

CEZA MUHALEMESİNDE ADLİ ARAMA

JUDICIAL SEARCH IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Duygu Çağlar DOĞAN*

Özet: Ceza muhakemesinin temel amacı olan adli yollarla maddi gerçeğe ulaşmada, koruma tedbirleri hassas bir noktada yer alır. Arama da, bir yandan özgürlüklerin teminat altına alınması; diğer yandan suç delillerinin ortaya çıkarılması ikilemindeki yargı organları ve kolluğun sıklıkla uyguladığı bir koruma tedbidir. Bu çalışmada, aramaya ilişkin genel ilkeler ve mevzuatımızın öngördüğü usul incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Arama, koruma tedbiri, adli arama, önleme araması, avukat bürosunda arama.

Abstract: The protection measures remain on a very delicate point in regard to achieve to material reality through legal means which are the main purpose of the criminal procedure. Search is also a protection measure frequently applied by judicial organs and police force which have the dilemma of regarding to safeguard freedoms on one hand and to reveal criminal evidences on the other hand. In this study, general principles and procedure regulated by our laws regarding search have been examined.

Keywords: Search, protection measure, judicial search, preventive search, search at attorney's office.

1. GİRİŞ

Esas itibarıyla “ceza muhakemesinin gayesine erişmesi maksadı ile saklanan sanığın ve delillerin elde edilmesi için bir kimsenin meskeninde, etra-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi.

fi çevrili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemi”¹ olarak tanımlanan arama, başta özel yaşamın gizliliği olmak üzere, konut dokunulmazlığı, vücut bütünlüğü ve kişi özgürlüğü gibi temel insan haklarına müdahale teşkil ettiği için AİHS, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda özel olarak düzenlenmiş bir koruma tedbiridir. Tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi aramada da “şüpheli”, “geciktirilemezlik”, “orantılılık” ve “görünüşte haklılık” ön koşuldur.² CMK m. 116 ve devamında aramaya ilişkin ön şartlara ve işlemin gerçekleştirilmesi sırasındaki önemli usul kurallarına yer verilmiştir. Belirtilen bu hususlar, “adli arama” ya ilişkindir. Diğer bir arama çeşidi olan ve bir suçun işlenmesini ya da bir tehlikenin önlenmesini ve anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlayan “önleme araması” ise Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda (PVSK) düzenlenmiştir. Kanun’un 9. maddesine göre, polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar. Önleme aramasının nerelerle sınırlı olarak yapılabileceğini yine kanun ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Bunların yanında Adalet ve İçişleri Bakanlıkları tarafından 01.06.2005 tarihinde çıkarılan “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği”³ de, arama bakımından ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir.⁴ Yönetmelik, 5.maddesinde adli aramayı, “bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde,

¹ Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1989, s. 720; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2008, s. 241.

² Hamdi Yaver Aktan, “Kozmik Büroda Arama”, <http://www.cumhuriyet.com.tr/?im=yhs&hn=105170>, (10.05.2010)

³ Bundan sonra “Yönetmelik” olarak anılacaktır.

⁴ Ceza Muhakemesi alanında, yönetmelik olarak çıkarılan kanun harici düzenlemelerin hukuki değerine ilişkin tartışmalara “değerlendirme” başlığında yer verilecektir.

özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemi” olarak tanımlamıştır.

CMK m. 134, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde aramayı ayrıca düzenlediği için bunlar, aramanın özel bir türü; hatta ayrı bir koruma tedbiri olarak nitelendirilmekte ve dolayısıyla çalışmamızda yer almamaktadır. Diğer yandan aramanın amaçlarından biri olan ve başlı başına ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenen “el koyma” da kapsam dışında tutulmuştur.

Aramanın nitelik itibarıyla benzerlik gösteren olay yeri inceleme ve beden muayenesi gibi kavramlardan fakının ortaya konulması, esas çerçevenin çizilmesi bakımından önemlidir. Olay yeri inceleme, suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemleri olarak tanımlanmıştır.⁵ Görüldüğü üzere olay yeri inceleme esasen bir arama işlemidir; fakat suç işlenen yere özgü olduğu için ondan daha dar kapsamlıdır. Ayrıca bu işlemlerin uygulanmalarındaki usul de kimi zaman farklılık arz etmektedir. Eğer olay yeri inceleme, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılacaksa herhangi bir merciin emir veya kararına ihtiyaç duyulmamaktadır.⁶ Bunun dışında kalan yerler bakımından ise adli aramada olduğu gibi hakim veya gecikmesinde sakınca olan haller bakımından Cumhuriyet savcısı kararı, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan haller bakımından ise konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışındaki yerler bakımından kolluk amirinin yazılı emri aranmaktadır (Yön. m. 9/2). Beden muayenesi bakımından ise ikilem, vücudun dış yüzeyinde yapılacak araştırmanın üst araması mı yoksa dış beden muayenesi mi sayılacağı noktasında yaşanmaktadır. Üst araması tıbbi bir müdahale olmaksızın ve herhangi bir araç kullanılmadan yapılan bir incelemedir.⁷ Dış beden muayenesi ise, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanığın vücudunun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle veya elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesidir.⁸

⁵ Yönetmelik m. 9/1.

⁶ Yön. m. 9/1.

⁷ Şemsettin Aksoy, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara 2007, s. 113.

⁸ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3 ve m. 5.

Bu durumda kişide yapılan aramanın, kişinin o an üzerinde bulunan elbiselerinin aranması ile sınırlı olarak anlaşılması gerekmektedir.⁹ Bu sınırın ötesine geçip tıbbi bir inceleme noktasına gelindiği anda artık aramadan değil; beden muayenesinden söz edilecektir.

Arama koruma tedbiri, daha önce de ifade edildiği üzere, özel yaşamın gizliliği ve konut dokunulmazlığı gibi belli temel haklara ağır müdahalede bulunulmasını gerektirir. Bu yönüyle arama işlemi ile birey menfaati doğrudan zarara uğramaktadır. Tüm koruma tedbirleri gibi arama da, sadece masumiyet karinesi nedeniyle biçimsel olarak suçsuz olan kimselere değil; kimi zaman gerçekten suçsuz olanlara da uygulanabilecek ve ağır ihlallere yol açabilecek niteliktedir. Ancak diğer yandan ceza muhakemesinin de amacına ulaştırılması bakımından devletin üstün bir menfaati bulunmaktadır. Nitekim bütün koruma tedbirleri bu amaca hizmet etmek için öngörülmüş olup çatışan birey-devlet menfaatleri arasında denge kurabilmek ve birey bakımından teminat oluşturmak üzere Anayasalar ve kanunlarca ancak belli şartlara bağlı olarak uygulanabilir kılınmıştır. Anayasa m. 20 özel hayatın gizliliğine ilişkin olup kimsenin, usulüne uygun verilmiş hakim kararı veya gecikmesinde sakında bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri olmadıkça aranamayacağını ve bunun da yalnız maddede sayılan sebeplere dayanılarak yapılabileceğini hükme bağlamıştır. m. 21’de, konut dokunulmazlığını düzenlemiş ve bu hakkın arama yoluyla ihlalinin dayanabileceği sebepler ve izlenecek usul bakımından aynı hususları öngörmüştür. Öte yandan, AİHS de 8.maddesinde özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı gösterilmesi zorunluluğunu düzenlemiştir. Kamu otoritesinin bunlara yönelik müdahalesini meşru kılacak sebepler arasında “suç işlenmesinin önlenmesi” de sayılmış ve bu tedbirlerin ancak “ölçülülük” ve “yasayla öngörülmüş olma” koşulları gerçekleşmişse uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu yönden incelendiğinde, CMK m. 116 ve devamında düzenlenen aramaya ilişkin hükümler AİHS’nin 8. maddede belirlediği kriterlere uygundur.

Arama koruma tedbiri, şüpheli veya sanığın yakalanması ve delillerin elde edilmesi şeklindeki iki amaca birden hizmet etmektedir. Bu durumda her ne kadar başlı başına bir koruma tedbiri olsa da; ara-

⁹ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 300.

manın, yakalama ve el koyma tedbirleri bakımından bir “araç” olduğu açıktır. Yani arama başarıyla sonuçlandığında bunu mutlaka yakalama veya el koyma gibi bir başka koruma tedbiri izleyecektir.¹⁰ Aramanın vasıta niteliğinde bir koruma tedbiri olmasından hareketle tutuklama, zorla getirme ve yakalama kararlarının üstü kapalı bir arama kararı olduğu ileri sürülmüş ve yönetmelikte bu görüşe paralel düzenlemeler yapılmıştır. Ancak Danıştay konut, işyeri veya eklentilerinde yapılacak aramalar bakımından bu düşünceye katılmamış ve Yön. m.8/a ve m.30’daki buna ilişkin ifadelerin yürütmesini durdurmuştur.¹¹

2. ARAMANIN ÇEŞİTLERİ

Aramanın çeşitli kriterlere göre sınıflandırılması mümkündür. Amaca göre yapılan ayırım, “önleme araması” ve “adli arama” şeklindedir. Aramanın konusu veya arama yapılan yere göre ise aramayı, “üstte arama”, “konutta arama”, “işyeri veya kişiye ait diğer yerlerde arama”, “eşyada arama” ve CMK’da ayrıca düzenleme konusu yapılan “avukat bürosunda arama” şeklinde beş grupta toplamak mümkündür. Aramanın zamanına göre, “gece yapılan arama” ve “gündüz yapılan arama” da birbirinden ayrılmaktadır. Son olarak aramaya maruz kalan kişiye göre arama, “şüpheli veya sanık üzerinde arama” ve “diğer kişiler üzerinde arama” olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada ana hatlarıyla önleme araması incelenecek, ardından diğer sınıflandırmaları da içerecek şekilde adli arama bahsine ağırlık verilecektir.

A. Önleme Araması

Önleme araması, 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, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle belli yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kağıtla-

¹⁰ Özbek, s. 301-303.

¹¹ Danıştay 10. Daire, T. 19.01.2006, E.2005/6392 K.2007/948 sayılı kararı.

rında ve eşyasında yapılan arama işlemi şeklinde tanımlanabilir.¹² Tanıma uygun olarak PVSK m. 9/1’de yer alan “*usulüne göre verilmiş hakim kararı*” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna dair itiraz Anayasa Mahkemesi önüne gitmiş ancak, Yüksek Mahkeme talebin reddine karar vermiştir. İtiraz başvurusunda, Anayasa’nın 20. maddesindeki düzenlemenin adli aramalara ilişkin olduğu, önleme aramasının idari işlem niteliğinde olduğundan bahisle hakim kararının aranmasının bunlar bakımından geçerli olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, 22.02.2006 tarih ve E. 2203/29 K. 2006/24 sayılı kararında, özel yaşamın gizliliğini güvence altına alan 20. maddenin özel yaşama müdahale teşkil eden tüm arama türleri bakımından geçerli olduğunu ve önleme araması bakımından hakim kararı güvencesinin istisna tutulamayacağını belirterek oybirliği ile ret kararı vermiştir.

PVSK m. 9 ve Yön. m. 19’a göre önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir:

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

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

c. Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerler,

ç. Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisi, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerleri,¹³

d. Umumî veya umuma açık yerler,

e. Her türlü toplu taşıma araçları, seyreden taşıtlar,

f. Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışları,

¹² Özbek, s. 307.

¹³ Ancak üniversitelere girilebilmesi için kurumun imkanlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması olasılığı karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri gerekmektedir. (PVSK m.20/A)

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

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

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

Görüldüğü üzere kanun ve yönetmelik, önleme araması yapılabilecek yerleri tahdidi şekilde sayma yoluna gitmiştir. Ancak çizilen bu çerçevenin dar olduğu söylenemez. Nitekim yukarıda sayılan haller yorum yoluyla genişletilip yeni durumlara uyarlanmaya müsaittir.¹⁴ Buna karşılık konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz. Kural bu olmakla birlikte, PVSK m. 20'ye göre toplum için veya kişiler bakımından mevcut bulunan hayati bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine kolluk görevlileri eve girebilir. Sayılan bu istisna dışında, hakim kararıyla dahi konutta, yerleşim yerinde, kamuya açık olmayan özel işyerleri ve eklentilerinde önleme amaçlı arama yapılamaz.¹⁵

Önleme araması yapmak isteyen kolluk, arama için makul sebeplerin oluştuğunu gerekçeleriyle birlikte gösterdiği, aramanın yapılmasını önerdiği yer ve zamanı da içeren talep yazısını, aramanın yapılacağı yer mülki amirine yazılı olarak iletir. Mülki amir de talebi uygun bulursa hakimden arama kararı talep eder. Ancak gecikmesinde sakında olan hallerde mülki amir, arama emrini yazılı olarak kendisi verir.¹⁶ Gecikmesinde sakınca olan hallerin neler olduğunu yönetmelik tanımlamıştır. Buna göre önleme aramaları bakımından, derhal işlem yapılmadığı takdirde milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık

¹⁴ Aksoy, s. 46.

¹⁵ Aksoy, s. 50.

¹⁶ Arama talep, emir ve kararında yer verilmesi gereken hususlar Yön. m. 20/3'te sayılmıştır. Buna göre aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, yapılacağı yer, geçerli olacağı süre mutlaka belirtilmelidir.

ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması hallerinde gecikmede sakınca vardır (Yön. m. 4). Yönetmelik, 25.maddesinde, hakimın arama kararına veya yetkili merciin arama emrine ihtiyaç duymaksızın kolluğun yapabileceği önleme aramalarının neler olduğu sayılmıştır. Bu sayılanlar dışında kalan, ama gecikmesinde sakınca olan tüm hallerde yine yetkili merciin yazılı emrinin bulunmak zorunda oluşu, acil bazı durumlarda telafisi mümkün olmayan zararlar doğurabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Denmektedir ki, bir canlı bombanın polis tarafından fark edilmesi halinde yazılı emir olmaksızın üstünde arama yapılamayacak; ama daha ağır bir koruma tedbiri olmasına rağmen gecikmesinde sakınca olan hallerde kolluğun yazılı emre ihtiyaç duymadan yapabildiği “yakalama”yı gerçekleştirmesi mümkün olacaktır.¹⁷ Bu eleştiri kabul edilebilir olmakla birlikte, “gecikmesinde sakınca olan hal” gibi pek çok farklı durumun kapsam dahiline sokulması mümkün bir kavramla kolluğun yetki alanının daha belirsiz hale getirilmesi de sakıncalıdır. Kaldı ki, yazılı bir emre ihtiyaç duyulmayan haller (Yön. m. 25) içerisinde sayılan “kanunun muhafaza altına alınmasına olanak verdiği eşyaların bulunması için kişilerin aranabileceği” kuralı da yorum yoluyla genişletilmeye imkan tanımaktadır. Dolayısıyla, canlı bomba örneğindeki gibi durumlar söz konusu olduğunda kolluğun, bu hükümden hareketle hakim kararı veya yazılı emir olmaksızın arama yapma yetkisine sahip olacağı kabul edilebilir.

Öte yandan, umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller buraya girmek isteyenlerin rızalarına bağlıdır. Kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir. Ancak, bu yerlerin ve katılanların taşıyabilecekleri özel niteliklere göre, önleme aramaları kolluk güçleri tarafından da yapılabilir (Yön. m. 25/son).

¹⁷ Her durumda aranan hakim kararı veya yazılı emir şartına yönelik eleştiri için bkz. Yasemin F. Saygılar, “Arama”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. 1, s. 632.

Usulüne uygun bir arama kararı veya arama emri verildikten sonra, yetkili amirin aramanın yapılması için kolluk memurlarına vereceği sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu konudaki emirlerin yazılı olarak verilmesi istenemez. Emrin yerine getirilmesinden doğan sorumluluk ise emri verene ait olacaktır (PVSK m. 2). Kanundaki hüküm, Türk Ceza Kanunu m. 24'te düzenlenen amirin emri hukuka uygunluk sebebi ile uyum içindedir. Nitekim emri verenin sorumlu olması için TCK, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellenmesi gereğini ifade etmiş ve PVSK da yetkili amir tarafından verilen emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesine imkan tanımamıştır. Eklemek gerekir ki, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Bu durumda emri veren de yerine getiren de sorumluluktan kurtulamaz (TCK m. 24/3).

B. Adli Arama

a. Aramada Şüphe

Yukarıda da tanımlandığı üzere adli arama, bir suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan ve şüpheli, sanık ya da hükümlünün yakalanması ve/veya suçun delillerine ulaşılması amacıyla gerçekleştirilen araştırma işlemi olup hukukumuzda CMK tarafından düzenlenmiştir.¹⁸ Mülga CMUK'dan farklı olarak CMK m. 116/1'de aramanın yapılabilmesi için "*makul şüphe*" bulunması gereği açıkça ifade edilmiştir. Şüpheye ilişkin, hukukumuzda basit şüphe, yeterli şüphe, kuvvetli şüphe ve başlangıç şüphesinin yanına yeni bir kavram olarak makul şüpheyi ekleyen CMK, bunun tanımını yapmamıştır. Yönetmelik ise 6.maddesinde kavramın içeriğini doldurmaya çalışmıştır. Hükme göre "*makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını*

¹⁸ Özbek, s. 312.; Kunter, s. 720.; Aksoy, s. 51.; Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2009, s. 242.

öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.” Görülüyor ki, şüpheden daha az bir anlama sahip olan ve sübjektif bir yaklaşım içeren umma veya sanma, arama yapılabilmesi için yeterli değildir.¹⁹ Esasen CMK, aramaya maruz kalan kişi bakımından ayrıma gitmiş ve aradığı şüphe derecesini sanık dışında kalan diğer kişilere yönelik aramalarda daha da yoğunlaştırmıştır. m. 117/2’de aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan “*olay*”ların varlığı şart koşulmuştur. Kanun koyucu, özel hayatın dokunulmazlığı ilkesi karşısında suçla ilgisi olmayan kişilerin nezdinde aramayı daha sıkı koşullara tabi kılarak şüpheyi de aşacak ölçüde “*belirlilik*” bulunmasını gerekli görmüştür.²⁰ Ancak bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir (CMK m. 117/3). Bu istisnai durumda sınırlamanın geçerli olmamasını, m. 116’daki makul şüphenin de aranmayacağı şeklinde anlamamak gerekir. Yani bu hallerde artık “*olay*”ların varlığı aranmayacak, tıpkı şüpheli veya sanığa yönelik aramada olduğu gibi “*makul şüphe*” yeterli görülecektir. Diğer yandan şüpheli veya sanığın izlendiği sırada girdiği yerlerin ne anlama geldiği açık olsa da; “*bulunduğu yer*” kavramının tam olarak neyi karşıladığı belirlenmelidir. Aksi takdirde, sınırlamanın aranmayacağı haller, amacı aşan şekilde genişletilebilir. Bu nedenle doktrinde, “*bulunulan yer*”den “*kısa süreli olarak bulunulan yer*”in anlaşılması gerektiği, diğer bir ifade ile şüpheli ya da sanığın yerleşmek niyetiyle bulunduğu yerlerin kastedilmediği belirtilmiştir.²¹

b. Aramanın Yapılacağı Yer

CMK m. 116 şüpheli veya sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranmasından söz etmiştir. İşyeri kavramına dahil olmasına rağmen ayrı düzenleme konusu yapılan avukat bürolarında arama ise, kendisine özgü hassasiyeti nedeniyle farklı usullere tabi tutulmuştur.

¹⁹ Özbek, s. 313-314.

²⁰ Saygılar, s. 633.; Özbek, s. 316.

²¹ Özbek, s. 316-317.

Kişinin üstünde arama yapılması, giydiği elbise içinde veya altında, kişinin doğal vücut boşluklarında tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın gözle veya elle inceleme yapılarak delil aranmasıdır.²² Üst araması sırasında önemli olan vücut tamlığına, ar ve haya duygularına saygı gösterilmesidir.²³

Eşyada yapılan arama bakımından ise öncelikle “eşya”nın tanımını yapmak gerekmektedir. Maddi bir varlığa sahip ve delil olabilir nitelikteki her şey eşya olarak aramanın konusunu oluşturabilir. Bununla birlikte, kişinin terk ettiği bir eşya olarak örneğin çöpte delil aranması arama sayılabilecek midir? Bu soru karşısında doktrinde konuya, müdahalenin özel hayatın gizliliğine girilip girilmediği kriterine göre çözüm getirilmiştir. Kapı önündeki çöpe atılan bir pet şişe üzerindeki parmak izi araştırmasının arama sayılmayacağı; ama çöpün örneğin bir otel odasında bulunuyor olması durumunda, henüz sahibinin himayesinden çıkmamış olduğundan cevabın değişebileceği söylenmiştir.²⁴

Konut (mesken), bir kimsenin fiilen oturduğu yer; yani gerçek adresidir. Bu nedenle konutu, ikametgah ile karıştırmamak gerekir. Konut, gerek Türk Ceza Kanunu’nun 116.maddesindeki konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından ve gerekse konumuz olan arama koruma tedbiri bakımından en geniş anlamıyla kabul edilmelidir.²⁵ O halde, ev, kulübe, çadır, otel odası, yurt odası, karavan, tren vagonu ... vs. konut kavramına dahildir. Ancak boş olan bir evin, terk edilmiş bir köyün²⁶ veya sokaktaki arabanın aranması teknik anlamda arama sayılmamaktadır.²⁷ Bir yerin konut kavramına dahil edilebilmesi için özgüleme (tahsis) iradesinin varlığı gerekir. Bir kimsenin birden fazla

²² Üstte yapılan arama ile beden muayenesi arasındaki farka yukarıda değinilmişti. Bkz. s. 1-2.

²³ Özbek, s. 325.

²⁴ Özbek, s. 325.

²⁵ Saygılar, s. 634.

²⁶ *Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu*, T.C.Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, s. 525.

²⁷ Serap Keskin Kızıroğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama(Adli Arama)”, *AÜFD*, C:58 S:1, s. 147; Saygılar, s. 634.

konutu varsa, bu yerlerin fiilen yaşamaya tahsil edilmesi ve bunun sürekli bir nitelik göstermesi halinde her biri konut sayılır.²⁸

İşyeri de, konut kavramı gibi geniş yorumlanmalıdır. İşyeri bakımından özellik arz eden arama türü, avukat bürolarında aramadır. CMK m. 130'da ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 58'de özel olarak düzenleme konusu yapılan avukatlık bürolarında yapılan arama, ancak mahkeme kararı ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın hazır bulunmasıyla aranabilir. Görülüyor ki, gecikmesinde tehlike bile olsa, arama kararını vermek için savcı yetkili kılınmamıştır. Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken husus; söz konusu özel düzenlemelerin avukatlık bürosunda yapılan her arama bakımından mı, yoksa avukatın müvekkillerine ilişkin olarak yapılan aramalar bakımından mı geçerli olacaktır. CMK m. 130 ve Avukatlık Kanunu m. 58/1'in koruduğu alanların farklı olduğu şeklindeki görüş, CMK'daki düzenlemenin ister avukatın mesleğiyle ilgili olsun ister mesleki olmayan nedenlerle olsun büroda yapılan her aramayı kapsama aldığı; oysa Avukatlık Kanunu'ndaki korumanın sadece avukatın mesleği gereği maruz kalacağı soruşturmaları kapsadığını, buna ek olarak, konuttaki ve işyerindeki aramaların her ikisi bakımından geçerli olacağını belirtmektedir.²⁹ Diğer yandan, her iki düzenlemenin de salt avukatın müvekkillerine ilişkin olarak yapılacak aramalara özgülenildiğini söyleyen görüş, avukatın kendisinin şüpheli ya da sanık olması durumunda aramaya ilişkin genel hükümlerin uygulanacağını ifade etmektedir.³⁰ Kanımızca, koruma alanlarının farklı olduğu şeklindeki ilk yorum, Avukatlık Kanunu'nun sistematigi gereği kabul edilebilir. Nitekim Avukatlık Kanunu m. 58, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı yazıhane ve konutlarının daha güvenceli bir usulle aranabileceğini hükme bağlamıştır. Oysa CMK aramanın nedeni olan suçun görevle ilgili olup olmadığı ayırımına gitmemiş ve kapsamı yalnızca bürolar bakımından sınırlan-

²⁸ Özbek, s. 320.

²⁹ Aksoy, s. 115; Recep Gülşen, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Nisan Sayısı, No: 3, İstanbul 2005, s. 94; İsmail Malkoç / Mert Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2005, s. 355; Keskin Kızıroğlu, s. 145.

³⁰ Özbek, s. 321.

dırmıştır. Diğer görüş, avukat bürolarında yapılan her aramanın değil; sadece müvekkillere ilişkin olanların özel düzenlemelere konu olduğunu söylemekle koruma alanını olması gerekenden fazla daraltmaktadır. Bu nedenle, avukatın gerek vekil, gerekse şüpheli veya sanık olduğu her durumda bürosunda yapılan aramanın korumadan yararlanacağına kabulü gerekmektedir.³¹ Avukat bürolarında aramaya ilişkin üzerinde durulması gereken diğer husus da, avukatın evinin aynı zamanda bürosu olması halinde hangi usulle aramanın yapılacağıdır. Bu noktada bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Avukatın hem mesken hem de büro olarak kullandığı yerde yapılan arama, onun mesleki faaliyetinden dolayı yapılan suç soruşturmasına veya kovuşturmasına ilişkinse özel düzenlemelere tabi olacak; ancak mesleğinden kaynaklanan suçlar dışında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalardaki ev araması, herhangi bir muafiyetten yararlanamayacaktır.

c. Aramanın Zamanı

Kural, aramanın gündüz yapılmasıdır. Bu kuralı, CMK m. 118/1, *“konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.”* şeklindeki hükümle ifade etmiştir. *“Gece”* kavramını da TCK tanımlamıştır. m. 6/1-e’ye göre gece vakti deyiminden, *“güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve güneşin doğmasından evvele kadar devam eden zaman süresi”* anlaşılır. Ancak aramaya gündüz başlanıp da tamamlanamazsa gece devam edilebilir. Elbette yetkili makamlar burada dürüst işlem ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar.³² Doktrindeki, kişinin rızasının varlığı halinde, bunun tutanakta gösterilmesi şartıyla aramanın gece de yapılabileceği³³ şeklindeki görüş kanımızca tutarlı değildir. Kanunda gösterilen istisnalar dışında, ilgilinin rızası ile koruma tedbirleri bakımından getirilen güvencelerin dolanılması mümkün olmamalıdır.

³¹ Uygulayıcıya yol göstermek üzere hazırlanan eserde, avukat bürosunda yapılacak olan ve özel usule tabi arama için örnek olarak sunulan arama kararında, avukat bizzat adam öldürme suçundan dolayı sanık konundadır. Bkz. M. Hakan Ünal, *CMK Uygulamaları ve Nöbetçi Hakimin El Kitabı*, Ankara 2009, s. 97.

³² Özbek, s. 327.

³³ Özbek, s. 326.

Kanun, aynı maddenin ikinci fıkrasında kuralın istisnalarını düzenlemiştir. Belirtelim ki, 5271 sayılı CMK, 1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak, aramanın gündüz yapılması kuralının istisnalarını azaltmıştır. Eski Kanun'daki geceleyin herkesin girip çıkabileceği yerler; mahkumların toplanma, sığınma ve suçtan elde edilen eşyayı saklama yeri; gizli kumar yeri; genelev gibi yerlerde gece-gündüz ayrımı yapılmaksızın arama yapılabilmesini sağlayan ifadeler yeni kanuna alınmamış ve yerinde olarak, sayma yöntemiyle sınırlandırılan üç istisnai duruma yer verilmiştir. Bunlar, suçüstü halleri,³⁴ gecikmesinde sakınca olan durumlar³⁵ ve yakalanmış veya gözaltına alınmış³⁶ olup da firar eden kişi, tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalardır.

d. Aramaya Maruz Kalanlar

Kanun, hakkında arama yapılabilen kimseleri esas itibariyle iki grupta toplamıştır. Bunlar, suç şüphesi altındakiler(şüpheli veya sanık) ve diğer kişilerdir.

Yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evrede suç şüphesi altında bulunan kimse olarak tanımlanan “şüpheli” ve hakkında kamu davası açılan kimse ola-

³⁴ CMK m. 2/1-j, “suçüstü” kavramından, 1) işlenmekte olan suçun, 2) henüz işlenmemekte olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçun, 3) fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçun anlaşılacağını hükme bağlamıştır.

³⁵ Gecikmesinde sakınca olan hal kavramı yasada tanımlanmamıştır. Yönetmelik ise kavramın içeriğine dair açıklama getirmiştir. Yön. m. 4'e göre, “derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması hali” olarak tanımlanan gecikmesinde sakınca olan hal, yazık ki, geniş yorumlara konu olup uygulayıcılar tarafından çoğu zaman kötüye kullanılmaktadır. Hatırlatılmalıdır ki, aynı durumda arama kararı verilebilmesi için hakim kararına da ihtiyaç duyulmamaktadır.

³⁶ Hüküm, özgürlüğü sınırlandırılmış her kişiyi değil; yakalanmış veya gözaltına alınmış tutuklu veya hükümlüyü kapsamına almaktadır. Örneğin, zorla getirilen kişi istisna kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, s. 330.

rak tanımlanan “sanık”³⁷ yönünden arama, kanunun 116. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kişilerin üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranabilmesi için “makul şüphe”nin³⁸ varlığı gerekmektedir. Şüpheli veya sanık, daima bir gerçek kişidir. Dolayısıyla tüzel kişiler, şüpheli veya sanık sıfatıyla aranamaz.

CMK m. 117’de düzenlenen üçüncü kişilere yönelik arama ise, makul şüpheyi yeterli görmemekte; aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan “olayların varlığı”nı şart koşturmak suretiyle şüpheden fazlasını aramaktadır. Olayların varlığı, belirli, somut bir delilin bulunacağı; şüpheli, sanık veya suç delillerinin buralarda bulunduğunu gösteren belirtilerin varlığı şeklinde anlaşılmalıdır.³⁹ Ancak bunun istisnası maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, makul şüpheden fazlasını gerektiren somut belirtilerin varlığı şartı, şüpheli veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmayacaktır. Söz konusu hükme yönelik eleştiriler yoğunudur. Düzenlemenin yersiz olduğunu, çünkü şüpheli veya sanığın bir yerde bulunduğu kabul edilebilmesi için yine delil gerektiğini, izlendiği sırada bir yere girmesi durumunda ise zaten ortada bir delilin bulunduğunu belirten yazarların⁴⁰ yanında, “izlendiği sırada girdiği yer” kavramını yerinde bulsa da “bulunduğu yer” kavramının belirsizliğine işaret eden yazarlar⁴¹ da bulunmaktadır.

Üzerinde durulması gereken bir husus da, cezai ehliyeti bulunmayan, örneğin kusur yeteneği olmayan kimselerin aranmasında hangi hükme tabi olunacağıdır. Bir görüşe göre, cezai ehliyeti bulunmayan kişiler şüpheli ve sanık olarak kabul edilemeyeceğinden m.117’ye göre, yani “diğer kişi” sıfatıyla aranabilir.⁴² Şüpheli ve sanık kavramlarının kanunun tanımladığı şekliyle anlaşılması gerektiğini, kanunda yer almayan unsurların ilave edilemeyeceğini belirten diğer bir görüş ise, haklarında ceza verilemeyecek olsa bile güvenlik tedbirine hük-

³⁷ “Şüpheli” ve “sanık” kavramlarının tanımı CMK m. 2/1-a ve b’de yapılmıştır.

³⁸ Makul şüphe kavramının içeriği hakkında bkz. s. 5-6.

³⁹ Toroslu / Feyzioğlu, s. 242.

⁴⁰ Toroslu / Feyzioğlu, s. 242.

⁴¹ Özbek, s. 316-317.

⁴² Özbek, s. 315.

medilebilen bu kimselerin, sırf bu nedenle şüpheli veya sanık olamamasını reddetmektedir. Dolayısıyla haklarında yapılacak aramanın m. 116'ya tabi olması gerektiğini ileri sürmektedir.⁴³ Bizce de, cezai ehliyeti olmayan kimselerin ceza muhakemesi safhalarında şüpheli veya sanık şeklinde nitelendirilmeleri gerekmektedir. Kimi durumlarda cezai ehliyetin bulunmadığı, yapılacak yargılama sonrasında anlaşılacaktır ki, bu tespitin öncesinde yapılan işlemler bakımından kişi ya şüpheli ya da sanık sıfatını taşımaktadır. Ayrıca, haklarında güvenlik tedbirine hükmedilebilecek olan bu kimseler bakımından ceza muhakemesi sürecinde izafe edilebilecek ayrı bir statü bulunmamaktadır.

Ceza muhakemesi şartları gerçekleşmemesi ise aramanın yapılmasına engel değildir. Çünkü arama, kovuşturma ve hatta soruşturmadan da önce yapılabilen bir işlemdir. Ancak kovuşturma mümkün değilse tutuklama da söz konusu olamayacağından, böyle bir kimsenin yakalanıp tutuklanması amacıyla arama yapılması mümkün olmamalıdır.⁴⁴

e. Arama Kararı veya Emri

Arama kararını verme yetkisi, kural olarak, hakime aittir (Anayasa m. 20 ve 21, CMK m. 119/1, Yön. m. 7/1). Kolluk, arama kararı alınmasını talep ettiğinde, makul suç şüphelerini belirtilen ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlayarak Cumhuriyet savcısına başvurmalıdır (Yön. m. 7/1). CMK m. 34'te öngörülen hakim ve mahkemelerin her türlü kararlarının yazılı ve gerekçeli olması kuralına uygun olarak, aramaya ilişkin hakim kararının da yazılı olması gerekmektedir. Örneğin telefonla bilgilendirilen hakimın sözlü olarak arama emri vermesi kanuna uygun değildir.⁴⁵

Arama kararının hakim tarafından verilmesi kuralının istisnası da Anayasa ve CMK'da düzenlenmiştir. Anayasa, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle de arama yapılabilmesine izin vermektedir. Buna paralel olarak CMK'da, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına; ona ulaşamayan hallerde de kolluk amirine yazılı olarak arama emri ver-

⁴³ Şahin, s. 243.

⁴⁴ Kunter, s. 722.

⁴⁵ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Isparta 2006, s. 246.

me yetkisi tanınmıştır (m. 119/1). Maddenin 5353 sayılı Kanun'la değişmeden önceki halinde, kolluk amirine arama kararı verme yetkisi tanınmamıştı.⁴⁶ Kolluk amirinin verdiği yazılı emir ile arama yapılmışsa bunun sonuçları derhal Cumhuriyet savcısına bildirilir (CMK m. 119/1-son cümle). Önemle belirtilmelidir ki, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama kararı verme yetkisi yalnız hakim ve gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısına aittir. Kolluk amirinin, hiçbir durumda, bu sayılan yerlerde arama emri verme yetkisi bulunmamaktadır (CMK m. 119/1, Yön. m. 7). Demek ki, kolluk amiri, gecikmesinde tehlike olan hal ve Cumhuriyet savcısına ulaşamama şartlarının her ikisi gerçekleştiğinde ve ancak kişinin üstü, eşyası ve kamuya açık alanlarla sınırlı olmak üzere arama kararı vermeye yetkilidir.

Arama emrinin Cumhuriyet savcısı tarafından verildiği hallerle ilişkin olarak üzerinde durulması gereken iki husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Cumhuriyet savcısının adli kolluk görevlilerine vereceğin emirlerin kural olarak yazılı olması gerektiğini, fakat acele hallerde sözlü olabileceğini düzenleyen CMK m. 161/3 ile “yazılı” arama emrinin istisnasını düzenlemeyen CMK m. 119’un, birbiriyle çelişip çelişmediğidir. m.161/3’te acele hallerde sözlü olarak verilen emirlerin en kısa sürede yazılı olarak da bildirileceği belirtilmiştir. Buradan hareketle, doktrinde ve bunu destekleyen mahkeme kararlarında,⁴⁷ iki

⁴⁶ Bu değişiklik öncesinde, 5271 sayılı CMK m. 119 hakkında, TBMM Adalet Alt Komisyonu, Adalet Komisyonu ve Genel Kurul’da yapılan görüşmeler sırasında, Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerde, kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapıp yapılamayacağı hususu yoğun şekilde tartışılmış; muhalefetin baskısı ile komisyonda yapılan oylamada ifade metne alınmamış; ancak madde Genel Kurul’da görüşülmeye başlandığında sanki komisyonda kabul kararı çıkmış gibi kolluk amirine arama emri verme yetkisi tanındığı fark edilmiştir. Bu ilginç durumu, Komisyon başkanı ve Adalet Bakanı, zaman baskısı altında sehven yapılmış bir değişiklik olarak nitelendirmişler ve komisyon başkanı özür dilemiştir. Bunun üzerine kolluk amirine verilen yetkiye ilişkin ifade, metinden tekrar çıkarılmış ve kanun bu haliyle yürürlüğe konmuştur. Nihayet, çok kısa bir süre sonra, 5353 sayılı Kanun’la, başından beri kurulmak istendiği anlaşılan ve arama emri vermek için kolluğu yetkilendiren bu düzen tesis edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, *Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 495-524.

⁴⁷ Danıştay 10. D. E.2005/6392 sayılı dosyada verilen kararda, “Cumhuriyet savcısının yazılı emir vermesinin istisnası ise, aynı yasanın 161/3. maddesi uyarınca acele hallerde verilecek olan sözlü emir oluşturmaktadır.” ifadesi kullanılmıştır.

hükümün çelişmekten ziyade birbirini tamamladığı, Cumhuriyet savcısı tarafından e-mail, cep telefonu mesajı veya salt sözlü olarak da arama emri vermesinin mümkün olacağı; ancak bu şekilde verilen emirlerin arama sona erinceye kadar yazılı hale dönüştürülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁸ Böylesi istisnai durumların esas uygulama haline dönüşmesi engellendiği sürece, pratik hayatın ihtiyaçlarına uygun olan bu yorum bizce de yerindedir. Sonuçta Cumhuriyet savcısına ulaşma yolları henüz tüketilmiş değildir ve savcının belirtilen yollarla vereceği bir emrin, kolluk amirinin yazılı emrinden daha teminatlı olduğu şüphesizdir. Tartışılması gereken diğer konu, savcının verdiği yazılı arama emrinin sonradan hakim onayına sunulup sunulmayacağıdır. Belirtelim ki, kolluk amirinin vereceği yazılı emrin derhal Cumhuriyet savcısının bilgisine sunulacağı yönünde bir hüküm, kararın savcı tarafından verildikten sonra hakime bildirilmesi bakımından öngörülmemiştir. Ancak Anayasa konuyu düzenlemiştir. Gerçekten, m. 20 ve m. 21’de gecikmesinde sakınca olan hallerde kanunla yetkilendirilmiş merciin arama emri verebileceği belirtildikten sonra, bu kararın yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulacağı ifade edilmiştir. Bu hükme rağmen CMK’da bir düzenlemenin bulunmaması gerekçesine dayanarak doktrinde kimi yazarların gecikmesinde sakınca olan hallerde savcı tarafından verilen arama kararlarının yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması gerekmediği şeklindeki görüşlerine katılmak mümkün değildir.⁴⁹

Ülkemizin ceza muhakemesi usulü tarihinde yer alan, istisnai olmasına rağmen adeta esas uygulama halini alan bir müessese, “*muva-fakatli arama*”dır. Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişiklik öncesinde kişilerin rızasına dayalı olarak, hakim ya da yetkili merci kararı olmaksızın da, ev araması yapılabilmekteydi. Üstelik uygulamada, kişilerin muvafakatleri gerçekten alınmadığı halde bu yönde tutanaklar oluşt-

⁴⁸ Malkoç / Yüksektepe, s. 325.

⁴⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Malkoç – Yüksektepe, s. 325.; Özbek ise, Anayasa m.20 ve m.21’deki “hakim kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar” ifadesinden dolayı bu düzenlemelerin el koyma tedbiri yönünden geçerli olduğunu, CMK’da da özel düzenleme bulunmadığından savcı tarafından verilen arama emrinin sonradan hakim onayına sunulmasına gerek olmadığını; yine de, CMK’daki hükmün Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Özbek, s. 336-337.

rulmaktaydı. Bu durumun ortaya çıkardığı tepki sonucunda, kişilerin rızasına dayalı arama yapılması yasaklandı ve tüm aralamalar için hakim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı arama emrinin bulunması zorunlu hale getirildi. Yapılan bu yetki kısıtlamasına karşı kolluk cephesinden de yoğun tepki gelmiştir.⁵⁰ Yürürlükten kaldırılan Arama Yönetmeliği'nde rızaya dayalı aramaya izin veren hükmün önce yürürlüğünün durdurulması ve ardından iptal edilmesi sonrası başlayan tartışmalar, yeni Arama Yönetmeliği'nde de benzer hükümlerin ihdas edilmesi ile hız kazanmışsa da; sürece nokta koyan Danıştay 10. Dairesi'nin kararı⁵¹ ile Yönetmelik m. 8/f'de yer alan "*ilgilinin rızası*" ibaresinin yürütülmesi durdurulmuştur. Kararda, Anayasa tarafından korunan ve sınırlama ölçütleri sıkı şekilde kurallara bağlanan özel yaşamın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen rıza müessesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceği vurgulanmıştır. Özellikle ülkemizde kolluğun elde edeceği rızanın serbest iradeye dayanıp dayanmadığı noktasında, geçmişte yaşanan tecrübeler de dayanarak duyulan tereddüt nedeniyle, kanaatimizce muvafakatli arama kurumunun hukuki dayanaktan yoksun bırakılması yerinde olmuştur.

f. Aramanın İcrası

Arama, kolluk görevlileri tarafından yapılır (CMK m. 119/1). Ancak askeri mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla yerine getirilir (CMK m. 119/5). Cumhuriyet savcısına, askeri mahal⁵² dışında yapılacak aramalara katılma yetkisi tanınmamış gibi görünse de; iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, savcının aramalara katılımının zorunlu olmadığı, ancak isterse buna yetkisinin olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki, CMK m. 161/1'de yer alan, Cumhuriyet savcısının doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabileceğine dair hüküm de

⁵⁰ Hasan Hüseyin Çalı, "Polisin Arama Yetkisine Ne Oldu?", <http://www.caginpolisi.com.tr/29/57-58.htm> (16.05.2010).

⁵¹ Danıştay 10.D.E.2005/6392 T. 19.01.2006.

⁵² Savcının katılımının zorunlu olduğu bir diğer arama türü, avukat bürolarında yapılan aramadır. Bkz. s. 7.

bunu doğrulamaktadır. Buna bağlı olarak, aramanın evleviyetle hakim huzurunda da yapılabileceği kabul edilmelidir.⁵³ Ancak uygulamada genellikle arama işlemini kolluk icra etmektedir.

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). Doktrinde bu kişilere “arama tanıkları”⁵⁴ denmektedir. Maddede, “bulundurulur” şeklinde bir zorunluluk ifadesi kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu kimse-lerin yokluğunda, konut, işyeri veya diğer kapalı alanlarda, Cumhuriyet savcısı olmaksızın yapılan arama hukuka aykırı olacaktır. Doktrinde aramaya maruz kalanların, yazılı olarak feragat etmesi halinde arama tanıklarının aramada hazır bulunmasının zorunlu olmayacağı ileri sürülmüşse⁵⁵ de, kanunun amir hükmü karşısında bu görüşe katılmıyoruz. Ayrıca arama tanıklarının, kanunun bulunmalarını zorunlu kıldığı bu işlem için, kolluğun davetine rağmen aramaya katılmak istememeleri halinde ne yapılacağı düzenlenmemiştir. Bir görüşe göre bu hallerde zor kullanılabilir ve bu kişiler hakkında gözaltına alma gibi diğer yasal işlemler dahi yapılabilir.⁵⁶ Ancak kimi yazarlar da bunun mümkün olamayacağını, nitekim tanıkların zorla getirilmelerine ilişkin hükümlerin bu kişilerin yalnız Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme önünde tanık olarak dinlenmelerine ilişkin olduğunu belirtmektedirler.⁵⁷

Aramanın hakim, Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından yapılması ayırımına bağlı olmaksızın aramada hazır bulunabilecekleri de kanun, 120. maddesinde belirlemiştir. Buna göre, aranacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi⁵⁸ aramada hazır bulunabilir. Yukarıda değini-

⁵³ Kunter, s. 724.; Özbek, s. 340.

⁵⁴ Özbek, s. 340.; Malkoç / Yüksektepe, s. 330.; Doktrinde ayrıca bu kişilere “işlem tanığı” veya “adli tanık” adını verenler de bulunmaktadır. Bkz. Saygılar, s. 640.; Şahin, s. 246.

⁵⁵ Özbek, s. 341.

⁵⁶ Özbek, s. 342.

⁵⁷ Aksoy, s. 103.

⁵⁸ “Yerin sahibi” ve “eşyanın zilyedi” terimleri özel hukuktaki manalarından daha geniş anlaşılmalıdır. Nitekim kişinin malik olup olmadığından ziyade, fiilen orada oturup oturmadığına veya eşyayı elinde bulundurup bulundurmadığına bakılmalıdır.

len hükümden farklı olarak, burada sayılan kimselerin aramada bulunabileceklerinden söz edilmiştir. Dolayısıyla aranacak yerin sahibinin veya eşyanın zilyedinin hazır bulunmaması, aramayı hukuka aykırı kılmaz. Nitekim kanunun aynı maddesinde, bu kimselerin bizzat bulunmamaları halinde, temsilcilerinin⁵⁹ veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından birinin veya kendileriyle oturmakta olan bir kişinin ya da son olarak komşusunun hazır bulundurulmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Ayrıca m. 117/1'de gösterilen, yani şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilere yönelik arama hallerinde zilyet veya onun yokluğunda yerine çağırılacak kişiye, arama başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir.⁶⁰ Bu bildirimin yapılmaması yahut eksik veya yanlış bilgi verilmesi de aramayı hukuka aykırı hale getirir.⁶¹ Aramayı kim gerçekleştirirse gerçekleştirsin, sayılan kişilerin aramada hazır bulunmalarını zorunlu kılarak kanun, arama sırasında doğabilecek olası aksaklıklara karşı itiraz edebilmesini sağlamış ve bu sayede savunma hakkı lehine adım atmıştır.

Aramada avukatın yardımından yararlanabilme bakımından ise m. 120/3'te hüküm sevk edilmiştir. Buna göre, kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz. Bu ifadeden anlaşılan, avukatın arama sırasında bulundurulmasının zorunlu olmadığı, ancak bulunmasına da engel olunamayacağıdır. Dolayısıyla aramaya başlandığı sırada orada bulunmayan avukatın beklenmesi de zorunlu değildir.⁶²

Aramanın yapılmasına ilişkin ayrıntılar, Yönetmeliğin 4. Bölümünde düzenlemiştir. Bu ayrıntılara girmeksizin önemle belirtelim ki, arama işlemine ilişkin en önemli husus ölçülülük ilkesidir. Arama sırasında yalnızca, arama karar veya emrine konu olan kişi ya da eşyanın bulunduğundan şüphe edilen yerlere bakılmalıdır.⁶³ Ayrıca, arama yapılan ortamın düzenini bozmamak için azami gayret sarf edilmeli-

⁵⁹ Avukat, maddede sayılan temsilci kavramına dahil değildir. Çünkü kanun, avukatın aramada hazır bulunabileceğine dair ayrıca hüküm sevk etmiştir.

⁶⁰ Bu bildirimin, yalnızca şüpheli veya sanık dışındaki 3. kişilerin aramaya maruz kalması halinde yapılmasını anlamak mümkün değildir. Aranan şüpheli veya sanık olduğunda da, aramanın amacı hakkında bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmeliydi.

⁶¹ Gülşen, s. 93.

⁶² Turhan, s. 248; Özbek, s. 346.

⁶³ Şahin, s. 246.

dir. Bunların yanında, arama kararı ilgiliye ibraz edilmeksizin, kanunen bulunması zorunlu kişiler beklenmeksizin veya aramada bulunma yetkisi olan kimselerin yer alması engellenerek ve gereken ölçünün ötesinde zor kullanarak yapılan her arama ölçüsüzdür. Ölçülülük ilkesine riayet edilmediği takdirde, böylesi bir aramaya maruz kalan kişiler, uğradıkları maddi veya manevi zararlarını Devletten tazmin edebilirler (CMK m. 141/1-i).

g. Arama Sonunda Verilecek Belge

CMK m.121/1'e göre, aramaya maruz kalan kimseye, istemi halinde, aramanın m.116 veya m. 117'ye göre yapıldığını gösteren bir belge verilir. Arama m. 116'ya göre yapılmışsa; hakkında arama işlemi yapılmış olan şüpheli veya sanık, kendisine verilmek üzere, soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge de talep edebilir. Yani bu belgede, hangi sebeple arama yapıldığı ve varsa sanık veya şüpheliye isnat edilen suç yer alır. Ayrıca arama sonucunda elkonulan veya koruma altına alınan eşya varsa, talep üzerine, bunları gösteren bir defter yapıp ilgiliye verilmesi mümkündür. Şüpheliyi haklı kılan bir şey bulunamaması halinde ise bunu belirten bir belge verilir. Bunun verilmesi de ilgilinin talebine bağlıdır. Ayrıca arama sonunda adli arama tutanağı düzenlenir (Yön. m.11). Bu tutanak, arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sureti de ilgililere verilir.

h. Aramada Ele Geçirilen Belge ve Kağıtları İnceleme Yetkisi

Yürürlükten kalkan CMUK, belge ve kağıtları inceleme yetkisini yalnız hakime vermişken CMK, bu konuda hakimle birlikte Cumhuriyet savcısını da yetkili kılmaktadır (m. 122/1). İncelemenin kolluğa bırakılmaması, Anayasal bir ilke olan özel hayatın gizliliğinin de bir gereği ve teminatıdır. Kolluk, ele geçirilen belge ve kağıtların soruşturma bakımından değer taşıyıp taşımadığının tespiti amacıyla yalnızca dış belirtilere bakarak bir sınıflandırma yapabilir. Bu itibarla, ayıklama amacıyla belge ve kağıtların kolluk tarafından okuması dahi mümkün değildir. Öte yandan, özgürlükten yana durulmalı, belge ve ka-

ğıt terimi geniş olarak anlaşılmalıdır. Mektup, günlük, kişisel notlar, ticari defterler, fatura gibi kağıtların ve hatta fikri içerik taşıyan film, fotoğraf albümü, kaset... vb. nesnelerin de bu kapsama girdiği kabul edilmelidir.⁶⁴

3. DEĞERLENDİRME

Arama, temel insan haklarından olan özel yaşamın gizliliğine ağır bir müdahale teşkil etmektedir. Bu nedenledir ki, sıkı şartlara bağlanmalı ve uygulanmasında teminatlı bir usul öngörülmelidir. Konunun AİHS ve Anayasa ile düzenlenmiş olması genel çerçevenin çizilmesi bakımından önem arz eder. Bunun yanında CMK da, kimi aksak yönlerine rağmen, özgürlük çizgisinden sapmamaya özen göstermektedir. Ancak böylesi bir alana ilişkin, uygulayıcıya yol göstermesi amacıyla Yönetmelik çıkarılması yoğun eleştirilere hedef olmuştur. Doktrinde Hafızoğulları, Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı'nın birlikte yürütmek üzere çıkardıkları ve kamu idaresinin kendi iç yönetimlerinin sınırlarını aşan böylesi bir yönetmeliğin yok hükmünde olduğu iddiasını ileri sürmüştür. Yazar görüşünü, kanunilik ilkesinin ege-men olduğu ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda, açık ceza normlarını doldurma dışında, idarenin hiçbir adla düzenleyici işlem yapamayacağı savına dayandırmaktadır. Anayasa'nın Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerine tanımış olduğu yönetmelik çıkarma ve diğer düzenleyici işlemleri yapma yetkisinin münhasıran kendi görev alanlarıyla sınırlı olduğunu ve her iki bakanlığın görev alanının da bu sınırlara dahil olmadığını vurgulamaktadır. Yargı kan-dında da Danıştay'ın aynı eğilimde olduğunu söylemek mümkündür. Ceza muhakemesi alanlarında çıkarılan yönetmeliklerin yok hükmünde olduğu açıkça zikredilmemekle birlikte bu husus, tetkik hakimle-rin görüşü olarak ifade edilmektedir. 10. Daire'nin 2005/6392 E. sayılı kararda, yargılama usulü ile ilgili kanunların tamamen idarenin dışın-da kalan ve Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan Mahkemeler tarafından uygulanan kanunlar oldu-ğu, bu nedenle yargılama usulüne ilişkin her türlü düzenlemenin idari alan dışında kalacağı tartışılmış ve idarece çıkarılan böyle bir yönet-

⁶⁴ Özbek, s. 351.

meliğin, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması olacağı belirtilmiştir. Bizce de, ceza muhakemesi kanununda, kanunkoyucunun yönetmelikle düzenlenmesine izin verdiği⁶⁵ alanlar dışında kalıp da, bakanlıkların kendi görev alanlarına da girmeyen konularda yönetmelik çıkarılması hukuka uygun değildir. Nitekim “arama” bakımından CMK, yönetmelik çıkarılmasına izin vermediği gibi; konunun Adalet veya İçişleri Bakanlıklarının kendi görev alanlarına girdiği de söylenebilir. Bu haliyle Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği’nin hukuki meşruluğu tartışılır durumdadır. Yine de, çalışmada yer yer yönetmeliğe değinmekle uygulamadaki hakim durum ifade edilmeye çalışılmıştır.

KAYNAKLAR

- Şemsettin Aksoy, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara 2007
- Hamdi Yaver Aktan, “Kozmik Büroda Arama”, <http://www.cumhuriyet.com.tr/?im=yhs&hn=105170> (10.05.2010)
- Hasan Hüseyin Çalı, “Polisin Arama Yetkisine Ne Oldu?”, <http://www.caginpolicisi.com.tr/29/57-58.htm> (16.05.2010)
- Recep Gülşen, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Nisan Sayısı, No: 3, İstanbul 2005.
- Serap Keskin Kızıroğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama(Adli Arama)”, *AÜFD*, C. 58, S. 1.
- Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1989.
- İsmail Malkoç / Mert Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2005.
- Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006.
- Yasemin F. Saygılar, “Arama”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. 1.
- Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2009.
- Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2008.
- Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Isparta 2006.
- Tutanaklarla *Ceza Muhakemesi Kanunu*, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005.
- M. Hakan Ünal, *CMK Uygulamaları ve Nöbetçi Hakimin El Kitabı*, Ankara 2009.

⁶⁵ Örneğin 82., 99., 167.maddelerinde düzenlenen hususlarda ayrıntıların Yönetmelik ile düzenlenmesine açıkça izin verilmiştir.