinildiği için burada yalnızca cumhuriyet dönemine değineceğiz.

Osmanlı devleti tarafından 1879 yılında kabul edilen ‘‘Usulü muhakematı cezaiye kanunu muvakatı’’elkoymaya dair hükümleri yaklaşık elli yıl uygulanmıştır.bu kanunda savcılık olayları aydınlatmaya yarayacak olan eşyaya elkoyma ve gerektiğinde sanığın evinde arama yapma ve bu arama sonucunda elkonulan eşyalar için tutanak tutma gibi hükümler bulunmaktadır(md 32,33,34,35,) ‘‘Usulü muhakematı cezaiye kanunu muvakatı’’1412 sayılı cmuk yürürlüğe girene kadar yürürlükte kalmıştır.

18. ELKOYMANIN ÇEŞİTLERİ

18.1. GENEL OLARAK ELKOYMA

Elkoyma genel bir terimdir.Yeni cmk üç gurup eşyaya el konulabileceğini kabul etmiştir.a) İspat aracı olarak yararlı görülen emare niteliğindeki eşya,b)Eşya müsaderesine tabi mal varlığı değerleri(CK54)ve ,Kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri(CK55),³⁵⁹

Buna göre elkoyama genelde üç amaç için yapılmaktadır.1)delil elde etmek için 2)Müsadere edilecek eşyaya elkoyma yolu ile müsadereyi gerçekleştirmek için 3)Kazanç müsaderesine konu eşyayı müsadere için elkoyma.

358GÖKÇEN AHMET(Ceza muhakemesi hukukunda basit el koyma ve postada elkoyma s.63)

359Kunter/Yenisey/Nuhoğlu Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1027

18.2. DELİL ELDE ETMEK İÇİN ELKOYMA

Bir eşya üzerinde ,rızası olmamasına rağmen ,zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demek olan ‘‘elkoyma ‘’(zapt)ceza muhakemesi bakımından ihtiyaç duyulabilir.bir diğer söyleyişle hükmün isabetle verilememesi yahut yerine getirilememesi yakın tehlikelerine karşı gecikmeden bu tedbire başvurma zorunluluğu çıkabilir.delil olabilecek eşyaya elkoyma tutucu bir koruma tedbiridir.kaçağın duruşmaya gelmesi için yapılan elkoymada böyledir.buna karşılık müsadere edilecek eşyaya ve para cezasını tehlikeden korumak için belli eşyaya elkoyma ,önleyici mahiyette koruma tedbiridir.³⁶⁰

Elkoyma eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demek olduğuna göre elkonulacak eşyenin niteliğine göre çeşitli şekillerde olabilir.Bu gayrimenkul eşyada tapuya şerh verilmekle ,Menkul eşyada ise zilyedin elinde alınmakala olur. Yeni kanun zilyedin elinden eşyayı zorla almaya ‘‘elkoyma ‘’,zilyedin rızası ile teslim etmesine ise ‘‘muhafaza altına alma ‘‘ adını vermiştir.

18.3. MÜSADERE EDİLECEK EŞYAYA ELKOYMA

Müsadereye tabi eşyaya elkoyma yeni CMK da bir koruma tedbiri olarak öngörülmüştür.İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla ,kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veye suçun işlenmesine tahsis edilen yada suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur.Suçun işlenmesinde kullnılmak üzere hazırlanan eşya,kamu güvenliği kamu sağlığı veye genel ahlak açısında tehlikeli olması durumunda müsadere edilir(CK 54/1).³⁶¹

360KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1026

361KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1036

18.4. KAZANÇ MÜSADERESİNİN KONUSUNU OLUŞTURAN EŞYAYA ELKOYMA

Kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan eşya taşınır olabileceği gibi taşınmaz yada hak veya alacak da olabilir . Kanunda ‘’ Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir’’. (CK55) şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.biz burada sadece kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan taşınmazlara ,hak ve alacaklara elkoymayı düzenleyeceğiz.

Yeni ceza kanunumuzun kazanç müsaderesine ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için CMK 128 de bazı şartlar belirlenmiştir.bu şartlar a)CMK 128/2 de liste halinde sayılan suçlardan birinin işlendiği kuvvetli şüphesinin varlığıdır. Bu suçlar şunlardır.

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (Madde 76, 77, 78),
2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (Madde 79, 80),
3. Hırsızlık (Madde 141, 142),
4. Yağma (Madde 148, 149),
5. Güveni kötüye kullanma (Madde 155),
6. Dolandırıcılık (Madde 157, 158),
7. Hileli iflas (Madde 161),
8. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188),
9. Parada sahtecilik (Madde 197),
10. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (Madde 220),
11. İhaleye fesat karıştırma (Madde 235),
12. Edimin ifasına fesat karıştırma (Madde 236),
13. Zimmet (Madde 247),
14. İrtikap (Madde 250)

15. Rüşvet (Madde 252),
16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (Madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),
17. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315) suçları,
18. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (Madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b)İkinci şart kuvvetli şüphenin bulunmasıdır.Kanun kuvvetli şüphe sebebini iki noktada aramıştır.aa)Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiği konusunda kuvvetli şüphe sebebi; b)taşınmaz hak ve alacağın bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi.³⁶²

c)Üçüncü şart, taşınmaz hak ve alacağın şüpheli veya sanığa ait olmasıdır.

AA Elkoyma kapsamına giren taşınmaz hak ve alacaklar.

Kanun taşınmazlara ,kara deniz veya hava ulaşım araçlarına banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba ,gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki hertürlü hak ve alacaklara,kıymetli evraka ,ortağı bulunduğu şirkettekiortaklık paylarına ,kiralık kasa mevcutlarına ve diğer mal varlığı değerlerine elkonulabilinmesini kabul etmiştir.³⁶³

Faaliyeti çerçevesinde suç işlenen şirket

CMK133/4 sayılan

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (Madde 79, 80),
2. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188),
3. Parada sahtecilik (Madde 197),
4. Fuhuş (Madde 227),
5. Kuma oynanması için yer ve imkân sağlama (Madde 228),
6. Zimmet (Madde 247),
7. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (Madde 282),
8. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315),
9. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (Madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337),Suçları,

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah

362Kunter/Yenisey/Nuhoğlu Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1038

363Kunter/Yenisey/Nuhoğlu Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1038

kaçakçılığı (Madde 12) suçları,

c) Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlarda,

Hakim veya mahkeme kararıyla kuvvetli şüphe sebebinin varlığı halinde ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bu tedbire başvurma gerekliliği halinde, faaliyeti çerçevesinde suç işlenen şirketin yönetimi için kayyım tayin edilir.

18.5. POSTADA ELKOYMA

Haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği başta olmak üzere çeşitli temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı için bir özel elkoyma çeşidi olan postada el koyma kanunda özel ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca AİHS'nin 8.maddesinde de haberleşme hürriyeti güvence altına alınmıştır.

Postada elkoyma posta hizmeti veren hertürlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere elkoymayı kapsar. "Gönderi" kavramı ,resmi yada özel posta hizmeti gören kurumlardaki maddi varlığa sahip, mektup ,telgraf,paket,koli gibi her şey anlamına gelir.

Yeni CMK Postada elkoymayı "Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir." şeklinde düzenlemiştir.

Yeni kanun Mülga kanunun aksine postada elkoymayı genelleştirdi. Şüpheli ve sanıktan soyutlanarak,"gönderinin kendisini "hedef alan bir düzenleme

yaptı ”suçun delilini oluşturduğundan şüphe edilen “ve “gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu olma”ölçütlerini kullandı. böylece herkesin gönderisine elkoyma yolu açıldı.³⁶⁴

Ancak unutulmaması gereken avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye dayanan yazışmalara el konulamaz.(CMK 154)

18.6. AVUKAT BÜROLARINDA ELKOYMA

Avukat bürolarında elkoyma da avukat bürolarındaki arama gibi özel koşullara bağlanmıştır.CMK 130/2 ye göre ,bürosunda arama yapılan avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait şeylere elkonulamaz.Arama sırasında avukat, baro başkanı yahutta barotemsilcisi elkonulmak istenilen şeyin avukat ile müvekkili arasındaki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek bunlara elkonulmasına karşı koyarsa bu elkonulan şey ayrı bir zarf veya paket içine konulacak ve hazır bulunanlarca mühürlenecektir.b kapalı zarf hakimin önüne gidecek ve hakim kararını yirmidört saat içinde verecektir.Eğer hakim elkonulan şeyin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğuna karar verirse elkonulan şeyler derhal iade edilip yapılan işleme ilişkin tüm tutanaklar ortadan kaldırılır.

18.7. AVUKATIN GÖNDERİLERİNE (POSTASI) ELKOYMA

Avukatın gönderilerine postada elkonulacaksa (CMK130/3)Avukatın bürosunda yapılan aramanın şartlarına uyulmalıdır.

Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için adliyenin eli altında olması zorunlu sayılan gönderiler Avukatın postası kapsamında olabilir.CMK bu ihtimali öngörerek postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan Avukatın karşı koyması üzerine gönderinin ayrı bir zarf veya paket içine konularak hakime gönderilmesi kuralını

364Kunter/Yenisey/Nuhoğlu Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1042

öngörmüştür.Hakim postadaki iletinin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olup olmadığını inceleyecektir.³⁶⁵

18.8. SÜRÜCÜ BELGESİNE ELKOYMA

Mülga kanunada olmamasına rağmen yeni kanun Trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne uymadığı için işlediği taksirli suçtan mahkum olan kişinin sürücü belgesinin üç aydan üç yıla kadar geri alınması tedbirinin uygulanabileceğini düzenlemiştir.bu konu ile ilgili olarak Kara yolları trafik kanununda da hüküm bulunmaktadır.(KTK 41,118/5,119/1)

18.9. BASILMIŞ ESERLERE ELKOYMA

Anayasal düzenleme ,Basılmış eserlere elkoyma basın hürriyeti ile ilgisi yüzünden büyük bir önem taşır.Anayasamız kanuna uygun şekilde basın işletmesiolarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alı konulamaz(7.5.2004,5170/4 s.k 30).şeklinde bir düzenleme getirerek basım evi ve eklentileri ile basım araçlarının zapt ve müsaderesini yasaklamıştır.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen anayasanın 26.maddesi ,AİHS'nin 10.maddesi ile paraleldir.

Yeni basın yasamızdaki düzenleme ,Basın kanunu 10.maddeye göre basımcı bastığı hertürlü yayının imzalı iki nüshasını ,dağıtım veya yayının yapıldığı gün mahallin c.başsavcılığına teslim etmekle yükümlüdür.ayrıca c.savcısı gecikmesinde sakınca olan hallerde de kolluk marifetiyle en fazla üç adet basılmış esere elkoyabilir.

Basılmış eserlere elkoyma kararı,basılmış eserlere elkoyma sadece hakim kararı ile olur.Gecikmesinde sakınca varsa c.savcısı sadece üç adedine

365KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1044

elkoyabilir.basılmış eserlerin tamamına elkonulması sadece kanunda kanunda sayılan katalog suçlarda ve hakimden karar alınarak mümkündür.(25/2)soruşturma ve ya kovuşturmanın başlanmış olması ön koşuldur.Bu katalog suçlar atatürk aleyhine işlenen suçlar hakkında kanuna muhalefet ,inkılap kanununa muhalefet gibi suçlardır. Yurtdışında basılan süreli ve süresiz yayınlarda artık sadece hakim kararı ile kuvvetli delil olması ve katalog suçlara (25/2)girmesi halinde hakim kararı ile elkonulabilir.(25/3)

18.10.BİLGİSAYARLAR, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINA VE KÜTÜKLERİNE ELKOYMA

Günümüzde suç çeşitliliğinin artması ve teknolojik gelişmelerle birlikte bilgisayarların suçlarda kullanımı artmıştır, bu nedenle CMK arama ve elkoyma tedbirine ilişkin genel düzenlemenin yanında (CMK 116.,123.md)bilgisayarlarda bilgisayar kayıtlarında ve kütüklerinde arama ve elkoyma tedbirine 134.madde de yer vererek bu konuda özel bir düzenleme yapmıştır.Bu düzenleme AİHS’NİN 8. maddesine paraleldir.

Şüphelinin kullandığı bilgisayar şüphelinin maliki olduğu değil herhangi bir nedenle kullanmakta olduğu bilgisayarı ifade eder³⁶⁶

Bu koruma tedbirine başvurulabilmesi için başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması gerekir;ancak böyle bir durumda cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programı ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına ,bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına ve bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine hakim tarafından karar verilir.her suç tipi için bu tedbire başvurulabilir.Burada dikkat edilmesi gereken husus bu tedbire ancak soruşturma evresinde ve cumhuriyet savcısının istemi halinde hakim tarafından başvurulabileceğidir

366KARAGÜLMEZ, Ali Bilişim Suçları ve Soruşturma -Kovuşturma Evreleri, Ankara -2005, s.265

19. ELKOYMA İÇİN ARANAN ŞARTLAR

19.1. MADDE BAKIMINDAN ŞARTLAR

Yeni kanun (5237 s.k)'' İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.''(123) Şeklinde bir düzenleme getirerek zilyedin elinde zorla almaya ''elkoyma'', rıza ile teslim etmeye ise, ''muhafaza altına alma ''adını vermiştir.(CMK 123)

19.1.1. Elkoymada koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinin aranması

Elkoyma tedbirinde diğer koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinin bulunması gerekir .Elkoyma, diğer koruma tedbirleri gibi geçicidir.Elkonulan eşye muhakemenin sonunda ya müsadere edilir ya da zilyedine iade edilir.kısaca elkoyma hüküm verilinceye kadar devam edecektir. Elkoyma , tutuklamaya nazaran daha basit koşullara bağlı tutulmuştur.Bunun sebebi kişi hürriyetine dokunmayıp kişilerin malına yönelik bir tedbir olmasıdır.

19.1.2. Elkoyma tadbiri için gerekli olan şüphe aranması

Elkoyma tadbiri için aranan şüphe, kanun metninde elkoyma için kuvvetli şüphe kavramından bahsedilmediği için yeterli şüphe derecesinde bir şüphe elkoyma için yeterli olacaktır;ancak elkoyma tadbiri bir çok temel hak ve hürriyete sınırlama getirdiği için olayın durumuna göre elde yeterli, ciddi delil ve olaylara dayanan şüphe olmalıdır.

19.2. EŞYA BAKIMINDAN ARANAN ŞARTLAR

Elkoymaya konu olan eşya menkul olabileceği gibi gayrimenkul de olabilir, ayrıca hak ve alacakalarda elkoymaya konu olabilir. elkoyma tedbiri için eşyada aranan nitelik ,elkoymaya konu olacak eşyanın delil niteliğinde olması ya da müsadereye konu olabilecek bir malvarlığı değeri olmasıdır. Yapılan bir soruşturma ya da kovuşturmada bu nitelikleri taşıyan ve elkonulması yasak eşya kapsamına girmeyen eşyaya elkonulabilir.

20. ELKONULMASI YASAK EŞYA

20.1. DEVLET SIRRI NİTELİĞİNDEKİ BELGELER

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, "devlet sırrının yargıdan gizlenememesi ilkesini" benimsemiştir. Bu nedenle, bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgelerin, "devlet sırrı" olarak mahkemeye karşı gizli tutulması yasaklanmıştır (CMK 125 ve CMK 47/1)³⁶⁷.

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

Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilir (CMK 125/2). Bunlar savcı veya avukata verilemez, verilirse bilgi sır olmaktan çıkar. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hakim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir³⁶⁸.

367 KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 964.

368 ÖZTÜRK- ERDEM, s. 552.

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

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

Yukarıda tanımı yapıldığı üzere içeriği devlet sırrı teşkil eden belgeler mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Ancak devlet sırrına ilişkin belgelerin incelenmesi veya önemli hususların tutanağa geçirilebilmesi için, yargılaması yapılan suçun cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olması gerekir. Beş yıldan az hapsi gerektiren suçlarda devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler hakim veya mahkeme heyeti tarafından incelenemez³⁶⁹.

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

20.2. ŞÜPHELİ SANIK VE TANIKLIKTAN ÇEKİNEBİLECEK KİŞİLER NEZDİNDE BULUNAN MEKTUP VE BELGELER

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

369YAŞAR, s. 517.

Maddeye göre, akrabalık (CMK m.45)ya da meslek sırrıyla bağlı olanlar (CMK m. 46) ile şüpheli veya sanık arasında karşılıklı gönderilen mektuplara el konulamaz. Ön koşul, tanıklıktan çekinmeyi gerektiren yakın akrabalık ya da meslek sırrıyla bağlılık bulunmasıdır. Ancak yalnızca bu ilişkilerin varlığı el konulmayı önlemeye yetmemekte ve ayrıca mektubun kişinin yanında olması, suça katıldığına veya suça yataklık yaptığına kuşku duyulmaması koşullarının da gerçekleşmesi gerekir. Suça katılmış ya da yataklık etmiş ise, artık tanık değil sanık olduğu için, tanıklıktan çekinme hakkının sağladığı olanaklardan yararlanmaması gerekir. Nezdinde bulunmaktan maksat ise, yalnız kişinin üzeri olmayıp, mektup ve belgelerin yerleşim yerinde veya işyerinde bulunması da, kavramın kapsamı içindedir³⁷⁰.

El konulma yasağı, şüpheli ya da sanık için değil, tanıklıktan çekinmeye hakkı bulunan diğer kişiler için öngörölmüştür. şüpheli veya sanığın yakın akrabasına ya da avukatına yazdığı mektuplara, şüpheli veya sanığın üzerindeyken ya da kişilere ulaşmamış bulunması koşuluyla el konulması olanaklıdır. Ancak şüpheli veya sanığın yazdığı mektup, tanıklıktan çekinmeye hakkı olan kişinin eline geçmiş ise, el konulmaması gerekir³⁷¹.

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

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

370 YAŞAR, s. 518.

371 YAŞAR, s. 518.

bildirilmelidir³⁷².

20.3.TUTUKLU SANIK İLE MÜDAFİİ ARASINDA GÖNDERİLEN MEKTUPLAR

Savunma hakkının dokunulmazlığı, sanıkla müdafii arasındaki mektuplara elkonulamamasını gerektirir. Nitekim tutuklu sanıkla müdafii yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı yasa da açıklanmıştır (CMK m. 154)³⁷³. 1412 sayılı mülga CMUK m. 144'teki düzenleme 5271 sayılı CMK'nın 154. maddesine aynen alınmıştır. Maddeye göre: “Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz”.

20.4. BASİMEVİ VE EKLENTİLERİ İLE BASIN ARAÇLARI.

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

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

Buna göre herhangi bir suçun işlenmesinde kullanılan basımevi ve eklentilerine elkonulamayacaktır. Ancak bura da dikkat edilecek husus, basımevi ve

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

373 CENTEL-ZAFER, 2003, s. 263.

eklentilerinin kanuna uygun bir şekilde kurulmuş olmasıdır. Kanaatimizce, kanuna uygun bir şekilde kurulmayan basımevi ve eklentilerine bir suçun işlenmesinde kullanılması halinde elkoyma ve müsadere mümkün olmalıdır.

21. KİŞİ BAKIMINDAN ŞARTLAR

21.1. GENEL OLARAK

Elkoyma işlemi , Anayasa 'nın 35.maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkını sınırlandıran bir koruma tedbiri niteliğinde olduğu için Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde elkoyma işleminin bir karara veya emre dayalı olması gerektiği vurgulanmıştır.

Elkoymanın kişi bakımında şartları elkoyma kararı verebilenler ve hakkında elkoyma kararı uygulananlar açısından önemlidir.Burada belirtilmesi gereken şey elkoyma kararı verilebilmesi için bunun gerekli koşullarının oluşması ve ayrıca elkoyma kararının gerekli olması lazımdır.Eğer elkoymayı gereksiz kılacak bir durum varsa artık elkoymaya gerek yoktur,sahipsiz bir eşya bulunduğu anda artık elkoymaya gerek olmadan sadece koruma altına alınır(Arama yön.4)Ayrıca ilgilinin eşyayı kendi rızasıyla gelip eşyayı adli makamlara teslim etmesi halinde de bu eşya muhafaza altında tutulur.

21.2. ELKOYMA KARARI VERMEYE YETKİLİ MERCİLER

Elkoyma kararını kural olarak hakim verir.Hakimin elkoyma kararı vermesi için ,kolluğun makul şüphe sebeplerinin oluştuğunu belirten bir raporla cumhuriyet savcısına başvurması ,Cumhuriyet savcısının bunu uygun gördüğü taktirde , sulh ceza hakiminden elkoyma kararı vermesini istemesi normal prosedürdür.³⁷⁴ (Any.m20/2, CMK 127,)

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise ,Cumhuriyet savcısının yazılı

374 KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1030

emri ile elkoyma işlemi yapılır.Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kollukça elkoyma işlemi yapılır.(CMK127/1) Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emrinin,24 saat içinde görevli hakim onayına sunulması gerekir.(CMK127/3)Hakim kararını elkoymadan itibaren 48 saat içinde açıklar. Hakim kararını bu süre içinde açıklamazsa elkoyma işlemi kendiliğinden kalkar.

21.2.1.Elkoyma kararını vermede olağan yetki:Hakim (veya mahkeme)

Elkoyma kararını vermede olağan yetki Hakimin veya yerine göre mahkemenindir.(Any.20/2.CMK 127/1,) Soruşturma evresinde elkoyma tedbirine Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi karar verir. Özel yetkili ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarda elkoyma kararını vermeye ilgili ağır ceza mahkemesi üyesi yetkilidir.(.CMK 251/2)Kovuşturma evresinde ise hakim veya mahkeme tarafından elkoyma kararı verilebilir.

Hakim kararı ile arama sırasında yapılan elkoyma hukuken mutaber bir işlemdir³⁷⁵

Elkoyma kararı tek başına verilebileceği gibi,arama yetkisi ile birlikte de verilebilir.Elkoyma yetkisiyle birlikte verilen arama kararı neticesinde elkonulan eşya için elkoyma işlemi için ayrı bir karar almaya gerek kalmayacaktır.

Müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. (CMK 153/1,2)

Müdafie tanınan dosyayı inceleme ve istediği belgelerin bir suretini

375KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1031

harşız olarak alabilmesi hakkına getirilen sınırlama da amaç elkoyma kararının başarı ile uygulanmasıdır.Aksi takdirde hakkında elkoyma karar verilen muhatap elkonulacak eşyayı saklar ve elkoymadan beklenen fayda elde edilemez.

21.2.2.Elkoyma kararının şekli ve içeriği

Yasada elkoyma kararının içeriği ortaya konulmamıştır.aramada olduğu gibi elkoyma kararında da ,elkonulacak eşyanın özellikleri belirtilmelidir.Tereddüte yer vermeyecek şekilde eşyanın özelliklerinin belirtilmesi gerekir.Elkoyma kararında kural olarak sadece elkoymaya dair iradenin açıklanmasıyla yetinilir.Burada emniyet altına alınmanın şekli Cumhuriyet savcısının takdirine bırakılmıştır.

Soruşturma evresinde yapılan tüm işlemlerin belgelendirilmesi gerektiğinden (CMK169)elkoyma işlemi bir tutanakla belirlenir. Tutulan bu tutanakta elkonulan eşyanın ayırt edici tüm unsurları belirlenir (Suç eşyası yön m.5).Elkoyma işlemi yapan kolluk görevlisinin açık kimliği tutanakta gösterilir.(CMK 227/2).Terörle mücadele kanunu kapsamında kalan bir suç söz konusu ise tutanağa ilgili kolluk görevlilerinin sadece sicil numaraları yazılır./TMK 10/1-ç)

21.2.3. Elkoyma kararı vermede istisnai yetki

Elkoyma kararı vermede istisnai yetki gecikmesinde sakınca hal bulunması halinde Cumhuriyet savcısının elkoyma için yazılı emir vermesidir.(CMK127/1) Gecikmesinde sakınca hal bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına ulaşılamıyorsa kolluk amirinin de yazılı emri ile elkoyma işlemi yapılabilir.Her iki durumda da elkoyma kararının elkoymadan itibaren 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulması gerekir.(CMK 127/3) Kolluk amirinin yazılı emri ile elkoyma işlemi yapıldığında neden dolayı kendisine ulaşamadığı hususu Cumhuriyet savcısına derhal bildirilir.Hâkim kararı olmaksızın yapılan

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

Gecikmesinde sakınca halden maksatın ne olduğu AÖAY m.4 te belirtilmiştirElkoyma ilemi açısından gecikmesinde sakınca bulunan hal;derhal işlemi yapılmadığı takdirde suçun iz, eser emare ve delillerinin kaybolamsı veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması halini ifade eder. Böyle istisnai bir yetkinin Cumhuriyet savcısı ve kolluk amirine verilmesinin sebebi elkoymaya tabi eşyanın kaçırılma, kaybedilme veya telef edilme ihtimalini ortadan kaldırmaktır.

Elkoyma kararının veya emrinin, Anayasanın 20/2 gereği elkoyma işlemi yapılmadan önce mutlaka yazılı olarak verilmiş olması gereklidir.Önce sözlü emir verilip sonradan bu emrin yazı ile teyit edilmesi (CMK163/3) elkoyma tedbiri bakımından geçerli değildir.

Elkoyma kararlarına karşı her zaman itiraz edilebilir.Elkoymaya maruz kalan kişinin hakimden bu konuda bir karar vermesini isteme yetkisi vardır. Askerî mahâllerde yapılacak elkoyma işlemi, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir. Sıkıyönetim halinde sıkıyönetim komutanına da elkoyma yetkisi verilmiştir.(sıkıyönetim kanunu 3/1-a)Ancak sıkıyönetim komutanına tanınan elkoyma yetkisi idari mahiyettedir.

22. ELKOYMA KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ

22.1. ELKOYMA USULÜ

Kural olarak ispat aracı ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan eşyayı yanında bulunduran kişiden zorla alınması , yani elkoyma için önceden verilmiş bir hakim kararı vardır(CMK 127/1) ve bu karar C.savcısı emri ile kollukça uygulanır.³⁷⁶

Elkoymanın icra edilebilmesi için elkoymanın icra edilebilir ve gerekli olması lazımdır.Kanun’’İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır.Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir’’ (123/1,2) demek suretiyle kişinin keni rızasıyla teslim ettiği eşya ve sahipsiz eşyada kolluğa muhafaza altına alma yetkisi vermiştir,rızayla teslim olmayan hallerde ise elkoyma olacaktır.

Elkoymanın icrası,yetkili memurun eşyanın verilmesini talep etmesi ile başlayacaktır.³⁷⁷

Rıza ile verilmediği takdirde devletin zor kullanma yetkisi başlar.Kolluk görevlileri elkonulacak eşyayı önce isterler,verilmediği takdirde zor kullanma yetkisi doğacaktır;ancak burada dikkat edilmesi gereken şey bu zor kullanma da sınırın aşılması gerekmektedir.

Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.(127/3)Burada ki işlem bakımından ‘’ortadan kalkma’’ yokluktur.

376KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1040

377KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU Beta Yayın evi onaltıncı onaltıncı bası s.1041

Postada elkoymaya karar verme yetkisi kural olarak hakimindir. İstisnai olarak C.savcısınada hakim kararı olmadan postada elkoyma yetkisi verilmiştir;ancak kolluk amirine postada elkoyma yetkisi verilmemiştir. Özel nitelikteki olan,taşınmaz, hak, alacak ve diğer değerlere elkoyma yetkisi ise sadece hakime aittir.(CMK128/9)

Elkoyma işlemi kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir.Elkoyma işlemi suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir.

Elkonulan eşyanın tam bir listesi yapılır ve resmi mühürle mühürlenip işaretlenir.

Suç eşyası yönetmeliğine göre elkoyma işlemi yapan kolluk görevlilerince ,suç eşyasına elkonulduğuna dair bir tutanak düzenlenir.Elkoyma tutanağına;elkonulan eşyanın cinsi,miktarı üzerindeki işaret,yazı ve numaraları ,tür,marka,model ve ölçü gibi benzerlerinden ayırt etmeye elverişli bütün nitelikleri, takdir ettikleri 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 vekili ya da müdafinin ,birlikte ve tanıklar ile huzurda buluna diğer kişilerin ve elkoyma işlemi 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.(mad.5)

22.2. ELKONULAN EŞYAYI İNCELEME YETKİSİ

CMK 122 ye göre, ‘‘Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. ‘’

Bu madde hükmü ile özel hayatın gizliliğinin korunması

amaçlanmıştır.1412 sayılı CMUK.un 102/1 maddesinde sanığın kağıtlarını inceleme yetkisini sadece hakime vermişti.CMK 122/1 de ise bu yetki hakim ve Cumhuriyet savcısına verilmiş fakat bunun yanında zilyedin rızasıyla kolluk görevlilerinin bu kağıtları inceme yetkisi kaldırılmıştır.

İnceleme,bu belge ve mektupların delil olma veya müsadere edilebilme özelliğine sahip olup olmadıklarını anlamak için içeriğinin belirlenmesidir.Bu belge ve mektupların mutlaka aramaya neden olan suçla ilgili olması gerekmez.örneğin imza incelemesi için suçla ilgisi olmayan belge,kağıt ve mektuplara elkonulabilir.Kişiye ait not defteri,mektuplar, kasa defteri,fotoğraf.CD,DVD türlü kişiye özel yazılı belgedir.gazete veya kitap bu kapsama girmez.³⁷⁸

22.3. ELKOYMANIN SONA ERMESİ

Bir suç nedeniyle ispat aracı olan ya da müsadereye konu olabilecek olan eşya üzerinde elkoyma işlemi uygulanabilir. CMK 131/1e göre “Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde, re'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir”.Kısaca elkoyma tedbirinin sona ermesi,eşyanın iadesi veya müsaderesi ile sona erecektir.

Eşyanın iadesine soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakimi,kovuşturma evresinde ise mahkeme karar verecektir.

Aynı şekilde,taşınmazlara,hak ve alacaklara elkonulmuşsa,bunların suçtan zarar gören mağdura ait olduğunun anlaşılması halinde eşya veya diğer malvarlığı değerleri sahibine iade edilir.

378AKSOY,Şemsettin ;a.g.e.,s.130

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU MEVZUATI AÇISINDAN HUKUKUKA AYKIRI ARAMA VE ELKOYMAYA İLİŞKİN, HUKİKİ DENETİM VE TAZMİNAT

1. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI ARAMA VE ELKOYMA

1.1. HUKUKA AYKIRI ARAMA VE ELKOYMANIN DELİL YASAĞI TEŞKİL ETTİĞİ HALLER

1.1.1 Genel Olarak

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

Bu nedenle, suçun ispatı ve yargılama sonunda verilecek hükmün yerine getirilmesini sağlamak açısından, suç işleyen kişilerin yakalanması ve suç izleri ile delillerinin elde edilmesi önemlidir³⁷⁹.

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

379 KAYMAZ, s. 135.

Bu yüzden, arama yapabilmek için öncelikle bir suçun işlenmiş olması, arama yapılacak yerde suçlunun ve suç izlerinin bulunacağına dair bir şüphe olması, arama işlemine başvurulmasının gerekli ve faydalı³⁸⁰ olması, uygulanacak tedbirin işlenen suç ile orantılı olması³⁸¹ elkoymaya konu olacak mal varlığı değerinin ispat aracı veya müsadereye konu olabilecek bir malvarlığı değeri olması ve kural olarak, hâkim tarafından verilmiş bir arama ve elkoyma kararının bulunması gereklidir.

Arama ve elkoyma için aranan şartlardan birinin eksik olması, kanunda belirlenen koşulların gerçekleşmemesi halinde, yapılan arama ve elkoyma işlemi ve bu işlem sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı olması sonucunu doğuracaktır. Hukuka aykırı arama ve elkoyma ise; adalet ve özgürlük kavramlarının özü ve adil yargılama ile ilgili aranmama hakkının, ihlaline neden olacağından, bu yolla elde edilen deliller yasak delil kapsamına girer³⁸².

Bu bölümde sırasıyla, arama ve elkoyma için gerekli şüphenin olmaması ve bu tedbirlerin uygulanacağı kişiler, bu tedbirlerin zamanı ile arama işlemi bakımından söz konusu olan yasak deliller ile elkoyma yasakları incelenecektir.

1.1.2.Şüphe Bakımından

Şüpheli ve sanığın yakalanması ve suç delillerinin elde edilmesi amacıyla arama yapabilmek için, bir suç işlediğine, şüphe edilen kişi ve sanığın, keza, suç delillerinin elde edilebileceğine dair bir şüphenin mevcut olması lazımdır. Arama işleminin yapılmasının en önemli koşulu bir suç işlendiği veya suç delili elde etme hususundaki şüphenin varlığıdır³⁸³.

Aramayı düzenleyen 5237 sayılı kanunun CMK 116. maddesinde arama

380 ÖNDER, s. 430.

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

382 YENİSEY, Arama, s. 14.

383 ÖNDER, s. 428.

yapabilmek için gerekli olan şüphenin derecesi belirtilmiştir. 116. maddeye göre; “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir”. Makul şüphe ise, AÖAY’nin 6. maddesinde tanımlanmıştır. Elkoyma için aranan şartlar kanunda açıkça belirtilmemiştir.

Ancak elkoyma bir koruma tedbiri olduğundan bu tedbirlerin ön şartlarının bulunması gerekir. Bir kere, az da olsa, gecikmede tehlike olmalıdır. Diğer taraftan, az da olsa şüphe sebebi bulunmalıdır. Bu sebeple bir suçun mevcut olduğu ihtimalini gösteren deliller .

Arama ve elkoyma kararını hâkim vermiş ise, arama ve elkoyma yapabilmek için gerekli olan yeterli şüphenin varlığını hakim takdir edecektir. Hakim kararına rağmen, zabitanın, yeterli şüphenin var olup olmadığı şeklinde bir değerlendirme yapma yetkisi yoktur. Gecikmesinde sakınca olan hallerde yapılan aramalar ve elkoymalarda ise, makul şüphenin varlığını Cumhuriyet savcısı takdir edecektir.

Arama yapmak için gerekli şartlardan olan makul şüphenin bulunmaması halinde, koşullardan birinin eksik olması sebebiyle yapılan aramanın hukuka aykırı olacağı rahatlıkla ileri sürülebilir. Buna rağmen, acaba makul bir şüphe olmadan yapılan aramada suç ile ilgili deliller ele geçirilirse, sırf başlangıçta makul şüphenin bulunmaması nedeniyle elde edilen deliller değerlendirme dışı tutulabilecek midir? YENİSEY, makul şüphe bulunmaması halinde yapılan aramanın ve dolayısıyla elde edilen delillerin hukuka aykırı delil kategorisine gireceği görüşündedir³⁸⁴.

1.1.3. Karar Verecek Mercii Açısından

Kişinin temel Anayasal hakları olan kişi haysiyeti ve dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı ile özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğinden, kural

384 YENİSEY, Arama, s. 11.

olarak aramaya ve elkoymaya karar verme yetkisi hakime verilmiştir. (AY m. 21,CMK m.119,127)

Hâkimden başka kişilerin arama ve elkoyma kararı verme yetkisi yoktur. Gecikmesinde sakınca olan hallerde ise, cumhuriyet savcısı ile ona ulaşılmayan hallerde kolluk amirinin, arama ve elkoyma kararı değil, arama emri verme yetkileri bulunmaktadır;Ancak bu emirlerin kanunda belirtilen süre içinde hakim onayına sunulması gerekmektedir aksi halde hukuka aykırılık olacaktır.

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

5271 sayılı CMK’nın 119. ve 127.maddelerinde, 5353 sayılı yasa ile değişiklik yapılarak kolluk amirlerine de sınırlı şekilde yazılı arama ve elkoyma emri verme yetkisi tanınırken ,amir kavramı tanımlanmamıştır.

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

1982 Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile buna paralel olarak 2559 sayılı PYSK’unda ve 5271 sayılı CMK’da yapılan

değişiklikler gereğince hakim kararı gibi, yetkili merciin yani Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin emrinin de mutlaka yazılı olması şartı³⁸⁵, karşısında yazılı olmayan arama,elkoyma kararı veya emri hukuka aykırı olacaktır.

Ayrıca arama ve elkoyma karar veya emirlerinde aranacak yerler ile kişilerin ve ayrıca elkonulacak eşyaların da belirtilmesi ve tanımlanması gereklidir. Belirli bir zaman şartı içermeyen ve aranacak kişilerle, yerlerin belirtilmediği arama kararları, usulüne uygun arama kararları olmadığından, bu şekildeki kararlara dayalı olarak yapılan aramalar ve elkoymalar da hukuka aykırı olur.

1.1.4.Hakkında Arama Ve Elkoyma Tedbiri Uygulacak Kişiler Bakımından

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

Üzerinde durulması gereken bir husus da, suçüstü hallerindeki yakalama sırasında, kolluğun kişinin üzeri ve meskenini arama yetkisinin olup olmadığı, yakalamanın kolluğa bu yetkiyi verip vermediğidir. Kural olarak yakalamanın amacı, delil elde etmek olmayıp, şüpheli veya sanığın elde edilmesidir. Ancak suç işlemede kullanılan araçların ve diğer delillerin yakalanan kişinin üzerinde olması ihtimali bulunduğundan, yakalama sırasında hâkim kararı olmadan kolluğun kişi üzerinde arama yapması hukuka aykırı sayılmamalıdır³⁸⁶. Zaten AÖAY'nin 8/b ve YGİAY'nin 6/2. maddelerinde bu hallerde arama için hakim kararına gerek olmadığı belirtilmiştir.

Ancak burada şöyle bir soru akla gelmektedir: Tutuklama kararı ve yakalama

385 ATASOY, s. 144.

386SOKULLU-AKINCI, s. 147.

müzekkeresi üstü kapalı bir arama kararı niteliğinde midir? Bu konuda CİHAN-YENİSEY, tutuklama kararı veya yakalama müzekkeresinin üstü kapalı bir arama kararı niteliğinde olduğunu belirtmişler³⁸⁷, KUNTER-YENİSEY- NUHOĞLU'da bu görüşü savunmuştur³⁸⁸. ÖZBEK ise elkoyma ve gözaltına alma kararının da arama kararı içerdiğini savunmuştur. Yazara göre, gözaltına alma, tutuklama ve elkoyma kararı verilirken en az arama kararı verilirken gösterilen titizlik gösterilecektir. Hatta yakalama ve tutuklama kararı daha yoğun bir şüpheyi gerektirdiği için daha da hassas olacaktır. Burada dikkat edilecek husus kararın verilmesi bakımından değil, kararın yerine getirilmesi bakımındandır³⁸⁹.

Yakalama sırasında kolluğun kişi üzerinde yapacağı arama, işlenmiş olan suçla yakından ilgilidir ve yakalanan kişinin işlediği iddia edilen suçun niteliği ile sınırlıdır. İşlenen her suç, kişi üzerinde arama yapmayı haklı kılmaz. Kişinin üzerinde ve meskeninde arama yapmak için, aranılan suç delillerinin şüpheli ve sanığın üzerinde taşınmasının mümkün olması ve aramanın işlenen suç açısından gerekli ve yararlı olması lazımdır. Örneğin, çok büyük hacimdeki bir suç aletinin şüpheli veya sanığın üzerinde bulunması mümkün olmadığından, suç delili elde etmek amacıyla kişinin üzerinde arama yapılması hukuka aykırıdır³⁹⁰. Aynı şekilde bir trafik kazası sonucu yaralamaya veya ölüme sebebiyet vermek suçunu işleyen sanığın evinde ve üzerinde bu suça ait delillerin bulunması mümkün olmadığından ve bu gibi hallerde arama, gerekli ve faydalı olmadığından yapılan arama hukuka aykırı olur³⁹¹.

Meskenin(konutun) aranması sırasında, eğer arama kararında meskende bulunan kişinin aranması hususu yer almıyorsa, kişinin üzeri kural olarak aranmaz, kişinin yalnızca aranacak meskende olması, aranması için yeterli bir neden değildir(CMK m. 119/2)³⁹².

387 CİHAN-YENİSEY, s. 217.

388 KUNTER-YENİSEY- NUHOĞLU, s. 941.

389 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 426.

390 KAYMAZ, s. 148.

391 KAYMAZ, s. 149.

392 YENİSEY, Arama, s. 31.

Elkonulması yasak olan eşya hakkında elkoyma işlemi yapıldığı zaman yine hukuka aykırılık söz konusu olacaktır.” Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı Maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz.”(CMK126/1)

Ancak ,bu kişiler kendi rızaları ile verirlerse hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil oluşur.Başka bir ifade ile ‘’muhafaza altına alma’’muteberdir.’’Elkoyma’’ yasaktır.Buna rağmen elkonulursa ,’’konusu bakımından yasaklanmış delil ‘’oluşur.³⁹³

Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler,ancak mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilir(CMK 125/2).Devlet sırrı ile ilgili mahkemeye karşı gizli tutmama ilkesi sadece alt sınırı beş yıldan fazla olan hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanmaktadır.(47/3) Bu kanuni düzenlemelere aykırılıkta hukuka aykırılığı doğuracaktır.

1.1.5. Zaman Bakımından

Aramanın hangi zaman dilimi içinde yapılacağı ilgili karar veya emirde mutlaka belirtileceğine göre aramanın belirtilen süre içinde başlanıp bitirilmesi asıldır. Kural, aramanın gündüz yapılmasıdır. Gece arama yapılması sıkı koşullara tabi tutulmuştur.(CMK.118(2) md.) Dolayısıyla gündüz için alınan arama kararı gece icra edilemez³⁹⁴.

Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde adlî arama gece yapılamaz. Ayrıca bu yerlerde kolluk âmirinin yazılı emriyle de arama yapılamaz. Ancak;

- a) Suçüstü hâlinde
- b) Gecikmesinde sakınca bulunan hâlde,
- c) Firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması hâlinde,

393 KUNTER-YENİSEY- NUHOĞLU, s.1029.

394 KOPARAN, a.g.m.

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

Gece arama yapılmasından maksat, aramaya gece başlanmasıdır. Bu yüzden gündüz başlayan bir aramanın geceye sarkması halinde de aramaya devam edilerek bitirilmelidir.³⁹⁵ Ayrıca JTGY' nin 113.maddesinde bu doğrultudadır³⁹⁶. Bununla birlikte gündüz başlanıp bitirilebilecek iken aramanın bilerek geceye sarkıtılarak sürdürülmesi hem yapılan aramayı hem de elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirecektir.³⁹⁷

Adli aramalar zaman açısından sıkı koşullara bağlanmasına rağmen, önleme aramaları, denetimler ve kontroller her zaman yapılabilir(bkz. AÖAY m. 31/son). Zaman bakımından arama ve elkoyma açısından uyulması gereken en önemli konulardan biri de arama ve elkoyma ilişkin yazılı emirleri hakim onayına sunulması gereken zaman süresidir.Arama ve elkoymada yetkili merci tarafından verilen yazılı emrin arama ve elkoymadan itibaren 24 saat içinde hakim onayına sunulması gerekir.aynı şekilde hakiminde arama ve elkoymadan itibaren 48 saat içinde kararını açıklamalıdır.aksi halde bu işlemler kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

1.1.6. Arama Ve Elkoyma İşlemi Bakımından

5271 sayılı CMK'da arama ve elkoymanın nasıl yapılacağına ilişkin açık düzenlemeler yapılsa da, AÖAY'nin 28, 29 ve 30.maddelerinde, aramayı gerçekleştiren kolluk görevlilerinin aramanın amacı ve sebepleri hakkında, aramaya maruz kalana açıklama yapıp, bilgilendireceklerine dair hükümler yer almaktadır. Bu nedenle, arama karar veya emrinin ilgiliye gösterilmesi ve aramanın amacını tehlikeye

395 KAYMAZ, s.159..

396 JTGY m. 113/5: "Aramanın gündüz yapılması, aramaya gündüz başlanmış olması demektir.

Gündüz başlanan aramalar gece de sürdürülebilir".

397 KAYMAZ, s. 159.

düşürmeyecekse eksiksiz ve doğru olarak bilgilendirme yapılması gerekir³⁹⁸.Elkoyma sonucunda ne gibi bir işlem yapılacağı suç eşyası yönetmeliğinin 5.maddesinde belirtilmiştir.Burada elkoymayı gerçekleştiren kolluk görevlilerinin elkoyma tutanağı düzenleyecekleri ve bu tutanakta elkonulan eşyanı ayırt edici tüm özelliklerinin yazılacağı belirtilmiştir.Aksi bir durum hukuka aykırılığı doğuracaktır.

Aynı şekilde kollukça elkonulacak eşta talep edildiği halde vermekten imtina eden zilyede karşı kolluk güçleri zor kullanmak zorunda kaldığında ölçülülük ilkesine uygun davranarak orantısız güç kullanmaktan kaçınmak zorundadırlar. Aksi halde elkoyma hukuka aykırı hale gelebileceği gibi, 5237 sayılı TCK'nun 256. maddesi kapsamında cezai sorumluluk doğabilir

Arama kararının ilgiliye gösterilmesi ve aramanın amacının bildirilmesi, AİHS'nin 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) gereğince "kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda haberdar edilme hakkı"nın da bir gereğidir. Bu yüzden arama hususunda bilgi verilmemesi, eksik veya yanlış bilgi verilmesi aramayı hukuka aykırı kılabılır³⁹⁹.

Fakat, bazı hallerde zabitanın kendisini tanıtması ve arama yapılacak yerde bulunan kişilere haber vermesi halinde sanığın kaçması ve delillerin kaybolması tehlikesi doğabilir, keza, kişilerin hayatı için de tehlike söz konusu olabilir. Bu durumlarda zabita haber vermeden arama yapılacak yere girerek arama yapabilir ve bu şekilde yapılan arama sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı olmaz⁴⁰⁰.

Arama işlemi sırasında ölçülülük ilkesine uyulmalı gereğinden fazla güç kullanılmasından kaçınılmalıdır. Aksi halde arama hukuka aykırı hale gelebileceği gibi, 5237 sayılı TCK'nun 256. maddesi kapsamında cezai sorumluluk doğabilir⁴⁰¹.

398 ERYILMAZ, s. 175.

399 ÖZBEK, Arama, s. 135.; Nitekim, Amerikan Yüksek Mahkemesi, yeterli bilgi vermeme veya hile yoluna başvurarak kapının arkasından alçak sesle polis olduğunu bildirdikten sonra eve zorla girme durumlarının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.(SOKULLU- AKINCI, s. 141-142).

400 YENİSEY, Arama, s. 36-37.

401KOPARAN, a.g.m.

Aramada hazır bulunabilecekleri düzenleyen CMK'nun 120. maddesinde "Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedinin aramada hazır bulunabilir", denilmiştir. Ancak, maddede yalnızca arama işlemine tabi yerlerin veya eşyanın sahibinin aramada hazır bulunma hakkına sahip olduğu belirtilmekte, şüpheli ve sanığın aramada hazır bulunma hakkına sahip olup olmadığı hususunda maddede bir açıklık bulunmamaktadır. Kanunda bu yönde bir açıklık bulunmaması nedeniyle şüpheli ve sanığın aramada hazır bulundurulmasının zorunlu olup olmadığı ve bulunmaması halinde yapılacak aramanın hukuka aykırı olup olmayacağı hususu tartışmalara neden olmuştur. ÖNDER, arama yapılan yerin veya eşyanın sahip veya zilyedi olan sanık ile müdafisinin hazır bulunma hususunda bir hakka sahip olmadığı, ancak şüphelinin bu hakka sahip olduğu görüşündedir⁴⁰². Bu görüşün 5271 sayılı CMK'nun 120/3. maddesi karşısında geçerliliği kalmamıştır.

Ancak bu konuda genel olarak kabul edilen görüş; Sanık, eğer aranan yerin sahip veya zilyedi ise, kendisinin veya müdafisinin aramada hazır bulunabileceği şeklindedir⁴⁰³. Hemen belirtelim ki CMK. 120/3. "maddesinde Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz" demekle bu görüşü doğrulamaktadır. Zira, kanunda aramaya tabi eşyanın sahibi veya zilyedinin aramada hazır bulunabileceği belirtildiğine ve sanık da bundan istisna tutulmadığına göre, eğer sanık aranan yerin veya eşyanın sahibi veyahut zilyedi ise, aramada kendisi hazır bulunabileceği gibi müdafisi de hazır bulunabilecektir. Dolayısıyla yapılan aramada sanık veya müdafisinin hazır bulunma taleplerinin reddi halinde yapılan arama hukuka uygun bir arama olmayacaktır⁴⁰⁴.

402 ÖNDER, s. 444.

403 CİHAN-YENİSEY, s. 214.; KAYMAZ, s. 158.

404 KAYMAZ, s. 158.

1.2. HUKUKA AYKIRI OLARAK ELDE EDİLEN DELİLLERİN MUHAKEMEDE KULLANILAMAMASI

Ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğin araştırılması olduğu daha önce söylenmişti. Ancak, sınırsız bir şekilde araştırma yapmak yetkisi toplumsal ve bireysel hak ve özgürlükleri yok edebilir. İşte hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi konusunda getirilen sınırlamalara delil yasakları denir⁴⁰⁵. Bu bağlamda arama ve elkoyma koruma tedbirine başvurulması da maddi gerçeğe ulaşma araçlarından biri olarak hiçbir koşul ve sınır tanımadan uygulanamaz. Koruma tedbirler bakımından anayasa ve yasalarda getirilmiş koşullar yanında, ona hakim olan ilkelere de uyulmalıdır. Bunlara uyulmaması halinde elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılmasına yol açacaktır. Bir delillerin hukuka aykırı sayılması halinde ise sorun bu delillerin muhakemede kullanılabilip kullanılamayacağıdır.

Kanuna aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delillerin duruşmada ortaya konulamaması (CMK 206/2-a) ve yüklenen suçun, sadece hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilmesi (CMK 217/2), Anayasamızın garantisi altında bulunan temel insan hakları ve hürriyetlerinin korunması amacı ile kabul edilen yasaklardır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise, serpiştirilmiş bir şekilde birçok maddesinde "hukuka aykırı" olduğunu belirlediği "delil elde etme yöntemlerini" göstermiş ve 217/2. maddesinde ise, "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" demiştir⁴⁰⁶.

Bununla birlikte doktrinde konuyla ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür: ÖZTÜRK-ERDEM'e göre, Anayasanın 38/6. maddesinde, "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez" denilirken eski CMUK m. 254/2'de "hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller.."; yeni CMK m. 217/2'de de "hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş her türlü delil" denilmesi karşısında, Anayasaya göre artık elde

405 ÖZTÜRK, Bahri, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, 1995, s. 1 vd.

406 KUNTR-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 1030.

edilen delilin hukuka uygun olarak mı değil; kanuna uygun olarak mı elde edildiğine bakılacak; hak ihlaline yol açmayan en küçük bir aykırılık bile, elde edilen delili kullanılamaz hale sokacaktır⁴⁰⁷.

KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU'na göre; hukuka aykırı deliller, kovuşturma organları tarafından yapılan işleme ve bu işlemin kanunla düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki menfaate göre tasnif edilmelidir. Yeni CMK 217'de olumlu yönden ele alınıp, "hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil" olarak belirlenen konu tartışılırken, hem delil yasakları görüşü, hem de korunan hukuki menfaat birlikte ele alınmalı ve önce elde edilen delilin "hukuka aykırı" olup olmadığı belirlenmelidir. Bundan sonra, hukuka aykırı olduğu belirlenen bu delili hüküm verirken kullanıp kullanmamak, mahkemenin takdirine bırakılmalıdır. Sonuçta verilen karar, sanığın "adil yargılanma hakkını" ihlal etmeyecekse, hukuka aykırı olan delilin dahi, hükümde kullanılması ilkesi benimsenmelidir. Ancak, Kanun bir "delil yasağı" koymuşsa, bu delilin de hiç bir şekilde kullanılmaması gerektiği kabul edilmelidir⁴⁰⁸.

Görüldüğü gibi, ÖZTÜRK-ERDEM, mutlak bir delil değerlendirme yasağını kabul etmiş, KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU ise daha esnek bir anlayışla hukuka aykırı bir şekilde elde edilen deliller konusunda ikili bir ayrıma gitmiş, bazı delillerin hukuka aykırı elde edilmiş olmasına rağmen kullanılıp kullanılmayacağı somut olaydaki anayasal hakların ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda mahkemeye takdir yetkisi vereceğini; bunun yanında, kanun koyucunun mahkemeye bir takdir yetkisi tanımaksızın delil elde edilirken yapılan ağır hukuka aykırılık nedeniyle o delili yasakladığı hallerde bu delilin muhakemede kullanılmayacağını belirtmiştir.

RARLAR – HATİPOĞLU, ise bir delilin elde edilmesindeki her türlü hukuka aykırılığın o delilin değerlendirme kapsamı dışında tutulması gerektiği şekilde yorumlanmaması gerektiğini. Zira hukuk devletinin gereği olan adalet ve hukuk güvenliğini gerçekleştirme engelleyeceğini, Yargıcın takdir yetkisini kullanıp

407 ÖZTÜRK-ERDEM, s. 444.

408 KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 1035.

hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin sanık haklarını ihlal edip etmediğine karar vereceğini ihlal etmediği kanaatine varırsa bu delilleri yargılamada kullanması gerektiği,,sanığın haklarını ihlal ettiği kanaatine varması halinde ise ,suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zararın karşılaştırılması, sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılması ,aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılması görüşündedir.⁴⁰⁹ Bizcede uygun olan budur.

Nitekim, AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde "hukuka aykırı olarak toplanan delillerin yargılamada kullanılmayacağına" dair özel bir düzenleme yoktur. AİHM delilin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olmasını kesin bir ret sebebi olarak kabul etmemektedir⁴¹⁰.

AİHM, "işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına aykırı davranılmak suretiyle elde edilen deliller ile özel yaşamın gizliliğini ihlal ederek elde edilen delilleri kesin olarak ret etmekte ise de, bunlar dışında kalan hukuka aykırılık hallerinde hukuka aykırılığın ihlal ettiği anayasal hakkı ve elde edilen delilin yargılama sonucuna olan etkisini değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeler, üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilebilirliği açısından da aynen uygulanmaktadır. Burada da, şayet hüküm sadece bu delile dayanarak verilmişse "adil yargılanma hakkı"nın ihlal edildiği kabul edilmekte ve delil ret edilmektedir. Aksi halde ise, elde edilen delilin önemi ile hukuka aykırılık sonucu ihlal edilen hakkın karşılaştırılması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi benimsenmiştir⁴¹¹.

409 PARLAR-HATİPOĞLU Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu 1.CİLT S.490

410 İNCEOĞLU, s. 287.

411 İNCEOĞLU, s. 287.

2. CEZA HUKUKU BAKIMINDAN ARAMA VE ELKOYMADA HUKUKA AYKIRILIĞIN SUÇ TEŞKİL ETTİĞİ HALLER

Hukuka aykırı armanın suç teşkil ettiği haller 5237 sayılı TCK'nun çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak konumuzu genişleteceği endişesiyle bu hükümler hakkında sadece bilgi vermekle yetinip, ayrıntıya girmeyeceğiz.

5237. sayılı TCK'nın 116. maddesinde konut dokunulmazlığını ihlal suçu açıklanmış olup, bu suçun "kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle" işlenmesi (TCK m. 119/1-e) eylemin nitelikli hali olarak sayılmıştır. Buna göre, kolluk görevlisinin hukuka aykırı olarak konutta yapacağı arama faaliyeti konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacağından, hakkında soruşturma yapılacaktır⁴¹². Çoğu zaman elkoyma tedbirine elkoyma tedbirinde sonra başvurulacağı için aynı durum elkoyma içinde geçerlidir.

5237 sayılı TCK'nun "Hakız Arama" başlıklı 120. maddesi hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstününün veya eşyasının "kamu görevlisi" tarafından aranması fiilini üç aydan bir yıla kadar hapis cezası yaptırımına bağlamıştır. 5237 sayılı TCK'nın 24/3. maddesinin " konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur", hükmü karşısında, emri veren kamu görevlisi de bu suçtan müşterek fail olarak sorumlu olur⁴¹³. Aramanın yapıp bitmiş olması şart değildir. Çünkü suç, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Örneğin görevli olmayan ve yasal koşulları oluşmadığı halde arama yapan polis memuru ve gece bekçisi de bu suçu işlemiş olur⁴¹⁴. Madde metninde geçen "hukuka aykırı olarak"

412 ÖZGENÇ, s. 821.

413 PARLAR, Ali- HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. I, Ankara, 2007, s. 954.

414 ".....polis memuru olan sanık M.G.,polis memuru olan sanık B.A. ve S.K, gece bekçisi olan sanık H.Ç. olay aksamı bir lokantada içki içtikten sonra bir taksiye binerek sanık BA. ve H. Ç. nin görevli oldukları karakol yetkililerinden izin aldıkları, daha sonra aynı taksi ile saat 02.00 sıralarında, Gençlik Parkına gelerek, olay yerinde görevli olmadıkları halde, müşteki Ö.D. nin çalıştığı kiraathaneye giderek, orada bulunan bazı şahısların üzerlerini aradıkları ve Tarsuslu olduğu bildirilen ve kimliği saptanamayan bir kişiyi de dışarıya çıkardıkları anlaşılmaktadır. Olayın açıklanan oluş biçimine göre; polis memuru ve gece bekçisi gibi güvenlik görevlisi olan sanıkların eylemi, olay yerinde görevli olmadıkları halde, memuriyet görevlerini ve sıfatlarını kötüye kullanarak kişilerin üstlerini aramaktan ibarettir. Bu eylem de TCK'nın 183(5237 sayılı TCK m. 120)maddesinde yazılı suçu oluşturur..."YCGK 26.6.1979, 5-235/306(SAVAŞ, Vural- MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu**, C. 2, Ankara, 1995, s. 2189)

ibaresinden maksat, yürürlükteki mevzuatın izin vermediği haldir. Adli aramaya ilişkin ayrıntılı kurallar 5271 sayılı CMK ve AÖAY’de düzenlenmiştir. Buna göre, CMK’nun 119/1. maddesinde belirtilen yetkili makam tarafından verilmiş geçerli bir arama kararı olmaksızın veya aynı maddenin 2. fıkrasında belirlenen sınırlamalara uyulmaksızın yapılan bir arama hukuka aykırı olması nedeniyle TCK 120. maddedeki suçu oluşturacaktır⁴¹⁵.

Yapılan arama ve elkoymanın şartları hukuka uygun olduğu halde, bunların icrasında hukuka aykırı eylemlerde bulunulması halinde; örneğin zor kullanma yetkisi aşılması halinde TCK 256. maddenin yollamasıyla, TCK'nin 86/3-d maddesi gereğince, "kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle kasten müessir fiil" suçu oluşacaktır. Aynı şekilde arama ve elkoymada ölçü kaçırılmış ise TCK'nin 257. maddesi gereğince "görevi kötüye kullanma" suçu oluşacak ve buna sebep olan kamu görevlisi hakkında yukarıda açıklandığı şekilde soruşturma yapılması söz konusu olacaktır.

Ayrıca 5271 sayılı CMK’nın “Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır”, şeklindeki 161/5. maddesi gereğince, hukuka aykırı arama ve elkoyma yapan kolluk görevlileri hakkında soruşturmalar Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya yapılacaktır.

Delil elde etme yasaklarının ihlali suretiyle yasak ifade yöntemleriyle şüpheli veya sanığın ifadesini alan kamu görevlilerinin eylemi işkence suçunu (TCK 94.95) Arama ve elkoyma sırasında aydınlatma yükümlülüğünü kasten yerine getirmeyen kamu görevlilerinin eylemi görevi kötüye kullanma (TCK257/2) kolluğun hukuka aykırı olarak delil uydurması , eylemin özelliğine göre görevi

415 PARLAR- HATİPOĞLU, s. 955.

kötüye kullanma,(TCK 257/1) ,duruma göre iftira (TCK 267),suç delillerini değiştirme (TCK 281/2)veya adil yargılanmayı etkileme teşebbüs (TCK 288) suçlarını oluşturabilir.⁴¹⁶

3. HUKUKİ DENETİM

Arama ve elkoyma ile ilgili mevzuatımızda sıkı bir denetleme mekanizması bulunmakta olup, bunlar sırasıyla;

a) Arama ve elkoyma için, kural olarak hâkimden arama kararı alınması gerekir. Hâkim kendisine sunulan raporu ve varsa diğer belgeleri inceleyerek ilk hukuki denetimi yapacaktır. Bu denetim neticesinde, hâkim arama ve elkoyma talebinin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmek suretiyle, daha baştan itibaren hukuki denetim yaparak, gereksiz ve hukuka aykırı aramalara ve elkoymalara engel olacaktır. Hâkim arama ve elkoyma talebini değerlendirirken, sadece yasaya uygunluk denetimi yapmayacak, aynı zamanda amaca uygunluk yönünden de denetim yapacaktır⁴¹⁷. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, bu talebi alan yetkili merciin de aynı denetimi yapması gerekir. Yetkili merciin hukuki denetim yapmadan vereceği yazılı arama emri, keyfi ve haksız uygulamalara yol açabilecektir. Bu durumda, haksız ve keyfi uygulamaya neden olan görevliler gibi, emri veren mercide bundan sorumlu olacaktır⁴¹⁸;

b) 1982 Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin verdiği yazılı arama izninin yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulacağı belirtilmiş, bu başvuruyu alan hâkimin, elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde kararını açıklayacağı, aksi halde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı açıklanmıştır.

Bu düzenleme gereğince, yetkili merciin vereceği arama izninin mutlaka

416PARLAR-HATİPOĞLU Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu 1.CİLT S.1150

417 Bkz. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 424.

418 ATASOY, 168.

hâkim onayına sunulacağı belirtilmekte ise de, uygulamada sadece elkoyma işlemi yapılan arama işlemleri yönünden bu kuralın geçerli olduğu, arama neticesinde herhangi bir el koyma işlemi yapılmamış ise hâkim onayına gerek olmadığı ileri sürülmüştür. Hatta ele geçirilen eşya veya diğer şeyler ilgilinin rızasıyla teslim edilmiş ve bunlar muhafaza altına alınmış ise, bu durumda da hâkim onayının şart olmadığı belirtilmektedir⁴¹⁹.

Nitekim CMK'nun 119. maddesinde “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile” arama yapılabileceği belirtilmekte ve “kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirileceği” belirtilmekte ise de, Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı arama emrinin hâkim onayına sunulacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır⁴²⁰.

CMK'nun 123.maddesinin 1. fıkrası gereğince “ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri”nin rızayla teslimi halinde bu işlemin “muhafaza altına alma” olduğu belirtilip, 2. fıkrasında da, “kişinin rızasıyla teslim etmediği eşyaya elkonulabileceği” açıklanmış, aynı kanunun 127/3. maddesinde ise; “hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklayacağı, aksi halde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı” belirtilmiştir⁴²¹. Buna göre, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emriyle yapılan arama işlemi neticesinde, her hangi bir şey bulunamamış, ya da bulunan şey ilgilinin rızasıyla kolluk görevlilerine teslim edilmiş ise, hâkim onayına sunulması gerekmez⁴²².

c) Aramanın kimin tarafından yapıldığının arama tutanağında yazılacağına dair CMK'nun 119/3 ve ilgilinin talebi halinde yapılan işlemi belgelendirileceğine

419 ÖZTÜRK-ERDEM, s. 558.

420 YAŞAR, s. 508.

421CENTEL- ZAFER, 2005, s. 303

422 ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 469.

dair 121. maddeleri de hukuki denetime ilişkin düzenlemeler arasında yer almaktadır. Zira bu yolla aramaya maruz kalanın, mağduriyet iddiasıyla ilgililer ve devlet aleyhine adli ve idari yargı nezdinde hukuki yollara başvurma ve hatta uluslar arası hukuki denetim mekanizmalarına (AİHM'ne) başvurma imkânının önü açılmış olmaktadır⁴²³. Aynı durum elkoymaya da geçerlidir. (CMK 127/2 md)

d) CMK'nın 127/4. maddesinde düzenlenen "Zilyetliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir" hükmü de arama ve elkoymaya tedbirlerine maruz kalan kişiler için getirilmiş bir denetim mekanizmasıdır.

Arama ve elkoymaya kararını veren mercii açısından da bir denetim mekanizması getirilmiştir. Aramaya ve elkoymaya hâkim tarafından karar verilmişse, hakim kararlarına karşı itiraz mümkün olduğundan (CMK'nın 267.m) aramaya ve elkoymaya itiraz edilebilecek; ancak mahkeme tarafından karar verilmişse bu durumda mahkeme kararlarına itiraz mümkün olmadığından son kararla birlikte temyiz yoluna gidilebilecektir.

4. ARAMANIN ÖLÇÜSÜZ İCRASI DOLAYISIYLA TAZMİNAT HAKKI

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, haksız yakalama ve tutuklama halleri⁴²⁴ dışında, belirli ölçülerde olsa dahi, aramaya ilişkin olarak tazminatın kabulü, ülkemizde hukuk devletinin gelişmesi adına çok önemli bir kazanım olarak düşünülmelidir. Zira uygulamada, yıllardır ne yazık ki, adli aramanın gereksiz ve ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle ilgililer idareye karşı veya haksız yakalama ve tutuklamada olduğu gibi devlete karşı bir dava açamıyorlardı⁴²⁵. Gerçi doktrinde, idare'nin personelini yeterli düzeyde eğitmemesi ve denetim sağlamaması nedeniyle bu tür olayların meydana gelmesini önleyici tedbirleri almaması dolayısıyla ihmalinden

423 TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, s. 84- 87.

424Bu konuda bkz. HAKERİ, M. Hakan, **Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi**, Ankara, 1999, s.19 vd.

425 GÜLŞEN, a.g.m.

kaynaklanan hizmet kusurunun⁴²⁶ varlığından bahisle İdareye karşı tam yargı davasının açılacağı ileri sürülmekte ise de gerçekte bu hususta yasal bir boşluğun olduğu da haklı olarak ifade edilmektedir⁴²⁷.

Nitekim adli aramanın adli bir işlem olması dolayısıyla uygulamada İdare aleyhine davanın açıldığına ilişkin bir içtihadı rastlamak mümkün olmamıştır⁴²⁸.

İşte bu boşluğu doldurmak amacıyla 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanununa bir hüküm konulmuştur. Bu kanunun Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlıklı Yedinci Bölümünün 141/1.maddesinin i bendine göre, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında hakkındaki arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler. Bu madde bakımından arama kararı, CMK'nun 119.maddesindeki başlıktan da anlaşılacağı üzere, hem hakim kararı hem de Cumhuriyet Savcısının yazılı emrini ifade etmektedir⁴²⁹. Ayrıca burada "aranan şeyin niteliği" ölçüyü belirleyecektir⁴³⁰. Aynı maddenin, j Bendinde, Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen, Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler. Şeklinde bir düzenleme yapılarak hakkında haksız elkoymaya başvuru alan kişilerin her türlü maddi ve manevi zararlarını devletten isteyebilecekleri belirtilmiştir.

5271 Ceza Muhakemesi Kanununun 142/1.maddesi uyarınca, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya

426 **Hizmet kusuru**, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde yada işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir. Bkz. GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2003, s. 332.

427 Bkz. ÖZBEK, Arama, s. 162.

428 Gerçekten, ülkemiz idari yargı uygulamasında, yargı faaliyetlerinden dolayı, aksine kanun hükmü bulunmadıkça, devletin sorumlu tutulmayacağı kabul edilmektedir. Buna göre, idari eylem ve işlem olarak düşünülmesi mümkün olmayan ceza yargılaması nedeniyle idarenin tazminat sorumluluğu söz konusu değildir. Oysa, kesin hüküm teşkil etmeyen adli kolluk işlemleri bakımından devletin sorumsuzluğunu gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt:II, Bursa, 2003, s.960 vd.

429 GÜLŞEN, a.g.m.

430 KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 999.

hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. Bu hususta nereye başvurulacağı ve hangi prosedürün takip edileceği yine bu maddenin müteakip fıkralarında ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir⁴³¹.

Diğer yandan, devletin, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu edeceği de kanunda açıklanmıştır(m.143/2). Buna göre, ödenen tazminat, haksız arama ve elkoymaya neden olan kamu görevlisine mutlaka rücu edilecektir.

Bu düzenlemelerin hukuk düzenimize kazandırılması, mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından çok olumlu bir gelişmedir. Ayrıca, aramayı ve elkoymayı yerine getirirken kolluk görevlilerinin verdikleri ölçsüz davranış sonucu verilen zarar dolayısıyla devletçe ödenen tazminatın, kendilerine ödettirmesini içeren bu hüküm, arama ve daha ölçülü ve dikkatli gerçekleştirilmesini sağlayacaktır⁴³². Aynı durum elkoyma içinde geçerlidir.

İdarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna dair Anayasanın 125. maddesi gereğince, önleme aramaları yönünden de, işleme maruz kalanların tazminat talep etme hakları vardır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/b maddesi gereğince, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan zarar görenlerin tam yargı davası açma hakları olduğu belirtilmiş olup, aynı kanununun 13. maddesi gereğince de, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri, bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, dava açılacakları açıklanmıştır⁴³³.

431 Bkz. YAŞAR, 551-552.

432 GÜLŞEN, a.g.m.

433 ERYILMAZ, s. 287-288.

5. KONU İLE İLGİLİ YARGITAY KARARI VE AVRUPA İNSAN MAHKEMESİ KARARLARI

**Yargıtay Ceza Genel Kurulu,29.11.2005 tarihli 2005/7-144 esas 2005/150
nolu kararında ;**

Adana Emniyet Müdürlüğü Narkotik Şube Müdürlüğünün istihbari çalışmaları sonucunda sanık Y.İ.nin evinin damında hint keneviri yetiştirdiğinin öğrenilmesi üzerine 24 Mayıs 2001 günü 11.00 sıralarında evine gidildiği, sanığın evinde olmadığı belirlendiği, eşi Z.İ.nin onayı ile sanığın evinde yapılan aramada, damda 50-70 cm boylarında 50 kök hint keneviri bitkisinin ekili olduğu görülüp zaptedildiği, o tarihte İstanbul'da bulunan sanık Y.nin evinin arandığını öğrenmesi üzerine ertesi gün kendiliğinden gelip kolluk görevlilerine teslim olması üzerine yapılan yargılama sonucunda;

İzinsiz hint keneviri ekme suçundan sanık Y.nin 2313 sayılı Yasanın 3. maddesi aracılığı ile 23/4 madde ve fıkrasının son cümlesi, 765 sayılı TCK.nun 59/2 ve 81/1, 647 sayılı Yasanın 4 ve 5. maddeleri uyarınca sonuç olarak 1.566.021.600 lira ağır para cezasıyla cezalandırılmasına, cezasının taksitlendirilmesine, uyuşturucu maddenin müsaderesine ilişkin Adana 1.Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 31.01.2002 gün ve 913-57 sayılı hüküm sanık tarafından temyiz edilmekle dosyayı inceleyen Yargıtay 7.Ceza Dairesince 22.06.2005 gün ve 17151-8610 sayı ile;

"...Sanığın ikametgahında kenevir bitkisi olduğu ihbarı alınması üzerine il merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu belirtilmeden, hakim kararı ve yetkili amir tarafından verilen sözlü emir de alınmadan ve sanığın aramaya muvafakat ettiği de belirtilmeden yapılan aramada, evin damında 50 kök kenevir bitkisi tespit edilmiş, bu şekilde arama sonucu elde edilen delille mahkûmiyetine karar verilmiştir.

Anayasanın 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla değişik konut dokunulmazlığı başlıklı 21. maddesine göre "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya

birkaçına bağılı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağılı 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 hakimnin onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."

Yine Anayasanın 38. maddesine 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrası "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" hükmünü içermektedir.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 97. maddesinde ‘aramaya karar vermek salâhiyeti hakimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet savcıları ve savcıların muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler.’”

Hakim veya Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.

Yukarıdaki fıkrada gösterilen takayyüt 96 ncı maddenin ikinci fıkrasında yazılı mahallere şamil değildir" hükmü, anılan yasanın 254. maddesine 3842 sayılı kanunla eklenen 2. fıkrasında ise "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" amir hükmü mevcuttur.

Yine suç tarihi itibariyle yürürlükte olan 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin 3. fıkrasının VIII. Bendinde "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", anılan yasanın 9. maddesinin 2. fıkrasında ise Polis, kamu düzenini ve anayasal hak ve özgürlükleri korumak

bakımından zorunlu ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, il sınırları içinde valinin, ilçe sınırları içinde kaymakamın, somut olay ve gereksinimleri için her seferinde yeniden vereceği emirle: ... sayılan eylemlerle ilgili kişileri ele geçirmek amacıyla, kişilerin üstlerini, araçlarını ve eşyasını arar, suç unsuru gördüklerine el koyar, evrakıyla birlikte adalete teslim eder.

Vali ve kaymakamın aramaya ve elkoymaya ilişkin emri yazıyla verilir. İvedi durumlarda sözlü olarak verilen emir en kısa zamanda yazı ile doğrulanacağı" hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi 2559 sayılı PYSK.nun anılan 9. maddesinin henüz 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliğine paralel olarak 4771 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki haliyle bile "suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için, maddede tek tek sayılan yer ve şartlarda, vali veya kaymakamın yazılı emri ile; ivedi durumlarda sözlü olarak verilen emrin en kısa zamanda yazı ile doğrulanması şartıyla polisin, ancak kişilerin üstlerini, araçlarını ve eşyasını arayabileceği" düzenlenmiştir.

Kaldı ki 2559 sayılı PYSK.nun anılan 9. maddesi de 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanunla değiştirilerek Anayasanın 21 ve CMUK.nun 97. maddeleriyle uyumlu hale getirilmiştir.

Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurguladığı gibi bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu bağlamda devleti vatandaşına her an gözaltına alınabileceği, sorgulanabileceği, evinde arama yapılabileceği endişesini yaşatmamalıdır. Aksine, güvenlik içerisinde özgür ve onurlu bir yaşam sunmayı amaçlamalıdır. (7. C.D. 20.6.2005 gün ve 2003/3539 E-2005/8098 sayılı kararı)

Buna göre somut olay değerlendirildiğinde; alınan ihbar üzerine hakimden arama kararı alınarak, gecikmesinde sakınca varsa yetkili merciin yazılı veya sözlü

arama emri ile sanığın ikametgahında arama yapılması gerekirken, il merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu belirtilmeden, hakim kararı olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak, başkaca delille desteklenmeyen mücerret ikrarın da mahkûmiyete esas teşkil edemeyeceği gözetilmeden sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi..." isabetsizliğinden bozulmuştur.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise bu karara karşı 31.10.2005 gün ve 172366 sayılı; Somut olayda sanığın hakim önündeki tüm aşamalarda ikrarının olduğu, Sanığın, hakim ve mahkeme önünde suçu kabulünün, başkasının suçunu yüklenme ya da başka bir nedene dayandığı yolunda iddia, savunma ve kanıt olmadığı,

İkrarın kabule değer olabilmesi için özgür ve iradi olması koşul olup, bu koşulunda, sanığın hakim karşısında özgür ortamda, kendi iradesini özgürce açıklaması ile gerçekleştiği, açıklanan nedenlerle sanığın suçunun sübuta erdiği, dosyada mevcut delillerin mahkûmiyet için yeterli olduğu düşünüldüğü belirtilerek yargıtay dairesinin kararına karşı, bozulması istemiyle itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

Bunun üzerine Ceza Genel Kurulunca yapılan inceleme sonucunda; Somut olaydaki aramanın hukuka uygun olup olmadığı, işlemin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan pozitif normlar incelenmek suretiyle saptanabileceği belirtilerek,

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan ikinci fıkrasında: "Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz." denilmektedir.

Somut olaydaki arama işleminden sonra 4709 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmış ve Anayasa'nın 20. maddesi: "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

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

Yine arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 97. maddesinde: "aramaya karar vermek yetkisi hakimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet Müddeiumumileri ve müddeiumumilerin muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler. » hükmü yer almaktadır.

Keza, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 2. maddesinde ; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması amacıyla yapılacak aramalar için, yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği belirtilmektedir. Ancak, gecikmede sakınca bulunması nedeniyle kolluğun arama yetkisinin doğması halinde yapılacak uygulamaya ilişkin olan bu hükmün, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun,aramanın koşulları ile yöntemini düzenleyen ve arama kararı veya emri vermeye yetkili mercileri belirleyen hükümlerini ortadan kaldırdığı veya değiştirdiğinden söz edilemez.

Görüldüğü gibi,arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemeye göre, arama ancak hakim kararıyla mümkündür. C.Savcılar ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön şart olarak, gecikmesinde sakınca umulan halin

gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca, başka bir deyişle gecikmede tehlikenin varlığından söz edebilmek için de, ilgilinin hakime başvuru karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.

Somut olayda, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince 24 Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. Ancak, sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hakim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma gün ve saatleri içerisinde gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Somut olaydaki hukuka aykırılığı bu suretle saptadıktan sonra, hukuka aykırı biçimde elde edilen delilin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı sorununu inceleyecek olursak;

Ceza yargılaması hukukumuzda delillerle ilgili geçerli ilke, "delil serbestisi" prensibidir. Bu nedenle, ceza yargılaması hukukunda, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, her şey delil olarak kabul edilebilir. Öte yandan, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 254. maddesinin birinci fıkrasında; "Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri, duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder." denilmekle, yargılama sürecinde sunulan ve toplanan kanıtlardan çıkarım yapılması yargıçların takdirine bırakılmıştır. Ancak hem "delil serbestisi" hem de "delillerin yargıçların kanaatine göre takdir edilmesi" ilkelerinin belli sınırları bulunmaktadır.

Bunlardan biri de, 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 hürriyetlere yasadışı müdahale suretiyle elde edilen delillerin davalarda hükme esas alınmasının hukuka aykırı sayılması ise, çağdaş hukuk sistemlerinin bazılarında içtihadî ilkeler, kimilerinde de pozitif hukuk normları sayesinde mümkün olabilmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile getirilen yargılama sisteminde eskiden bu yana pozitif hukuk normu olarak bazı delil yasakları da mevcuttur. Tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkını kullanmış bulunanların önceden verdikleri ifadelerin duruşmada okunamayacağı (CMUK md. 47 vd., 245), dolayısıyla bu açıklamaların yapılmamış varsayılması gerektiği ve kararda bunlara dayanılmayacağı yolundaki ilke bunlardan biridir. Yine bu sistemde, sanığın iyi haline ilişkin belgelerin duruşmada okunması kabul edilmemiştir. (CMUK md. 249/1) Ancak bu münferit hükümlere karşın, 1992 yılına kadar delil yasakları konusu anılan Yasada genel bir ilke biçiminde düzenlenmemiştir. Konuyu düzenleyen açık bir pozitif hukuk normu mevcut olmadığından, bu tarihten önceki süreçte mahkemeler, içtihadî ilkeler geliştirmişlerdir. Örneğin; Askeri Yargıtay 2. Dairesi 26.04.1973 tarihli bir kararında ".....kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı surette toplanan delilleri, hakim, telakki etmekten kaçınmak zorundadır" görüşüne yer vermiştir.

Ancak, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı Yasa ile değişiklik yapılarak Yasaya iki önemli hüküm eklenmiştir. Bunlardan ilki, Yasanın 135/a maddesidir. Yasanın 135. maddesinde ifade alma ve sorguya çekmenin yöntemi düzenlenmiş olup, 135/a maddesinde ise, ifade ve açıklamaların özgür iradeye dayanması gerektiği belirtildikten sonra, bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahalelerin yapılamayacağı, yasaya aykırı menfaat vaat edilemeyeceği belirtilerek, bu ve benzeri uygulamalar yasak sorgu yöntemleri olarak sayılmış, ayrıca "bu yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği"

hükme bağlanmıştır. Konumuzu ilgilendiren asıl değişiklik ise CMUK.nun 254. maddesine eklenen ikinci fıkradaki; "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz" emredici kuralıdır. Delil yasakları ile ilgili genel ve kapsayıcı nitelikteki bu prensip uyarınca, hükme esas alınması mümkün bulunmayan deliller, "hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller"dir. Nitekim, Ceza Genel Kurulunun 8.4.2003 gün ve 30-98 sayılı kararında; suç örgütü ile ilgili soruşturmada telefon konuşmalarının hakim kararı olmaksızın dinlendiği ve kayda alındığına işaret edilmek suretiyle, "...1412 sayılı CMUK.nun 254. maddesinin açık hükmü uyarınca, hukuka uygun olarak elde edildiği saptanamayan bu ses kayıtlarının kanıt olarak hükme esas alınamayacağı" belirtilmiştir.

Öte yandan, Yerel Mahkeme hükmünden sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 148. maddesinde de ifade alma ve sorgudaki yasak usuller örneksene yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiş, ayrıca önceki yasal düzenlemeye benzer biçimde, "yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği" hükme bağlanmıştır. Keza 217. maddenin ikinci fıkrasında, "yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği" belirtilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, hukuka uygun olarak elde edilmeyen deliller, yeni ceza yargılama sistemimizde de ispat aracı olarak kabul edilmemiştir. Kaldı ki, 230. maddenin birinci fıkrası uyarınca, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi de zorunludur.

"Yasadışılıktan" daha geniş bir içeriğe sahip olan "hukuka aykırılık kavramı" ise, gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Bu kavram, Anayasa Mahkememizin 22.06.2001 gün ve 2-2 sayılı kararında da benzer biçimde tanımlanmıştır.

Sözü edilen kararda: "Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçeve 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 Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E. 1985/31. K. 1986/1, KT. 17.3.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 22. s. 115). Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa'nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir." denilmektedir.

Açıklanan pozitif hukuk normları ve uygulamayı yansıtan yargısal kararlar karşısında belirtmek gerekir ki; "hukuka aykırı biçimde" elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınmaz. Bu bakımdan, sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının Yerel Mahkemece hükme esas alınması isabetsiz bulunmuştur.

Esasen somut olayda;aramanın hukuka aykırı olduğu ve sonucunda elde edilen delilin hükme esas alınmayacağı hususunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında bir görüş farklılığı bulunmamaktadır. Çözümü gereken uyumsuzluk, hukuka aykırı arama da elde edilen maddi delil dışındaki diğer delillerin,

bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkumiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır.

Amacı isnada konu maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında, somut olaya münhasır delillerden biri de "beyan" delilidir. Beyan, tanığa, sanığa veya sanığın dışındaki taraflardan birine ait olabilir. Sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanıyla kabul etmesi şeklinde tanımlanabilecek olan ikrar: eylem hakkında en çok bilgisi bulunanın beyanı olması, soruşturmayı esaslı surette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun bulunması halinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması ve inkarın zıddı olarak sanığın eylemi ile ilgili tutumunun yansıma şekillerinden birini oluşturması itibariyle önemli bir beyandır.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda öngörülen sistemde, ikrarın delil oluşturması bakımından, hakim önündeki ikrar ile hakim önünde olmayan ikrar arasında fark öngörülmüş ve bunlardan ikincisine delil kıymeti verilmiştir. (CMUK. m. 247)

Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 213. maddesinde ise, sanığın hakim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcılar tarafından alınan ifadelerin duruşmada okunabilmesi kabul edilerek, savcı tarafından alınan ifadelere de delil olma değeri tanınmıştır. Buna karşılık, şüphelinin kollukça alınan ifadesine ilişkin tutanağın duruşmada okunabilmesi için, kollukta ifade alındığı sırada müdafinin hazır bulunması koşulu aranmıştır. Görüldüğü gibi, her iki yasal düzenlemede de, hakim önündeki ikrarın delil niteliği bulunduğu kabul edilmiştir.

Ancak, vicdani delil sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da, diğer tüm deliller gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekir.

Gerçekten de, bir kimsenin suçlu olmadığı halde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O halde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da gözönünde bulundurulmak suretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olayı değerlendirdiğimizde;

Soruşturmaya, sanığın evinde hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bir ihbar üzerine başlanmıştır. Sanık ise, gerek sulh ceza hakimince gerekse mahkemece tüm yasal hakları hatırlatılarak sorguya çekildiğinde: 25 yıldır uyuşturucu kullandığını, esrar elde etmek için olaydan iki ay önce evinin damına hint keneviri bitkisi ekip yetiştirdiğini, bunların yapraklarını kurutarak esrar elde edip içtiğini, bilahare hakkında ihbar vaki olduğunu ikrar etmiş; temyiz dilekçesinde dahi hint keneviri bitkisi yetiştirdiğini, ancak bunların cüz'i miktarda olduğunu belirtmiştir. Sanığın eskiden beri uyuşturucu kullandığı ve hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bu anlatımları, celbedilen adli sicil kaydıyla da doğrulanmıştır. Öte yandan, başkası adına suç üstlendiği iddia edilmediği gibi, dosya içeriğine göre böyle davranmasını gerektirecek bir neden de bulunmamaktadır. Çok uzun yıllar uyuşturucu kullanması ve uyuşturucuyu yetiştirdiği hint kenevirlerinden elde etmesi karşısında, ektiği bitkinin cinsi ile ilgili muhtemel yanılığından da söz edilemez. Sanık başlangıçtaki ikrarını aşamalarda istikrarlı biçimde sürdürmüştür. Kaldı ki, ikrardan dönülmüş olsa dahi, bu durum ancak ikrarın gücünü zayıflatacak bir husus olarak görülebilir; ikrarın delil olma özelliğini ortadan kaldırmaz.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, hakkındaki ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbarla uyumlu olup hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde

elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçu sübuta ermiştir.

Ancak hükümden sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı Türk Ceza Kanununu yürürlükten kaldırmış olup, içerisinde yeni kavram ve kurumları barındıran bu Yasada, genel ve özel hükümler öncekinden farklı biçimde düzenlenmiştir. Ayrıca Yasanın 191. maddesinde, kendisi tarafından kullanılmak üzere uyusturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran bitkileri yetiştirenler yönünden yeni bir suç ihdas edilmiştir. Bu suçun, anılan maddede yaptırıma bağlanan, kullanmak için uyusturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçu ile birlikte seçimlik hareketli tek bir suç oluşturup oluşturmadığının tartışılması, ayrıca sanık hakkında evvelce bu dava ile birlikte açılıp sonradan tefrikine karar verilen uyusturucu madde kullanma suçuna ilişkin davanın akıbetinin de araştırılarak, Yerel Mahkemece ulaşılabilecek sonuca göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu gerekçesiyle **Ceza Genel Kurulu;**

Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkeme hükmünün açıklanan nedenle bozulmasına karar vermiştir.

6. ARAMA ve ELKOYMA İLE İLGİLİ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25 Şubat 1993 tarihli 10828/84 sayılı kararında Fransa'dan başvuruda bulunan Funke ile ilgili kararında ;

AİHM, Suçun maddi delillerini toplamak ve gerektiğinde sorumluları kovuşturmak amacıyla arama ve Elkomya gibi bazı koruma tedbirlerine başvuralabileceğini kabul etmekle birlikte ilgili mevzuat ve uygulaması, kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvenceler sağlanması gerektiğini belirterek , gümrük

makamlarının gereğinden fazla denetim yapmasını, süresini ve derecesini ve yetkilerini kötüye kullandıklarını belirterek başvuruda bulunan vatandaşın davasında ;

Mevcut davada durumun böyle olduğunu söz konusu tarihte Gümrük makamlarının çok geniş yetkilere sahip olduğunu özellikle, denetlemelerin amaca uygunluğunu, sayısını, süresini ve derecesini değerlendirme hususunda münhasır yetkiye sahip olduklarını, en önemlisi, adli bir güvence olmaksızın, hukukun sağladığı ve Hükümet'in vurguladığı kısıtlamalar ve koşulların başvuranın haklarına, izlenen meşru amaçla orantılı olmalarını sağlamak üzere edilen müdahale için yasada belirtilen koşulların fazla gevşek olduğunu ve yasanın boşluklarla dolu olduğunu belirtelerek başvuruda bulunanı haklı bulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 8 Şubat 2005 tarihli 60033/00 sayılı, İtalya'dan başvuruda bulunan L.M. ile ilgili kararında ;

AİHM, İtalya'dan başvuruda bulunan L.M'nin kendisine karşı yapılan aramada, arama sırasında yasal usullere uyulmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 8. Maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla ilgili başvuruda; İç hukukun, polis davranışlarının yasallığı hususunda savcılığın denetim sağlamasına imkan veren arama tutanağının onaylanması hususunu özellikle öngördüğünü tespit ettiğini vurgulayarak, bu tür bir onaylamanın tamamıyla ve haksız bir şekilde bulunmaması, yetkili makamların dava konusu arama işleminin yasa ile belirlenmiş olan usullere uygun olarak yapılması hususuna dikkat etmediklerinin ortaya koyarak ;

Arama işleminin tamamlanması sonrasında, yasal usullere uyulduğunun ortaya çıkmadığını belirterek ve bu nedenle AİHS'nin 8. Maddesi ihlal edildiğini belirterek başvuruyu başvuran lehine sonuçlandırmıştır.⁴³⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 28 Şubat 2005 tarihli 41604/ 98 sayılı , Almanya'dan başvuruda bulunan Buck ile ilgili kararında ;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Almanya'dan başvuruda bulunan Buck'un

434 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ışığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, CENGİZ Serkan, DEMİRAĞ Fahrettin, ERGÜL Teoman, M.C BRİDE Jermy, TEZCAN Durmuş, S.77

karışmış olduğ u eylemin trafik kuralı ihlaline ilişkin olduğunu, bu kural ihlalinin fazla önemli olmayan hafif bir suç a ilişkin olduğunu, ayrıca Almanya Hukukuna göre cezai suç kategorisinden çıkarılmış olduğunu, arama ve elkoyma işleminin kendisine karşı değil şahsına karşı yapılmış olduğunu, aynı şekilde iş yeri ve ikamet yerinin aranmasının şahsın sahip olduğ u ve yönettiğ i şirketin , şirketin saygınlığı üzerinde negatif etkilerinin olabileceğini bu nedenle yapılan arama işleminin AHİS aykırı olduğ u yönündeki başvurusunda; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, Davanın özel koşulları altında arama ve Elkoyma emrinin, izlenen meşru amaçla orantılı olması hususunda AİHM, içtihadında tespit edilen ilgili kriterleri göz önüne alarak, öncelikle arama ve Elkoymanın öngöröldüğ ü suçun, yalnızca bir trafik kuralının ihlaline ilişkin olduğunu gözlemlemektedir. Bu tür bir düzenlemenin ihlali, fazla önemli olmayan hafif bir suçtur. Bu nedenle, Almanya hukuku uyarınca cezai suç kategorisinden çıkarılmıştır... Buna ek olarak, mevcut davada risk teşkil eden husus, daha önce trafik kurallarını ihlal ettiğ ine ilişkin sabıkası olmayan bir kişinin mahkum edilmesidir.

Ayrıca AİHM, söz konusu suç, başvurana ait şirketin arabası ile işlenmiş olsa dahi, arama ve elkoymanın ilişkin kovuşturma başvurucuya karşı değil başvurucunun oğluna yöneltilmiştir. Dolayısıyla başvurucu söz konusu yargılama açısından üçüncü kişidir.

Son olarak AİHM, başvuranın 10,000 nüfuslu bir kasabada bulunan iş ve ikamet yerinin aranmasının aleniyetinin, şahsi itibarı ve sahip olduğ u ve yönettiğ i şirketin saygınlığı üzerinde negatif etkileri olabildiğini gözlemlemiştir. Bu bağlamda, bir ihlal ya da suç işlediğ i hususunda başvurandan bizzat şüphe edilmediğ i hatırlatılmalıdır.

Davanın özel koşulları, özellikle de söz konusu aramada ve Elkoymanın, üçüncü tarafın işlediğ i iddia edilen, bir düzenlemenin önemsiz şekilde ihlal edilmesi ile bağlantılı olarak öngöröldüğ ü ve başvuranın şahsi ikamet yerinde yapıldığı göz önüne alındığında AİHM, müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olduğ unun kabul edilemeyeceğ i sonucuna vararak başvuran kişiyi haklı bulmuştur.⁴³⁵

435 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ışığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, CENGİZ Serkan, DEMİRAĞ Fahrettin, ERGÜL Teoman, M.C BRİDE Jermy, TEZCAN Durmuş,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 22Şubat 1994 tarihli 12954/87 sayılı, İtalya'dan başvuruda bulunan Raimondo İle ilgili kararında ;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hakkında örgütlü suç işlemekten dolayı soruşturma yapılarak 16 adet gayri menkulüne ve 6 adet aracına elkonulması nedeniyle yapılan işlemi hukuka aykırı olduğunu belirterek başvuruda bulunan Raimondo davasında ;

AİHM, 1965 Kanunu'nun 2. Maddesinde Elkoymanın öngörüldüğü ve başvuruları, mülkünden mahrum bırakmadığı ancak onları kullanmasını engellediği sonucuna vararak ,1965 Kanunu'nun 2. Maddesi bağlamındaki Elkoyma, topluma zarar veren yasa dışı eylemlerin ürünü olan mülkün, gerekli olduğunda kamulaştırılabilmesini temin etmek üzere konan geçici bir önlem olduğunu belirtip bu nedenle söz konusu önlemin kamu yararına olması yönünden haklı görülebileceğini ön görerek Mafya gibi bir " örgüt'ün " aşırı derecede tehlike arz eden ekonomik gücü göz önüne alındığında, yargılamanın bu aşamasında tedbir alınmasının, izlenen amaçla orantılı olmadığı kanaatine vararak , dolayısıyla, bu noktada AİHS'ye ek 1 No'lu Protokol'ün 1. Maddesinin ihlal edilmediği tespitiyle başvuruda bulunanın aleyhine olacak şekilde karar vermiştir.⁴³⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 29 Haziran 2006 tarihli 11901/02 sayılı, Ukrayna'dan başvuruda bulunan Panteleyenکو İle ilgili kararında ;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ukrayna'dan başvuruda bulunarak yapılan soruşturma kapsamında ofisinde yapılan aramada işlemiş olduğu iddia edilen suçla ilgisi bulunmayan diğer tüm evrak ve belgeleri ile ceza davasıyla ilgili olmayan şahsına ait

S.78

436Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ışığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, CENGİZ Serkan, DEMİRAG Fahrettin, ERGÜL Teoman, M.C BRİDE Jermy, TEZCAN Durmuş, S.78

ögelere de el konulduğunu, bunun da İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğunu belirterek başvuruda bulunan Panteleyenکو dosyasında soruşturma için gerekli olan delilleri seçmek yerine, başvuranın ofisindeki tüm belgelere ve ceza davasıyla ilgili olmayan ona ait şahsi ögelere de el konulmasının koşulları altında AİHM, söz konusu müdahalenin, "kanuna uygun olduğunun" ispat edilmediği ve bu nedenle, söz konusu hususta 8. Maddenin ihlaline neden olduğu sonucuna vararak başvuruda bulunanı haklı bulmuştur.⁴³⁷

437Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ışığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, CENGİZ Serkan, DEMİR AĞ Fahrettin, ERGÜL Teoman, M.C BRİDE Jermy, TEZCAN Durmuş, S.78

SONUÇ

Anayasamızın özel hayatın gizliliği(m. 20) ve konut dokunulmazlığını(m. 21) düzenleyen maddelerinde, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri olmadan kimsenin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyalarının aranamayacağı ve bunlara elkonulamayacağı, kimsenin konutuna girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyaya elkonulamayacağı belirtilmiştir.

5271 sayılı CMK 119 ve 127’ de arama ve elkoyma için kural olarak hakim kararı gerektiği belirtilmiş ve anayasada belirtilen “yetkili merciin”, Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amiri(konut, işyeri ve kamuya açık olmayan işyerleri hariç) olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca 1.6.2005 tarihli “Adli ve önleme Aramaları Yönetmeliği”nde de kanuna paralel düzenlemeler yapılmıştır.

Bir arama faaliyetinin hukuka uygun yapıp yapılmadığını saptayabilmek için ilk önce onun ne araması olduğunu tespit etmek gerekir. Tezimizin başında da belirttiğimiz gibi arama, önleme araması ve adli arama olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tezimizin konusu Ceza muhakemesinde arama ve elkoyma olduğu için önleme aramasına kısaca değinilmiştir.

Adli arama, suç işlenmesinden sonra ortaya çıkan ve suç şüphesi altında olan şüphelinin veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi amacıyla yapılan işlemdir. Adli arama içinde kural olarak hakim kararı gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının, savcıya da ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri gerekmektedir. Ancak konut, işyerleri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar için kolluk amiri arama emri veremez(CMK 119). Görüldüğü gibi kamuya açık olmayan kapalı alanlar için sadece hakim ve Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmıştır.

Ayrıca 5271 sayılı CMK’unda yeni düzenlemelere gidilmiştir. Avukat bürolarında arama ve elkoyma ayrı bir hüküm olarak düzenlenmiştir(CMK 130). Kanunun müdafî değil de avukat terimini kullanması savunma makamı olan avukatlar için getirilen önemli bir düzenlemedir. CMK’nun 130. maddesinde düzenlenen bu hükme göre, avukat büroları ancak mahkeme kararıyla ve Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilecektir. Ayrıca arama işleminin baro başkanı veya onu temsilen bir avukatın huzurunda yapılması gerekmektedir(CMK 130). Arama yapılan avukat bürosunda elkoyma söz konusu olduğunda avukat veya baro başkanı bu belgenin, avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu itirazında bulunabilirler. Bu itiraz üzerine bu belgeleri inceleme yetkisi hakime verilmiştir. Hakim böyle bir ilişkinin olduğunu saptarsa belgeleri derhal avukata iade edecektir(CMK 130/2).

Son yıllarda ortaya çıkan internet suçları nedeniyle bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılabileceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. CMK 134’e göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilebilecektir. Maddede şüphelinin kullandığı bilgisayarın aranabileceği düzenlendiğinden bilgisayarın şüpheliye ait olmasına gerek yoktur. Elkoyma içinde aynı maddenin 3,4, ve 5. fıkralarında yapılan düzenleme ile elkoymanın hangi şartlarda ve nasıl yapılacağı belirtilmiştir.Burada Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılabilmesi halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabileceği, şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, ise elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edileceği belirtilmiştir.

Ayrıca, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılacağı

İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verileceği ve bu hususun tutanağa geçirilerek imza altına alınacağı belirtilmiştir.

Beşinci fıkrada, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyasının alınabileceği, Kopyası alınan verilerin kâğıda yazdırılarak, bu hususun tutanağa kaydedilip, ilgililer tarafından imza altına alacağı belirtilmiştir.

Burada Cumhuriyet savcısına ve kolluk amirine arama ve elkoyma emri verme yetkisi verilmediğine de dikkat edilmelidir.

Ayrıca CMK'nun 122. maddesinde belirtildiği üzere, arama sırasında ele geçirilen belgeler her ne suretle olursa olsun kolluk tarafından incelenemeyecek, hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından incelenebilecektir. Ancak hâkimin veya savcının elkoyulan 100 sayfalık teknik konulara ilişkin bir dökümanı nasıl inceleyeceği ise düşündürücüdür. Burada akla CMK 62 ve devamında düzenlenen bilirkişilik müessesesi gelmektedir.

5271 sayılı CMK'nın getirdiği yeniliklerden biriside arama esnasında müdafinin hazır bulundurulması durumudur. Artık CMK 120/3. maddesi gereğince, kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamayacaktır. Aynı durum elkoyma için de geçerlidir. (Suç Eşyası Yön. m5)

CMK'nın getirdiği bu olumlu yeniliklerin yanı sıra, “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” Cumhuriyet savcısının “yazılı emrinin” aranması çelişki oluşturduğundan ilgili kısımda açıklandığı üzere doktrinde eleştiriye uğramıştır.

Mukayeseli hukukta, özellikle Almanya, İngiltere, Fransa ve İtalya'da, arama için kural olarak hakim kararı arandığı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kolluğa doğrudan arama yapma yetkisi verildiği görülmektedir. Hukukumuzda ise

kural, hakim kararı olmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emrinin aranması ve kolluğa hiçbir şekilde arama kararı verme yetkisi (PVSK m. 20 ve AÖAY m. 8 hariç) verilmemesi karşısında; ülkemizdeki sistemin Avrupa ülkelerindeki sistemlerden daha fazla temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik olduğu söylenebilir.

Ancak en çok eleştiriye uğrayan düzenleme ise 1 Haziran 2005'te 5271 sayılı CMK ile birlikte yürürlüğe giren AÖAY'dir. Çünkü başta anayasa olmak üzere, CMK ve diğer kanunlarda, arama için, hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emrinin alınması kuralına istisna getirilmemiş iken, AÖAY'nin 8. ve bu maddenin devamı bir düzenleme içeren 30. maddesinde bu kurala istisnalar getirilmiştir. Bu da temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasanın 13. maddesine, kanunların anayasaya aykırı olamayacağına ilişkin Anayasanın 11. maddesine ve yönetmeliklerin kanunlara aykırı olamayacağına ilişkin Anayasanın 124/1. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedenledir ki, Danıştay 10. Dairesi, AÖAY'nin 8. maddesinin (a) fıkrasında yer alan "hakkında tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçağın yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada" hakim kararı alınmasına gerek olmadığına dair hüküm ile bunun uzantısı olan "haklarında gıyabî tutuklama, tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için" konutta yapılacak aramalarda ayrıca arama kararı alınmasına gerek olmadığına dair yönetmeliğin 30. maddesinin ilk fıkrasını 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı ile:"...yakalanması amacıyla konutunda,işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada," ibaresi iptal edilmiştir.),

Danıştay 10. dairesi, 5237 sayılı TCK'nunda ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmişken, yönetmeliğin "rıza ile arama" ya ilişkin 8.

maddesinin (f) bendinde geçen ‘‘ilgilinin rızası’’ibaresini 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

Esasen yönetmelikte yapılan düzenlemenin iptali ile doğan boşluğun kanuni bir düzenleme ile doldurulması gerekir.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU Tekin, Genel Olarak İnsan Hakları, EGM (Emniyet Genel Müdürlüğü) Yay., no. 139, Ankara, 2000.
- AKSOY, Şemsettin, Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- ARTUK, M Emin- GÖKCEN, Ahmet- YENİDÜNYA, A Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000
- BAKICI Sedat, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması Ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 1997
- BAKICI, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- BARDAK, Cengiz, Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996
- BOZER, R Turgay, Önleme Araması, , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, DÜSBE, Diyarbakır, 2001
- CENTEL, Nur -ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Bası, İstanbul, 2003
- CENTEL, Nur –ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Bas. Yay. Dağ. AŞ., İstanbul, 2003
- CİHAN, Erol –YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Bas.Yay. Dağ., İstanbul, 1998.
- ÇAMLİBEL, Cemil, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ülkemizde Arama Hukuku”, (http://www.egm.gov.tr/egitim/eskisayi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/cemil_camlibel.htm), Erişim Tarihi 21.12.2005.
- ÇOLAK, Haluk – TAŞKIN, Mustafa, Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, Seçkin Yayınevi,2005.
- DÖNMEZER, Sulhi- YENİSEY, Feridun, Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, AII. 14 Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, En Son Değişiklikler, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi, Özel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984.
- EROL, Haydar, Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması Ve

Uygulamasý, Ankara, 2006

ERYILMAZ, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama, Ankara, 2003.

GÖKÇEN Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, DEÜHF. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, no. 49., Ankara, 1994.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz – GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulamasý, Ankara, 1994.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt:II, Bursa, 2003.

GÜLŞEN Recep, Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc Erişim Tarihi, 12.12.2005.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

HAKERİ, M. Hakan, Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi, Ankara, 1999.

İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Beta Bas. Yay. Dağ., İstanbul, 2005

KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara,1997.

KIRBAŞ, Sadık, Vergi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1992.

KOPARAN, M REŞAT, “Koruma Tedbiri Olarak Arama”,

<http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/185.doc>,

Erişim T. 12.12.2005.

KUBİLAY, Taşdemir- ÖZKEPİR, Ramazan, Açıklamalı- İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

KUNTER, Nurullah -YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 12.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.

KUNTER, Nurullah -YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Özet Kitap, İstanbul, 2005

KUNTER, Nurullah- YENİSEY, Feridun- NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006.

MALKOÇ, İsmail – GÜLER, Mahmut, Uygulamada Ceza Muhakemeleri Kanunu, C. 1, Adil Yayınevi, Ankara, 1994.

MALKOÇ, İsmail- YÜKSEKTEPE, Mert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni

- Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005.
- MALKOÇ, İsmail, Açıklamalı- İċtihatlı Memur Yargılaması, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2006.
- MÜFTÜOĞLU, Güneş, Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti, Ankara, 1996.
- NOYAN, Erdal, Ceza Muhakemesi, Ankara, Adil Yayınevi, 2005.
- ÖNDER, Ayhan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama”, İHFM, C. XXIX, S. 3.
- ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- ÖZBEK, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri "Özgürlük İçinde Güvenlik: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu": Hukuki Perspektifler Dergisi, 3. sayı, İstanbul, 2005.
- ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, M. Ruhan – ÖZBEK, V. Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri "Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", (http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/1_13.doc): Adalet Bakanlığı, 12.10.2005.
- ÖZTÜRK, Bahri, “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama”, MBD., Y. 11, S. 4, 1992.
- ÖZTÜRK, Bahri, “Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanı ve Özel Hayata Karşı Suçlar”, MBD., Temmuz 1987.
- ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 1992.
- ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), DEÜHF. Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara. 1991.
- ÖZTÜRK, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara, 1995.
- PARLAR, Ali- HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. I, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007.

- PRADEL, Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, Çeviren: Sulhi Dönmezer, İstanbul, 2000.
- SAVAŞ, Vural- MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C. 2, Ankara, 1995.
- SELÇUK, Sami, “Kanıtların Toplanması Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti”, YKD., C. 3., S. 2. Ocak, 1987.
- SOKULLU-AKINCI, Füsün, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul, 1990.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, Ankara, 2000.
- ŞAFAK, Ali- BIÇAK, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Roma Yayınevi, Ankara, 2005.
- ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- ŞEN, Ersan, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, 1996.
- T.C. Danıştay Onuncu Daire, E. 2005/6392, T. 19.01.2006, Yürütmeyi Durdurma Kararı. (Karar, Danıştay 10. Daire Mahkeme kaleminden temin edilmiştir).
- TEZCAN, Durmuş- ERDEM, M Ruhan- SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 2004.
- TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Adli Kolluk, Ceza Adalet Sistemi Ve Polis Sempozyumu, Dizi:5, EGM Yay. Ankara, 1998.
- TOROSLU Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003.
- YALVAÇ, Gürsel, TCK CMK CGTİK ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.
- YAŞAR, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005.
- YENER Orhan, Ceza Yargılaması Polis Ve Jandarma Mevzuatı, Adil Yayınevi, Ankara, 1998
- YENERER, Özlem, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, MÜSBE, İstanbul, 1996.
- YENİSEY Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma, AÜ. SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları no. 12, Ankara, 1995

- YENİSEY, Feridun, “Aksaray Polis MYO. Kon.”, Avrupa Birliği Uyum Yasaları Çerçevesinde Değişen Yasalar ve Arama, C. III. 4, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- YENİSEY, Feridun, “İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi”, Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul, 1999.
- YENİSEY, Feridun, Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, A II, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim–2001,
- YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Kontrol Noktaları Bilgisayar Verileri ve Vücudun Muayenesi, Kamu Hukuku Bulteni, İstanbul, 1990.
- YENİSEY, Feridun, Ceza Yargısında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler, Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu, İstanbul, 1983.
- YENİSEY, Feridun, Uygulanan Ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması Ve Polis, İstanbul, 1987.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara, 1992.
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005.
- YURTCAN, Erdener, CMK Şerhi, Beta Bas. Yay., İstanbul, 2005.

ÖZGEÇMİŞ

Tezi hazırlayan Mustafa AÇAR; 1979 yılında Şanlıurfa İli Halfeti İlçesinde doğdu. İlk okulu Halfeti’de orta ve liseyi Nizip İlçesinde tamamladı.1998 yılında girmiş olduğu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 2002 yılında mezun oldu. 2005 ve 2006 yılları arasında hakim ve savcı adayı olarak staj gördükten sonra Cumhuriyet Savcısı olarak Hatay İli Kırıkhan İlçesine atandı. Halen Elazığ İli Baskil İlçesinde Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmaktadır. Evli ve bir çocuk babasıdır.