



KOLLUĞUN HERHANGİ BİR EMİR/KARAR GEREKMEKSİZİN ARAMA TEDBİRİNİ UYGULAYABİLMESİ SORUNU

The Issue of Police Conducting Searches without a Warrant/Decision

Dr. Öğr. Üyesi Çiler Damla BAYRAKTAR*

ÖZET

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesi bazı hâllerde kolluğun herhangi bir karar/emir gerekmeksizin arama tedbiri uygulayabileceğini düzenlemektedir. Ancak Yönetmelik'te bahsi geçen bu hususlara arama kararının düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) mad. 119'da yer verilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu durumlarda aramanın gerçekten herhangi bir emir ya da karar alınmaksızın yapılıp yapılamayacağı hususu tereddütlüdür. Nitekim arama, kişi haklarına müdahale teşkil eden bir tedbirdir ve bu tedbirinin sırf bir yönetmelik hükmüne dayanılarak uygulanması hukuka aykırı olacaktır. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesi temel hakların ancak *kanunla* sınırlanacağını hüküm altına almıştır. Ayrıca karar ya da emir olmaksızın yapılan bu aramaların -hukuk düzenimizde kanuni dayanakları olsa bile- Anayasa mad. 20 ve 21'e aykırı olup olmayacağı da ayrıca tartışmalıdır. Zira Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde "*hâkim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstünün ya da eşyasının aranmayacağı, bu amaçla kişinin konutuna da girilemeyeceği*" hüküm altına alınmıştır.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı, cilerdamla.bayraktar@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7611-5088

Çalışmada Yönetmelik'te sayılan tüm hâller için -ki bu hâller gerçekten de emir/karar alınmadan arama yapılmasını makul gösterecek durumlardır- hukuk düzenimizde anayasal ve kanuni bir dayanak olup olmadığı ve bu minvalde yönetmelikte yer alan hükümler doğrultusunda arama tedbirini uygulayacak kolluğun hukuken sorumlu olup olmayacağı hususu tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arama tedbiri, karar/emir olmaksızın arama, anayasaya aykırılık, hukuka uygunluk sebepleri, kolluk yetkisi.

ABSTRACT

Article 8 of the Regulation on Judicial and Preventive Searches stipulates that in certain cases, the police may directly apply search measures without the need for a warrant or decision. However, the situations enumerated in the Regulation are not set forth in Article 119 of the Code of Criminal Procedure, which regulates search measures. This discrepancy raises doubts as to whether searches conducted without a warrant or decision are lawful in such cases. Given that search measures constitute an interference with personal rights, applying such measures solely on the basis of a provision of the Regulation would be unlawful. Article 13 of the Constitution stipulates that fundamental rights may only be restricted by law. Moreover, it is also questionable whether searches conducted in the absence of a warrant or decision, even if they have a basis in our legal system, are compatible Articles 20 and 21 of the Constitution, which provide that “Unless there exists a decision duly given by a judge or unless there exists a written order of an agency authorized by law, neither the person, nor belongings of an individual shall be searched, or no domicile may be entered”.

In this study, it is discussed whether there is a constitutional and legal basis in our legal system for all the situations listed in the Regulation, and whether the police officers who will apply the search measure in line with the Regulation will bear legal responsibility.

Keywords: Search measure, warrantless search/search without judicial order, unconstitutionality, legal grounds, law enforcement authority.

GİRİŞ

Arama tedbiri, CMK 116 vd. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”* (CMK mad. 116). *“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.”* (CMK mad. 119).

Bununla birlikte Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği mad. 8 bazı hâllerde herhangi bir karar ya da emir gerekmesizin kolluğun doğrudan arama tedbirini uygulayabileceğini düzenlemektedir¹. Buna göre;

1. Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde,

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

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

4. Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandık-

1 Yönetmelik'in 8. maddesindeki düzenlemenin sayılan hallerde arama tedbirine başvurulması bakımından sadece arama kararı zorunluluğunu kaldırdığı, CMK ve ilgili yönetmelikteki diğer tüm kurum ve kuralların ise geçerliliğini korumaya devam ettiğine ilişkin olarak bkz. Onan, O. (2009). *“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 42; Özbek, V.Ö. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 344.

tan 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,

5. a. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında,

b. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,

6. Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmayacaktır.

Yönetmelik'te bahsi geçen bu hususlara CMK mad. 119'da yer verilmemiştir². Dolayısıyla söz konusu durumlarda aramanın gerçekten herhangi bir emir ya da karar alınmaksızın yapılıp yapılamayacağı hususu tereddüt oluşturmaktadır. Nitekim arama tedbiri, kişi haklarına müdahale teşkil eden bir

2 İlgili Yönetmelik ile CMK'da bulunmayan yeni kurumların yaratıldığı ve yine CMK ile çelişkili düzenlemeler getirildiği eleştirisi için bkz. Onan, O. (2009). s. 41 ve Özbek, V. Ö. (2019). s. 343.

tedbirdir³ ve kişi haklarına müdahale teşkil eden bu tedbirinin sırf bir Yönetmelik hükmüne dayanılarak uygulanması hukuka aykırı olur. Çünkü Anayasa mad. 13, temel hakların ancak *kanunla* sınırlanacağını hüküm altına almıştır⁴ ve bu hüküm gereği arama tedbiri ancak kanunla öngörülebilecek, kanun dışında bir enstrümana, örneğin Yönetmelik'e dayalı olarak arama tedbiri uygulanamayacaktır. Yani Yönetmelik gereği ilgili durumlarda herhangi bir karar veya emir aranmaksızın arama işlemi yapılması, eğer bu Yönetmelik'i destekleyen bir yasal dayanak yoksa hukuka aykırı olur⁵. Öyleyse Yönetmelik'te sayılan bu hâllerde gerçekten bir karar ya da emir aranmaksızın arama yapılabilmesi için bu Yönetmelik'in kanunla desteklenmiş olması yani Yönetmelik'te öngörülen hususların yasal bir dayanağının bulunması gerekecektir.

- 3 Öztürk, B. (2021). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 504, 506; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 462; Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 394; Özbek, V. Ö. (2019). s. 329.
- 4 Aynı yönde bkz. Yıldız, H. S. (2010). "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma", Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 65 vd.
- 5 Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (a) ve (c) bentleri ile yine aynı maddenin (f) bendindeki "*ilgilinin rızası ile*" ibaresinin ve 27. maddesi ile 30. maddesinin birinci fıkrasının iptali istemiyle açılan davada verilen kararın temyizi üzerine inceleme yapan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14.09.2012 gün ve 2257-1117 sayılı iptal kararlarının onanmasına karar vermesi sebebiyle Yargıtay, Yönetmelik'in 8. maddesinin karar alınmadan yapılacak arama işlemini somut olgulara bağladığı ve kanuna aykırı olmadığı tespitini yapmaktadır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18/6/2019 tarihli, E.2016/805 K.2019/480 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/988 K.2017/55 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/1106 K.2017/54 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11/11/2021 tarihli, E.2019/526 K.2021/556 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/1/2019 tarihli, E.2016/380, K.2019/52 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/12/2018 tarihli, E.2016/362 K.2018/681 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21/2/2017 tarihli, E.2016/54, K.2017/77 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21/2/2019 tarihli, E.2016/167, K.2019/120 sayılı kararı. Oysa Danıştaydaki dava Yönetmelik'in yalnızca belli hükümlerinin iptali sebebiyle açılmış ve iptal incelemesi de yalnızca bu hükümler kapsamında yapılmıştır. Dolayısıyla Danıştayca verilmiş olan karar dayanak yapılarak Yönetmelik'in 8. maddesinin kanuna aykırı olmadığı neticesine varılması kanımızca mesnetten yoksundur.

Mevzuatımızda CMK mad. 90/4 ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu mad. 13/2 gibi kolluğa belli durumlarda *arama benzeri* uygulamalar yapma imkânı veren hükümler vardır. Aşağıda bu ve buna benzer hükümlerin Yönetmelik'te öngörülen hususları destekler şekilde arama tedbirinin emri/karar olmaksızın uygulanmasına izin verip vermediği, daha net bir ifade ile Yönetmelik'te sayılan hâller için hukuk düzenimizde kanuni bir dayanak olup olmadığı ve bu minvalde Yönetmelik'te yer alan hükümler doğrultusunda arama tedbirini uygulayacak kişinin hukuken sorumlu olup olmayacağı hususu tespit edilecektir. Nitekim Yönetmelik'te bahsi geçen durumlar her ne kadar gerçekten de emir/karar alınmadan arama yapılmasını makul gösterecek durumlar ise de bu durumlar kanunda açıkça düzenlenmemiştir⁶. Dolayısıyla kanunda açıkça düzenlenmeyen fakat Yönetmelik'te açıkça düzenlenen bu hâllerde arama yapan kişinin hukuken sorumlu olup olmayacağı hususu incelenmelidir.

Tüm bu hususların yanı sıra Anayasa mad. 20 ve 21'de "*hâkim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimse- nin üstünün ya da eşyasının aranamayacağı, bu amaçla kişinin ko- nutuna da girilemeyeceği*" düzenlenmiştir.

Öyleyse Yönetmelik'te sayılan bu hâller için hukuk düze- nimizde kanuni bir dayanak olsa bile karar ya da emir olmak-

6 Karar olmaksızın aramaya imkân tanıyan hükümlerin temel olarak ikiye ayrıldığı görüşü için bkz. Kılıç, A. (2023). Üst ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasa'ya Uygunluğu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 56., s. 411. Yazara göre "*bu hükümler öncelikle olağan durumlara ilişkindir. Bu hâllerde kişiye özgü şartlardan söz edilemez. Benzer durumda çok sayıda kişi olabilir ve bu kişilerin tamamının ilgili olağan durumun gerektirdiği ölçüde aranması gerekir. Bu hâllerde arama, yapılan işin ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Kararın aranmayacağı kabul edilen hâllerin çoğu bu kapsamdadır. Gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konmadan önce aranması (...) bu duruma örnek teşkil eder. Kararın gerekli olmadığı kabul edilen bir diğer durum ise ani gelişen hâllerdir. Bu hâllerde arama kararının beklenmesi aramayla ulaşılmak istenen menfaati imkânsız kılabilir ya da bir tehlikenin zarara dönüşmesine neden olabilir. Örneğin, suçüstü hâlinde yazılı arama emrinin beklenmesi delillerin kaybolmasına sebep olabilir.*"

sızın yapılan bu aramaların anayasaya aykırı olup olmayacağı ve bu kapsamda karar ya da emir olmaksızın arama tedbirini uygulayan kişinin hukuken sorumlu olup olmayacağı hususunun tespiti gerekir⁷.

I. YÖNETMELİK HÜKÜMLERİNE DAYANAK TEŞKİL EDEBİLECEK KANUNİ DÜZENLEMELER

A. YÖNETMELİK'İN 8-A BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik'in 8. maddesinin a bendine göre hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde⁸ arama kararı gerekmeden arama yapılabilecektir⁹. Bu tedbirler için hukuk düzenimizde kanuni

-
- 7 Öztürk ve diğerlerine göre Yönetmelik'te yer alan bu düzenleme gerek Anayasa mad. 20, 21 ve gerekse CMK mad. 119'a aykırıdır, bkz. Öztürk, B. (2021). s. 508. Centel ve Zafer'e göre ise Yönetmelik'te belirtilen bu hâllerde hâkimin arama kararı, mercinin ise arama emri vermesi gerekmez. Ancak yazar çalışmada bu sonuca varırken Anayasaya ya da Kanuna aykırılık açısından herhangi bir inceleme yapmamış, doğrudan *"bu hallerde hâkimin arama kararı, mercii'nin ise arama emri vermesinin gerekmediği"* tespitini yapmıştır, bkz. Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 465. Yönetmelik hükümleriyle ilgili olarak ayrıca bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 341 vd.
- 8 Danıştay 10. Dairesinin 13/3/2007 tarihli E.2005/6392, K.2007/948 sayılı kararıyla Yönetmelik hükmünün *"bu kişilerin yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada da karar veya emir aranmayacağına"* ilişkin kısmının iptaline karar verilmiştir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). *"5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58., S. 1., s. 155 vd.; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 465 (216. dipnot).
- 9 Özbek ve diğerleri *"bir yakalama veya tutuklamayı izleyen üst aramasının mümkün olduğu, bunun için ayrı bir arama kararına gerek olmadığı"* fikrindedir. Ancak yazarlar bu görüşü ortaya koyarken herhangi bir argüman belirtmemiştir, bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 330. Bununla birlikte yazarlar *"Yakalama ya da zorla getirme emri aynı zamanda bir arama kararını da içerir mi?"* sorusuna da yakalama kararının aynı zamanda arama kararının yerine de geçeceğinin kabulü hâlinde bunun kolluğa sınırsız bir yetki verilmesi anlamına geleceğine işaret ederek olumsuz cevap vermektedir. bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 337 vd. Dolayısıyla *"bir yakalama veya tutuklamayı izleyen üst aramasının mümkün olduğu, bunun için ayrı bir arama kararına gerek olmadığı"* tespitinin yazarca hangi argümana dayandırıldığı tarafımızca eserden tespit edilememiştir.

bir dayanak olup olmadığı ve bu minvalde Yönetmelik'te yer alan hükümler doğrultusunda arama tedbirinin herhangi bir karar/emir olmaksızın uygulanmasının hukuka uygun olup olmayacağı hususunda ifade edilmelidir ki¹⁰, 2559 sayılı Kanun mad. 13/1b'ye göre polis, haklarında yetkili mercilerce verilen *yakalama veya tutuklama kararı* bulunanları yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar. 2559 sayılı Kanun mad. 13/2'ye göre ise yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde *her türlü tedbir* alınabilmektedir. Ayrıca CMK mad. 90/4'e göre de *"Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir."* Öyleyse 2559 sayılı Kanun mad. 13/1b, mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4 birlikte yorumlandığında hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında kanunun ifadesiyle *"her türlü tedbir"* mahiyetinde olmak üzere üstlerinde arama yapılabilceği neticesine varılır. Fakat kolluğun uygulamakla yükümlü olduğu tek kanun bunlar değildir. Pek tabii kolluk CMK mad. 119'a da uymak zorundadır. CMK mad. 119 ise arama yapmak için hâkim/merci kararının/emrinin varlığı şart koşar. Öyleyse kolluk, yakaladığı kişinin kaçmasının veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından hem 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4'ü hem de CMK mad. 119'u dikkate alacak ve elinde hâkim/merci kararı/emri olmadan yakaladığı kişinin üzerini ancak kabaca yoklayabilecek fakat arama yapamayacaktır¹¹.

10 Yenisey ve Nuhoğlu burada tutuklama kararı, zorla getirme kararı veya cezasını çekmek üzere gelmeyen hükümlünün yakalanması için yakalama emri verilmesinin üstü kapalı bir arama kararı niteliğinde olduğu görüşündedir, bkz. Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). s. 395. Özbek ve diğerleri ise bu konuda *"Yakalama ya da zorla getirme emri aynı zamanda bir arama kararını da içerir mi?"* sorusuna yakalama kararının aynı zamanda arama kararının yerine de geçeceğinin kabulünün kolluğa sınırsız bir yetki verilmesi anlamına geleceğinden bahisle olumsuz cevap vermektedir, bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 337 vd.

11 Yargıtay da yakalanan kişinin üzerinde CMK mad. 90/4 gereği kaba

Öyleyse Yönetmelik mad. 8-a'daki "arama" ifadesini kaba üst araması şeklinde anlamak ve bu kapsamda Yönetmelik çerçevesinde yapılacak aramayı CMK mad. 119 gereği yapılan aramadan daha kaba boyutta uygulamak üzere yoklama araması ile sınırlı tutmak gerekir¹².

Özetle ifade edilmelidir ki Yönetmelik mad. 8-a'daki "hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandı-

üst aramasının yapılabilceği görüşündedir, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/9/2018 tarihli, E.2016/569, K.2018/376 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/1/2019 tarihli, E.2016/380, K.2019/52 sayılı kararı.

- 12 Doktrinde de yüzeysel işlemlerin arama işlemi niteliğinde olmadığı ifade edilmektedir, bkz. Şahin, C. (2018). Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, *Yargıtay Dergisi*, C. 45., S. 3., ss. 437-443; Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2010). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 1054; Yaşar, O. ve Otacı, C. (2022). *Ceza Muhakemesi Kanunu 1. Cilt*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 859; Aygörmez, G. A. (2022). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 203; Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 843; Önok, M. (2015). Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar, içinde Centel, N. (Ed.), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 261; Demirel, M. (2021). "Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 16., S. 45., s. 37. Bu görüş, yüzeysel işlemlerin belli bir ağırlığa ulaşmadığı gerekçesine dayanır. Yargıtay da kaba üst aramasının yapılabilceği ve yoklama biçimindeki bu işlemin arama niteliğinde olmadığı görüşündedir, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.9.2018 tarihli, E. 2016/569, K. 2018/376 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/1/2019 tarihli, E.2016/380, K.2019/52 sayılı kararı. Anayasa Mahkemesi de kaba arama, yoklama, sıvazlama veya elle kontrol işlemlerinin arama niteliğinde olmadığını; bu işlemlerin amaç, kapsam ve süre itibarıyla aramaya göre daha sınırlı bir uygulamaya imkân tanıyan tedbirler olduğunu kabul etmektedir, bkz. AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022, § 80; AYM, E.2020/59, K.2023/53, 22/3/2023, § 127 vd.; AİHM, üst ve eşya aramasının özel hayata saygı hakkına müdahale niteliği taşıması için ayrıntılı olması gerektiğini ifade etmektedir, buna göre de yüzeysel aramalar bu kapsamda değerlendirilmemektedir, bkz. *Gillan ve Quinton/ Birleşik Krallık*, B. No: 4158/05, 12/1/2010; *Cacuci ve S.C. Virra & Cont Pad S.R.L./Romanya*, B. No: 27153/07, 17.01.2017. Aksi yönde kaba üst aramasına yönelik işlemlerin arama niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Kılıç, A. (2023). s. 406 ve Çöpöğlu, H. S. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi*, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77., S. 1., s. 195 vd.

ğında üstünde arama kararı gerekmeden arama yapılabileceğine” ilişkin yetkinin yasal dayanağı 2559 sayılı Kanun mad. 13/1b, mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4’tür¹³. Ancak her ne kadar Yönetmelik hükmü burada üst aramasından bahsediyorsa da bu üst araması yetkisi yukarıda ifade edildiği üzere “kaba üst araması” olarak anlaşılmak zorundadır¹⁴.

Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri olanlara ilişkin olarak Yönetmelik mad. 8-a’daki yetkisini kullanan kolluk, üst araması boyutuna varmayan şekilde kaba bir yoklama araması yaptığı sürece hukuka uygun davranmış olacaktır. Ancak kolluğun CMK mad. 119’da düzenlenen boyutta bir üst araması yaptığı durumda, yani kollukça detaylı üst araması yapılan bir durumda bunu söylemek mümkün değildir. Yani hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçağı yakaladığında haklarında arama kararı bulunmamasına rağmen onların üstlerinde detaylı arama yapan kolluk bu davranışı

13 Yönetmelik mad. 8-a’nın yasal dayanağının sadece CMK mad. 90/4 olarak gösterildiği görüş için ayrıca bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 156. Bu noktada ifade edilmelidir ki her ne kadar yazar ilgili çalışmada Yönetmelik mad. 8-a’nın hukukiliği hakkında net bir tespitle bulunmadıysa da, yazarın bu yönetmelik hükmüne ilişkin olarak yaptığı anlatımda kullandığı “CMK’nın 90/4. maddesi yalnızca güvenlik amaçlı üst aramasında karar veya emir aranmamasının yasal dayanağını oluşturur.” argümanı kanımızca yazarın Yön. mad. 8-a hükmü için CMK mad. 90/4’ü dayanak gösterdiği kabulünü oluşturur niteliktedir.

Literatürde hakkında “yakalama emri” veya “zorla getirme kararı” verilen kişilerin yakalandıklarında aranmaları için arama kararına veya emrine ihtiyaç olmadığını düzenleyen Yönetmelik hükmünün (Yönetmelik mad. 8-a) dayanağının “çoğun içinde az da vardır” ilkesi olduğu iddia edilmektedir, bkz. Orhan, U. (2018). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 37. Ancak bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim yakalama ve zorla getirme işlemi içinde “kişinin aranması” mündemiç değildir yani yakalama “kişinin aranması suretiyle” yerine getirilen bir işlem değildir. Dolayısıyla yakalananların aranmalarının hukuki dayanağının yakalama emriyle bağlantı kurularak “çoğun içinde az da vardır” ilkesinden hareketle oluşturulması kanımızca kabul edilemez.

14 Keskin Kızıroğlu ise güvenlik amaçlı üst aramasında CMK’nın 90/4. maddesinin yasal dayanak oluşturacağını ifade etmektedir, bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 154, 156.

için yönetmeliği gerekçe gösterse dahi hukuki sorumluluğu doğar. Çünkü böyle detaylı bir aramaya hâkim/merci kararı/emri olmaksızın izin veren yasal bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır.

Yönetmelik mad. 8-a kapsamında tartışılması gereken bir diğer konu, bu hükme göre hakkında zorla getirme kararı olanların da herhangi bir karar ya da emir gerekmezsizin aranabilmesidir¹⁵. Yönetmelik'teki bu yetkilendirmeye ilişkin olarak hukukumuzda kanuni bir dayanağın var olup olmadığı noktasında tespit edilmesi gereken ilk husus hakkında zorla getirme kararı olan kişilerin yakalanmasının mümkün olup olmadığıdır. Nitekim hakkında zorla getirme kararı olan kişinin yakalanabileceği neticesine varılırsa 2559 sayılı Kanun mad. 13/2'e ve CMK mad. 90/4'e dayanılarak kendisine kaba üst araması da yapabilecek ve bu vesileyle Yönetmelik mad. 8'de sayılan bu duruma da kanuni dayanak sağlanmış olacaktır. Çünkü yukarıda ifade edildiği üzere 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 (ve benzer şekilde CMK mad. 90/4) yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbirin alınabilmesine, bu kapsamda kişinin kaba üst aramasının yapılabilmesine imkân vermektedir¹⁶.

15 Hakkında tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan bir kişinin hukuka uygun olarak yakalanması hâlinde kolluğun sadece kişinin üzerinde kendisine veya bir başkasına zarar vermesini engellemek amacıyla bıçak, silah vb. kesici delici alet olup olmadığını kontrol etmek üzere "üst araması" yapabileceğine ilişkin bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 68; Yenisey, F. (1995). *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma ve İlgili TCK- CMUK Maddeleri*, Ankara: A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, s. 24.

16 Cüzdan içindeki arama, kaba arama olarak değerlendirilemez, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18/6/2019 tarihli, E.2016/805 K.2019/480 sayılı kararı: Yürütülen soruşturma kapsamında, iletişimin tespiti çalışmaları sırasında tespit edilen telefon görüşmelerinden tanığın inceleme dışı sanıktan uyuşturucu madde almak istediğini değerlendiren kolluk görevlileri, gerçekleştirdikleri fiziki takipte tanığın bir tır ile inceleme dışı sanığın bulunduğu yere geldiğini ve onunla görüştüğünü görmüş, tanık tır ile ayrıldığı sırada onu takibe almış, araç park ettiğinde aracın yanına yaklaşan görevliler, kimlik tespiti sonrasında tır içinde

Hakkında zorla getirme kararı olan kişilerin yakalanmasının mümkün olup olmadığı konusunda yakalamayı düzenleyen CMK mad. 90 ve 2559 sayılı Kanun mad. 13 hükümlerinin incelenmesi gerekir: Her iki kanunda da “hakkında zorla getirme kararı olanların” yakalanmasına izin veren bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada gerçekleşebilme ihtimali olabilecek tek senaryo, polisin elinde bir zorla getirme kararı olduğu ve bu karara istinaden ilgilinin kendisiyle gelmesini istediği ancak kişinin buna rağmen polisin isteğine direndiği hâldir. Böyle bir durumda polis, hakkında zorla getirme kararı olan ve kendisine direnen bu kişiyi 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-e’ye göre yakalayabilecektir. Yakalandıktan sonra ise 2559 sayılı Kanun mad. 13/2’ye göre bu kişinin kaba üst araması yapılabilecektir. Ancak hakkında zorla getirme kararı olan kişiler polisin isteğine uyar da onunla birlikte giderlerse polis bu kişileri yakalayamayacaktır. Nitekim hakkında zorla getirme kararı olan kişilerin yakalanacağına ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda bu kişiler yakalanmadıkları için haklarında kaba üst araması tedbiri de uygulanamayacaktır, nitekim kaba üst araması için kanun kişinin yakalanmış olmasını şart koşar (2559 sayılı Kanun

yaptıkları kontrolde vites kolu yanında bulunan cüzdana suça konu esrarı ele geçirmiştir. Olayda CGK, araçta bulunan ve uyuşturucu maddelerin içinde ele geçirildiği cüzdan üzerinde yapılan arama işleminin 2559 sayılı Kanun’un 4/A maddesi kapsamında yoklama ve kontrol olarak değerlendirilemeyeceği, suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirilme anına kadarki süreçte suçüstü hâlinin de söz konusu olmadığı, üzerlerinde yoklama veya araçlarında kontrol yapılan kişilerin yanlarında bulunan eşyasında gerçekleştirilecek arama işlemi için, CMK’nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca hâkimden karar veya Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınması ya da 2559 sayılı Kanun’un 9. maddesi gereğince bir önleme araması kararı alınması gerektiği, ancak dosya kapsamında bu tür bir arama kararı ya da yazılı arama emrinin bulunmadığı, bu kapsamda sanığın cüzdanında arama yapılmasının hukuka aykırı olduğu ve hukuka uygun bir delilden söz edilemeyeceği kararına varmıştır. İlgili karar her ne kadar 2559 sayılı Kanun mad. 4A/6 kapsamında “araçta silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı hâlinde kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alma” kapsamında değerlendirilen bir karar olsa da cüzdanın kaba aramaya konu olamayacağını göstermesi açısından önemlidir.

mad. 13/2). Özetle ifade edilmelidir ki, hakkında zorla getirme kararı olan kişi polise direnirse polis kişiyi ancak o zaman önce 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-e'ye göre yakalayıp, sonrasında da ilgiliye 2559 sayılı Kanun mad. 13/2'ye göre kaba üst araması tedbiri uygulayabilecektir. Bu noktada yapılması gereken tespit ise, Yönetmelik mad. 8'de yer alan "hakkında zorla getirme kararı olanların üstlerinin aranabileceği" ifadesinin ancak bu kişiler polise direndiğinde kanuni bir dayanağa sahip olacağı, aksi durumda yönetmeliğin bu hükmünün kanuni bir dayanağının olmayacağıdır. Yani hakkında zorla getirme kararı olanların da herhangi bir karar ya da emir gerekmezsizin aranabilmesine ilişkin olarak Yönetmelik mad. 8-a'da öngörülen yetkisini kullanan kolluk, eğer hakkında zorla getirme kararı bulunan bu kişi polise direnmiyorsa, hukuka aykırı davranmış olacaktır. Dolayısıyla hakkında zorla getirme kararı olan bu kişilerin polise direnmediği durumda polis bu kişilerin üzerini, her ne kadar Yönetmelik'te aksi düzenlenmiş olsa da kaba bile olsa arayamaz. Çünkü burada Yönetmelik hükmünü destekleyen yasal bir dayanak bulunmamaktadır ve kişi hakkına müdahale teşkil eden arama tedbiri yönetmelikle düzenlendiğinde değil ancak kanunla düzenlendiğinde hukuken uygulanabilir durumda olacaktır (Anayasa mad. 13).

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus kaba üst araması neticesinde ilgili kişi üzerinde bir unsurun varlığı tespit edildiğinde ne yapılacağıdır. Görüldüğü üzere Yönetmelik yalnızca söz konusu kişilerin üst aramasına ilişkin hüküm getirmekle yetinmiş, bu arama neticesinde rastlanan unsura hukuken nasıl muamele edileceğini düzenlememiştir. Bu noktada 2559 sayılı Kanun ek mad. 6/3 hükmüne değinmek gerekir. İlgili hükme göre bir suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya mal varlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için derhâl gerekli tedbirleri alır. Bu hükme göre kaba üst araması neticesinde uyuşturucu

madde ya da ruhsatsız silah bulan polis, an itibarıyla bir suçla karşılaşmış olacağından bunu muhafaza altına alabilecektir¹⁷.

- 17 Yargıtay da aynı görüştedir. Nitekim sazlık alanda uyuşturucu madde satıldığı yönünde ihbar alınması üzerine söz konusu yere gidildiğinde sanığın da aralarında bulunduğu bir grubun sazlıkların içinden çıkıp kaçmaya başladıklarının görüldüğü, yapılan takip neticesinde kaçarken bir elinde siyah poşet diğer elinde ise kâğıt para bulunan sanığın yakalandığı, poşette yoklama şeklinde yapılan kontrolde ve sazlık alanda yapılan araştırmada uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği, buna karşılık sanığın uyuşturucu maddelerin olay yerinden kaçan ve kimlikleri tespit edilemeyen diğer kişiler tarafından atılan poşette ele geçirildiğini, kaçarken kendisinin yere attığı poşette uyuşturucu madde bulunmadığını iddia ettiği olayda temyiz incelemesi yapan Yargıtay 10. Ceza Dairesi, olay yerini kapsayan arama kararı olup olmadığının araştırılması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı ile konuyu inceleyen YCGK, işlendiği iddia edilen suça ilişkin yeterli bilgi içermeyen, soyut nitelikte bulunan ve başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen, sanığın açık kimlik bilgilerini de içermeyen ihbarın adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasını gerektirecek mahiyette olmadığı gibi CMK'nın 119. maddesinin aradığı şartları da taşımadığı, yapılan çalışmaların geldiği aşama dikkate alındığında soyut nitelikte olan ihbar hakkında araştırma yapan kolluk görevlilerin sanığı ellerinde poşet ve para ile kaçarken görmeleri üzerine fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği bir suçla, diğer bir anlatımla “suçüstü” hâli ile karşılaşmaları nedeniyle CMK'nın 90/4. maddesi ile PYSK'nın 13/1-A ve Ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhâl gerekli tedbirleri alıp, sanığın elinde bulunduğu belirtilen veya kaçan diğer kişiler tarafından atıldığı iddia edilen poşette yaptıkları kontrolde suç konusu uyuşturucu maddeleri ele geçirdikleri, Adli ve Öleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 9/10/2018 tarihli, E.2016/21 K.2018/417 sayılı kararı. Yine yürütülen devriye görevi sırasında sanığın yanında bulunan kişilere bir şey verip bunun karşılığında bir şeyler aldığının görüldüğü, kollukça ilgililerin bulundukları yere doğru gidildiğinde sanığın yanında bulunan şahısların kaçtığı, bunun üzerine sanığın kollukça olay yerinde yakalanarak polis merkezine getirildiği, polis merkezinde sanığın çantasında ve bisikletinde yapılan aramada eroin ele geçirildiği bir olayda temyiz incelemesi yapan Yargıtay 20. Ceza Dairesi önleme araması kararı, adli arama kararı, veya yazılı adli arama emri bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine işaret ederek yerel mahkemece uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti yapma suçundan verilmiş mahkumiyet kararının bozulmasına karar vermiştir. İlgili bozma kararına Yargıtay C. Başsavcılığının itirazı neticesinde YCGK, sanığın yanında bulunan şahısların kaçtığı, görevlilerin sanığın el çantasında ve bisikletinin gidon iç kısmında yaptıkları kontrolde uyuşturucu madde ele

Burada en temel sorun, kaba üst araması neticesinde ele geçirilen maddenin uyuşturucu mu olduğunun o an orada kesin olarak tespit edilememesidir. Nitekim ilgili madde kişinin ilacı ya da un veya nişasta benzeri bir madde de olabilir. Burada kanımızca polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edildiği izlenime dayanmak gerekir. Nitekim kolluğun o an oraya laboratuvar kurup bu maddenin ne olduğunu tahlil etmesini beklemek makul değildir. Muhafaza altına alma için maddenin ne olduğunun kesin olarak tespitini şart koşturmak ise pek çok durumda suç delillerinin ele geçirilmesini ve suçluların cezalandırılmasını engelleyecektir. Nitekim muhafaza altına tedbirini uygulamadığınız sürece fail, uyuşturucu paketini açıp içindekini havaya savurabilir durumdadır. Öyleyse yapılması gereken polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edildiği izlenime dayanarak maddenin uyuşturucu olmasından şüphe etmesini 2559 sayılı Kanun mad. 6/3'ü uygulamak için yeterli kabul etmektir. Nitekim polis pek çok durumda maddenin kokusundan ya da maddeye dokunduğunda maddenin elinde bıraktığı histen ilgili maddenin un mu, nişasta mı yoksa uyuşturucu madde mi olduğunu anlayabilmektedir¹⁸.

geçirmeleri sonucu “suçüstü” hali ile karşılaştıkları ve buna bağlı olarak da suç işlerken rastlanan sanığı, CMK’nın 90. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi ile aynı maddenin 4. fıkrası ve 2559 sayılı Kanun’un 13. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi ile ek 6. maddesi gereğince yakaladıkları, *ardından bu maddelerin verdiği yetkiye dayanarak, kaçmasını veya kendisine ya da başkalarına zarar vermesini engellemek ve yine işlenmiş olan suçun delilinin tespit edilmesi ve karartılmasını önlemek amacıyla derhal gerekli tedbiri aldığı, bu kapsamda uyuşturucu maddeleri muhafaza altına aldığı, yine Adli ve Öleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği sonucuna varmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/988 K.2017/55 sayılı kararı. Söz konusu kararlar her ne kadar suçüstü yakalaması ile ilgili olsa da yapılan arama sonucu bulunan unsurlara nasıl muamele edileceğini göstermek adına önem arz eder.*

- 18 Konuyla ilgili bir diğer Yargıtay kararı şu şekildedir: Bir kişinin motorize emniyet ekiplerine isimli şahsınKıraathanesinin yanında esrar ve kaçak sigara sattığını, eğer giderlerse yakalayabileceklerini söylemesi

üzerine sanığın yanına giden emniyet ekiplerince sanığın yapılan üst aramasında esrar ele geçirilen olayda yerel mahkemenin verdiği mahkumiyet kararını temyiz incelemesi yapan Yargıtay 20. Ceza Dairesi somut olayda sanık hakkında ihbar yapılması nedeniyle faili belli olan bir suçun işlendiği konusunda şüphe oluştuğu, bu kapsamda CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" alınmadan sanığın üzerinde arama yapılmasının hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucunda bulunan uyuşturucu maddenin hem "suçun maddi konusu" hem de "suçun delili" olup hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinden bahisle bozmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı ile konuyu inceleyen YCGK, kimlik bilgilerini vermek istemeyen bir şahıstan edindikleri somut emarelere dayanmayan ve sanığın açık kimliğini de içermeyen soyut nitelikteki bilginin doğruluğunu araştırmak üzere olay yerine gittikleri, açmış olduğu tezgâhta kaçak sigara satan sanığı gördükleri ve kaçak sigara satarak suç işlemekte olan sanığı CMK'nın 90/1-a ve PYSK 13/1-A maddeleri gereğince gerekli kanuni işlemleri yapmak için yakaladıkları, suçüstü hâlinde yakalanan sanığın kaçmasını, kendisi ile başkasına zarar vermesini ve suç delillerinin kaybolmasını önlemek için CMK'nın 90/4 ve 2559 sayılı Kanun'un ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak derhâl gerekli tedbirleri aldıkları, bu bağlamda sanığın giysileri çıkarılmaksızın el ile yoklama biçiminde kontrol yapıldığı ve montunun içindeki kabarıklığın fark edildiği, ne olduğu sorulduğunda sanığın içinde uyuşturucu madde bulunan poşeti çıkartıp görevlilere teslim ettiği, görevlilerce muhafaza altına alınıp incelenen poşette suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği, bu durumda kolluğun ilk defa işlenmekte olan bir suçla diğer bir anlatımla "suçüstü" hali ile karşılaşması nedeniyle, CMK'nın 90/4 ve PYSK'nun Ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhal gerekli tedbirleri alarak uyuşturucu maddeleri muhafaza altına aldıktan sonra uyguladığı tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verdiği, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varmıştır, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21/2/2017 tarihli, E.2016/54 K.2017/77 sayılı kararı. Yine Narkotik Suçlarla Mücadele Büro Amirliği görevlilerince sokak satıcılarına yönelik yapılan istihbarat çalışmalarında, daha önce hakkında işlem yapılan ... kimlik numaralı, Muğdat ve Cihan oğlu, 1991 İzmit doğumlu ... ile ... kimlik numaralı, İsmail ve Elif oğlu, 05.10.2000 İzmit doğumlu ve Kocaeli-İzmit nüfusuna kayıtlı olan ... isimli şahısların, ... Sokak üzerinde uyuşturucu madde sattıkları yönünde bilgi elde edildiği, görevlilerce 17.10.2014 tarihinde saat 20.00 sıralarında söz konusu sokağa gidilip çevrede tertibat alınarak beklenilmeye başlandığı, o sırada ticari bir taksinin gelerek içinden inen şahsın apartman önünde bir başka kişiyle görüştüğü, sonrasında bu iki şahsın apartmana girdiği ve yaklaşık 5 dakika sonra geri geldikleri ve birlikte kapının önünde beklemekte olan taksiye bindikleri, bunu gören kolluk görevlilerinin ticari taksiyi durdurduğu ve kaba üst araması yaptığı olayda YCGK

Silah ruhsatlı olduğunda ise CMK mad. 90/4 ve 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 hükmü uygulanmak suretiyle aynı neticeye varılabilecektir. Nitekim bu maddelerde kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbirin alınmasına, bu kapsamda kaba üst araması ile ele geçirilen silahın muhafaza altına alınmasına izin verilmiştir. Görüldüğü üzere burada silahın ruhsatlı ya da ruhsatsız olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim fail, ruhsatlı ya da ruhsatsız silahıyla

kolluk görevlilerinin istihbarat bilgisinin doğruluğunu araştırmak üzere bahsi geçen sokağa gidip beklemeye başladıkları ve makul sebebe dayalı olarak aracı durdurdukları ve araçta bulunanlara müdahalede bulundukları, bu kapsamda 2559 sayılı Kanun'un 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında kaçmalarını, kendilerine veya başkalarına zarar vermesini önlemek ve silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyadan arındırmak amacıyla sanık ... ile diğer şahıslar üzerinde yoklama biçiminde kontrol yapıldığında herhangi bir suç unsuruna rastlanılmadığı, aracın dışarıdan bakıldığında görülebilen yerleri kontrol edildiğinde ise arka koltukta oturan'nın ayaklarının bulunduğu yerde görünür şekilde ve açıkta bulunan beyaz kâğıtta suç konusu uyarıcı nitelikteki tabletlerin ele geçirildiği, aracın dışarıdan bakıldığında görülebilen yerinde bulunan uyarıcı nitelikteki tabletlere bu şekilde el konulmasının "gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma" anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla somut olayda adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasına gerek bulunmadığı, soyut nitelikte olan ve başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen istihbarat bilgisi ile kolluk tarafından yapılan çalışmaların geldiği aşama da dikkate alındığında, istihbarat bilgisinin adli arama kararı almayı gerektirecek boyuta ulaşmadığı, dolayısıyla CMK'nın 119. maddesi uyarınca adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasını veya talebini gerektirecek şartların bulunmadığı, İstihbarat bilgisi hakkında araştırma yapan kolluk görevlilerinin, "suçüstü" hali ile karşılaştıkları ve buna bağlı olarak da suç işlerken rastlanan sanıkları CMK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi ile aynı maddenin dördüncü fıkrası ve 2559 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi ile ek 6. maddesi gereğince yakaladıkları, suç konusu uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri muhafaza altına alan görevlilerce uygulanan tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği bu kapsamda suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varılmıştır, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/1/2019 tarihli E.2016/380 K.2019/52 sayılı kararı. Benzer şekilde bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19/3/2019 tarihli, E.2016/273, K.2019/224 sayılı kararı. Kararlar arama sonucu bulunan unsurlara nasıl muamele edileceğini göstermek açısından önem arz eder.

saldırıda bulunabilir. Ancak bu noktada vurgulanmalıdır ki Kanun'da yer alan bu yetkilendirme "muhafaza altına almak" ile sınırlı şekilde anlaşılmak zorundadır. Yani ilgili yetkilendirme, elkoyma tedbirini de içerir şekilde değerlendirilemez. Nitekim ilgili unsurlara elkoyma, saldırıda bulunmayı önlemek için gerekli olanın ötesine geçeceğinden yani "gerekli" olarak nitelendirilemeyeceğinden, orantılı bir tedbir olarak değerlendirilemeyecek ve hukuka aykırı olacaktır. Böylesi bir durumda eşyaya el konulmak isteniyorsa CMK mad. 127 hükmünden faydalanılması gerekecek, elkoyma işlemi bu kapsamda ancak hâkimden, gecikmesinde sakınca olan durumda Cumhuriyet savcısından ya da ona ulaşamadığında kolluk amirinden karar/emir alınması hâlinde uygulanabilecektir.

Burada son olarak CMK mad. 123 hükmü dolayısıyla oluşabilecek çelişkiye dikkat çekmek gerekir. CMK mad. 123 *"İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya el konulabilir."* hükmünü haizdir. Görüldüğü üzere bu hükme göre kişinin rızası olduğunda eşya herhangi bir emir/karar gerekmesizin muhafaza altına alınabilmektedir. İlgili-nin rızası olmayan durumda ise hüküm "elkoyma"dan bahsettiğinden ilgili unsur ancak hâkim/savcı/kolluk amiri kararı/emri ile ele geçirilebilecektir. Kanun'da muhafaza altına alma tedbiri için rızanın varlığının şart olduğuna işaret eden bu hüküm, yukarıda 2559 sayılı Kanun ek mad. 6/3, 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4 ile ulaştığımız "kaba üst araması ile bulunan silah/uyuşturucu maddenin muhafaza altına alınabileceğine" ilişkin sonuçla ilk bakışta çelişir bir niteliktedir. Nitekim bu maddelere göre silahın/uyuşturucu maddenin muhafaza altına alınması rıza olmasa da mümkün olmalıdır. Oysa CMK mad. 123 muhafaza altına almanın ancak rıza halinde mümkün olduğuna işaret etmektedir. Hukuk sistemi bir bütün olduğundan CMK mad.123'te aranan rıza unsurunun 2559 sayılı Kanun için geçerli olmadığı ise pren-

sipte söylenemeyecektir. Kanımızca bu noktada yapılması gereken, 2559 sayılı Kanun'un "suçla karşılaşan polis için özel hüküm getirdiğini" kabul etmek ve böylece polisin muhafaza altına alma tedbirini rıza şartı gerekmezsizin de uygulayabileceği sonucuna varmaktır.

B. YÖNETMELİĞİN 8-B BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik mad. 8-b'ye¹⁹ göre hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında^{20,21} arama kararı gerekmecektir. Görüldüğü üzere burada müzekkereli ya da müzekkeresiz yakalama yapan kolluğun, yakalananın kendi şahsına, başkalarına veya kolluk görevlisine zarar vermesini önlemek için üstünün kaba üst araması şeklinde araması düzenlenmiştir. Aramaya ilişkin Yönetmelik'teki bu yetkilendirmeye yasal dayanağı kanımızca pek tabii yine 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4 sağlamaktadır²². Nitekim

19 Yön. 8-a maddesinin "kolluğun yakalanan kişiye karşı karar ve emir olmadan üst araması yapma yetkisini" düzenlediğini, 8-b maddesinin ise "kolluğun üst araması yapmasındaki amacı ve yapılacak üst aramasının niteliğini" belirlediğine ilişkin olarak bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 68. Kılıç ise Yönetmelik mad. 8/1-b'de CMK mad. 90/4'teki hükmün ne şekilde icra edileceğinin düzenlendiği görüşündedir, bkz. Kılıç, A. (2023). s. 405.

20 Kaba üst aramasının sadece yakalanan kişinin kendisine, çevresine, kendisini yakalayan kişilere zarar verebilecek silah, bıçak, jilet gibi eşyalardan arındırılması için yapıldığı, bu arama çeşidinde kişinin kıyafetlerinin çıkarılması veya beden çukurlarının aranmasının mümkün olmadığına ilişkin olarak bkz. Orhan, U. (2018). s. 33.

21 Yönetmelik'in 8. maddesinin (b) bendinde yer alan "kaba üst araması" ibaresinin muğlak olduğu, hangi uygulamanın "üst araması" hangisinin "kaba üst araması" sayılacağı hususunun belirsiz olduğu, ayrıca CMK'da yer almayan bir düzenlemenin yönetmelikle yaratılmasının doğru olmadığı yönünde bkz. Onan, O. (2009). s. 41 vd. ve Özbek, V. Ö. (2019). s. 343.

22 Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 23/1/2017 tarihli, E.2016/1844, K.2017/173 sayılı kararı, "Dosya kapsamında yapılan incelemede, olay günü saat 22.30 sıralarında kolluk güçleri tarafından D-400 karayolu İncirlik kavşağında yapılan yol kontrol çalışmaları esnasında 0...plaka sayılı Hyundai marka aracın durdurulduğu, sanığın yolcu bölümünden indiği esnada bahse konu aracın olay yerinden hızla kaçtığı ve yakalanamadığı, sanığın araçtan inerken elinde bulunan çuvalda ve

defaatle ifade edildiği üzere ilgili hükümlere göre, yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbir alınabilecektir. Ancak burada pek tabii CMK mad. 119'daki hüküm de dikkate alınmalı ve kolluğun hâkim/merci kararı/emri olmadan yakaladığı kişiyi detaylı şekilde aramayacağına tekrar işaret edilmelidir. Kaldı ki Yönetmelik de zaten bu durum dikkate alınarak “kaba üst araması yapmaya” izin verir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla Yönetmelik mad. 8-b'deki bu hâl için kanuni dayanak, 2559 sayılı Kanun mad. 13/2 ve CMK mad. 90/4'tür²³. Öyleyse Yönetmelik mad. 8-b'deki yetkisini kullanan kolluk hukuka uygun davranmış olacaktır ve sorumluluğuna gidilemeyecektir.

üzerinde yapılan aramada brüt: 2795 gram net 931 gram esrar ele geçirildiği anlaşılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.10.2016 tarihli 2016/10-57 esas 2016/374 karar sayılı ilamında sanığın şüphe üzerine durdurulması sebebiyle suçüstü halinin söz konusu olması ve CMK'nın 90/4, 2559 Sayılı PVSK'nın Ek 6 ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (f) bendindeki “suçüstü” halinde karar alınmadan arama yapılabileceğine dair düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; kolluk görevlilerinin işlenmekte olan bir suçla karşılaşması sebebiyle yetki ve sorumlulukları kapsamında derhal gerekli tedbirleri alarak basit bir kontrol ile sanığın üzerindeki uyuşturucu maddeleri ele geçirip el koymalarının hukuka uygun olduğu, bu durumda ayrıca arama kararı alınmasına gerek bulunmadığından hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceğinin belirtildiği anlaşıldığından, somut olayda uyuşturucu madde naklettiği sırada yakalanan sanığın üzerinin aranmasına dair kolluk tarafından yapılan işlemlerin yasaya uygun olduğu açıktır.” Kanımızca burada Yönetmelik mad. 8f'nin dayanak gösterilmesi doğru olmamıştır çünkü 8-f hükmü konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için arama emir ya da kararının gerekmeceğini hüküm altına almaktadır.

- 23 CMK mad. 90/4 yaklaşımı açısından aynı yönde bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 68 ve Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 157. Keskin Kızıroğlu burada CMK mad. 90/4 için: “önlem amacıyla üst aramasını yapabilmek için ayrıca karar veya emir aranmaması zorunluluk durumudur ve bu nedenle ilgili yasal düzenleme hukuka uygundur. Aksinin kabulü, eşyanın doğasına aykırı düşer”, “CMK'nın 90/4. maddesi yalnızca güvenlik amaçlı üst aramasında karar veya emir aranmamasının yasal dayanağını oluşturur. Bu bakımdan delil amaçlı üst aramasında ayrıca yasal düzenlemeye gerek vardır” görüşündedir, bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 154, 156.

C. YÖNETMELİK'İN 8-C BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik mad. 8-c'de "gözültına alınan kişinin, nezaret-haneye konmadan önce yapılan üst aramasında arama kararının gerekmeveceğı" düzenlenmiştir. Bu hâl için kanuni dayanak olarak literatürde bir görüş²⁴ CMK mad. 90/4' e işa-ret etmektedir. Nitekim ilgili görüşe göre burada CMK mad. 90/4 çerçevesinde hukuka uygun bir üst araması düzenlemesi bulunmaktadır. Bu kapsamda CMK mad. 90/4 hükmü incelendiğinde söz konusu hükmün ancak "yakalama işlemi sonrasında" ve "kaba bir üst aramasına" izin verir şekilde yorumlanabileceğı neticesine varılabilecektir. Nitekim CMK mad. 90/4 *her türlü tedbiri* almaktan bahsetmekle birlikte bu madde CMK mad. 119 kapsamında değerlendirildiğinde CMK mad. 119 kişinin hâkim kararı (gecikmede sakınca olması hâlinde ancak savcı emri) olmadan detaylı aranmasına imkân vermediğinden CMK mad. 90/4'e göre ancak kaba üst araması yapılabileceğı neticesine varılacaktır²⁵. Yani CMK mad. 90/4, ancak yakalama işlemi yapılırsa ve kaba üst aramasına izin vermektedir. Nitekim CMK mad. 90/4 "*Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.*" hükmünü haizdir. Öyleyse kişi "yakalandıktan sonra gözültına alındıysa" literatürde ileri sürülen bu görüş kabul

24 Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 157.

25 Yenisey ve Nuhoğlu ise burada, kişilerin gözültına alınması için Cumhuriyet savcısına bilgi verilmesi ve ondan emir alınması mecburiyeti bulunduğundan (CMK mad. 91/2) gözültına alınan kişiyi nezarethaneye almak için yapılan aramalarda yazılı emir şartının gerçekleşmiş sayılacağı, dolayısıyla da nezarethane sorumlusunun gözültına alınan kişiyi iç çamaşırı dahil arayabileceğı fikrini savunur bkz. Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). s. 341. Kanımızca eğer savcı gözültı kararı verirken arama emri de verdiyse ortada zaten sorun yoktur (bununla birlikte böylesi bir durumda gecikmede sakınca olan hal olduğunu kabul etmek kanımızca ayrıca tereddütlüdür.). O durumda kişinin araması pek tabii CMK mad. 119'a uygun şekilde yapılabilecektir. Ancak Yenisey ve Nuhoğlu'nun ifade ettiğı "sırf gözültı kararının verilmesi dolayısıyla arama konusunda yazılı emir şartının da gerçekleşmiş sayılacağı" fikrine katılmamaktayız. Nitekim arama ve gözültı kararları birbirinden bağımsız kararlardır.

edilebilecek ve gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında arama kararının gerekmemesine ilişkin Yönetmelik hükmüne (mad. 8-c) CMK mad. 90/4 -yapılacak arama kaba üst araması olmak şartıyla- dayanak olarak gösterilebilecektir²⁶. Nitekim unutulmamalıdır ki CMK mad. 119, burada CMK mad. 90/4'ün klasik arama tedbirinin uygulanmasına izin verir şekilde yorumlanmasına mâni olmakta, CMK mad. 119 varken CMK mad. 90/4, klasik arama tedbirine izin verir şekilde yorumlanamamaktadır.

Ancak dikkat edilmelidir ki kişinin gözaltına alınması her zaman yakalanma sonrası gerçekleşmez. Örneğin kişinin şüpheli sıfatıyla ifade vermeye *davet edildiği* bir durumda vermiş olduğu ifade üzerine de kişi aleyhine bir gözaltı kararı verilebilecektir. Böyle bir durumda kişi teknik olarak hiç yakalanmamış olduğundan, gözaltına alınan bu kişinin nezarethaneye konmadan önce üstünün aranması hâline CMK mad. 90/4'ün kanuni dayanak olarak gösterilmesinin mümkün olmayacağı neticesine ilk bakışta pek tabii varılabilecektir. Nitekim CMK mad. 90/4 “yakalanan kişinin” kaba üst aramasına izin verir ve burada kişi teknik olarak yakalanmamıştır. Yani bu yorum

26 Ancak literatürde Yönetmelik mad. 8-c'de yer alan “kişinin nezarethaneye alınmasından önce yapılacak olan arama” yetkisi çerçevesinde yapılacak arama işleminin, yakalama anındaki aramadan farklı olarak ‘ayrıntılı’ yapılması gerektiği; bu kapsamda yakalama sırasında sadece kaba üst araması yapılabildiği halde; kişi nezarethaneye alındığında, kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelerden arındırılmak üzere iç çamaşırlarına kadar aranacağı ifade edilmiştir, bkz. Onan, O. (2009). s. 42; Orhan, U. (2018). s. 39. Yıldız, H. S. (2010). s. 69; Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2019). s. 341. Bu görüş her ne kadar mantıken kabul edilebilir olsa da, bunu destekleyen bir kanun hükmü hukuk düzenimizde mevcut değildir. Dolayısıyla her ne kadar Yönetmelik mad. 8-c'de üst araması denmiş ise de bu Yönetmelik hükmüne dayanılarak ince arama yapılamayacaktır. Nitekim bu yönetmelik doğrultusunda “emir/karar alınmaksızın arama yapılmasını” destekleyen yasal dayanak CMK mad. 90/4 tür ve bu madde de ancak “kaba üst aramasına” izin verir şekilde yorumlanabilmektedir, bu hükmün klasik arama (ince arama) tedbirine izin verir şeklinde yorumlanması CMK mad. 119 sebebiyle mümkün değildir. Öyleyse her ne kadar Yönetmelik mad. 8-c hükmü “üst aramasından” bahsetmişse de bu Yönetmelik maddesine dayanılarak yapılacak üst araması ancak “kaba üst araması” olacaktır.

sistemi kabul edildiğinde varılacak sonuç “hakkında daha önce yakalama işlemi yapılmış bir kişinin gözetimine alınması söz konusu olduğunda bu kişinin gözetimine alınmadan önce üstünün kaba şekilde aranmasına CMK mad. 90/4’ün kanuni dayanak oluşturabileceği, hakkında daha önce yakalama işlemi yapılmamış bir kişinin gözetimine alınacağı durumda ise üstünün kaba şekilde dahi olsa aranmasına CMK mad. 90/4’ün kanuni dayanak oluşturmayacağı” şeklindedir. Ancak bu yorum sistemi “gözetim işlemi içinde yakalama işleminin de var olduğu gerçeği” karşısında kanımızca hatalıdır. Bizce bu noktada benimsenmesi gereken yorum yöntemi “çoğun içinde az da vardır” ilkesinden hareketle ortaya konmalıdır. Nitekim her gözetim işlemi kendi içinde yakalama işlemini de içerir ve kişinin yakalanması sonucunu beraberinde getirir. Yani her gözetim, aslında kişinin yakalanması suretiyle uygulanır. Yakalanan kişinin üstünün kaba şekilde aranmasına da CMK mad. 90/4 izin verdiğine göre, gözetim işlemi uygulanan kişinin üzeri CMK mad. 90/4 hükmü çerçevesinde kaba şekilde aranabilecektir. Dolayısıyla “Gözetimine alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında arama kararı gerekmez.” düzenlemesini içeren Yönetmelik’in 8-c maddesinin kanuni dayanağını, yapılan arama kaba arama olmak şartıyla, CMK mad. 90/4’ün oluşturduğu görüşüne bu yorum yönteminden hareketle biz de katılıyoruz. Öyleyse Yönetmelik mad. 8-c’deki yetkisini kaba arama şeklinde kullanan kolluğun hukuka uygun davranmış olduğu neticesine varmak gerekecektir.

Literatürde bir görüş²⁷ ise uygulamada yakalanan kişilerin gözetimine alınması için Cumhuriyet savcısına bilgi verilmesi ve emir alınması mecburiyeti bulunduğundan hareketle gözetimine alınan kişiyi nezarethaneye almak için yapılan aramalarda yazılı emir şartının bu suretle gerçekleşmiş sayıldığını ifade etmektedir. Yani ilgili görüşe göre yakalanıp gözetimine alınan kişiyi nezarethaneye almak için yapılan aramalarda arama işleminin yasal temelini CMK mad. 119 oluşturmak-

27 Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2019). s. 341.

tadır ve bu aramalarda CMK mad. 119'da yer alan savcı emri şartı gerçekleştirildiğinden işlem hukuka uygundur. Ancak dikkat edilirse CMK mad. 119 savcıya arama emri verme yetkisini ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâlde vermektedir. Kişinin nezarethaneye alınması işlemi ise gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla nezarethaneye alınacak kişinin aranmasında savcı, arama emri vermeye doğrudan yetkili değildir. Bu sebeple, yakalanan kişiyi nezarethaneye almak için yapılan aramalarda arama işleminin yasal temelini CMK mad. 119'a dayandıran ve bu kapsamda kişilerin gözaltına alınması için Cumhuriyet savcısından alınacak emrin kişinin aranması emrini de kapsadığını savunan bu görüşe katılmamaktayız.

D. YÖNETMELİK'İN 8-D BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik mad. 8-d hükmü 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 amacıyla²⁸

28 Literatürde bu arama sırasında kolluğun faili yakalamakla yetinmeyeceği, bu yerlerde suça ilişkin delil niteliğinde olabilecek bazı eşyaların saklanma ve bırakılma ihtimali olduğu, dolayısıyla kolluğun burada buna ilişkin de arama yapması gerektiği, aksi bir durumda yani kişi yakalandıktan sonra bu yerlerden çıkılırsa, daha sonra bir arama emri veya kararıyla yeniden bu yerlere girilmesi ve arama yapılması gerekeceği, bu durumun korunan özgürlüklerin iki kez ihlal edilmesi ve aradaki süreçte delillerin kaybolması riskini doğuracağı ifade edilmiş, ayrıca *İlk seferde kanundan kaynaklanan yetkiyle* söz konusu yerlere girildiği vurgulanarak, kişilerin konut dokunulmazlığı ve özel hayatlarına hukuka uygun olarak müdahale edildikten sonra artık suçla ilgili bütün işlemlerin tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. Aydın, M. (2012). *Arama ve El Koyma*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 49 ve Orhan, U. (2018). s. 39. Ancak ilgili kaynakta "İlk seferde hangi kanundan kaynaklanan yetkiyle söz konusu yerlere girildiği" açıklanmamıştır. Kaldı ki, Yönetmelik 8-d hükmünde de ancak *yakalanması amacıyla yapılacak aramada* arama kararının gerekmediği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bizce literatürdeki görüşün aksine, burada herhangi bir karar ya da

yapılacak aramalarda arama kararının gerekmediğini düzenlemektedir^{29,30}. Maddede bina ve eklentisinin konut dokunulmazlığı hakkı ile korunduğu hâle ilişkin olarak herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu durum karşısında, binaların konut dokunulmazlığı hakkı ile korunduğu hâlde de bu hükmün uygulanabileceğinin yani konut dokunulmazlığı hakkı ile korunan binalarda da bu hükme dayanılarak arama yapılabileceğinin kabulü gerekir. Kanımızca söz konusu düzenlemeye ilişkin kanuni dayanağın tespitinde³¹ “herhangi bir

emir gerekmeksizin yapılacak arama yalnızca failin yakalanması amacıyla yapılabilecek delil toplanması işlemi için CMK mad.119’daki genel arama hükümlerine göre hâkimden arama kararı alınması gerekecektir.

- 29 “Bu düzenlemede arama işleminin yapılacağı araç, bina ve eklentilerinin kimin olduğunun önemi yoktur. Diğer deyişle üçüncü kişi nezdinde de, kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan veya suçüstü durumundaki failin yakalanması amacıyla karar veya yazılı emir aranmaksızın arama işleminin yapılabileceği hüküm altına alınmıştır.” bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 157. Ayrıca yakalanmış olup da firar eden kişinin tekrar yakalanması için gece vakti arama yapılabileceği, herkesin yakalama yapabildiği durumlarda ise yakalanan kişinin resmi mercilere teslim edilmeden kaçması halinde bu kişinin yakalanması amacıyla gece vakti arama yapılamayacağına yönelik olarak bkz. Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2019). s. 399.
- 30 Yönetmelik’in bu hükmünün hem CMK’ya hem de Anayasa’ya aykırı olduğuna ilişkin olarak bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 344.
- 31 Literatürde birçok kaynakta söz konusu Yönetmelik’in dayanağı olarak herhangi bir yasa gösterilmemiş, yalnızca Yönetmelik hükmü açıklanmakla yetinilmiştir. Bu noktada Yönetmelik hükmünün varlığına “arama kararı veya emri almaya hem vakit hem de zaman olmaması” gerekçe gösterilerek hak verilmiştir. Ancak temel hak kısıtlaması yapılabilmesi için bu yeterli değildir, yasal dayanak gerekir. Fakat yasal dayanak birçok eserde tartışılmamıştır, örn. bkz. Orhan, U. (2018). s. 38; Onan, O. (2009). s. 42. Bu noktada Keskin Kızıroğlu ise “CMK.’nda arama kararı veya yazılı emir olmaksızın arama yapabilmeye dair tek normun üst aramasıyla ilgili olarak CMK.’nın 90/4.maddesinde bulunduğu, bu nedenle Yönetmelikte üst araması dışında eşyada, konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde arama işleminde karar veya emir aramayan tüm düzenlemelerin kanuna aykırılık nedeniyle hukuka aykırı olduğu, bu nedenlerle Yönetmeliğin 8/d maddesinin de hukuka aykırı olduğu” görüşündedir, bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). ss. 158-159. Bununla birlikte Yazar, Yön. mad. 8d hükmünün meşru müdafaa varsa hukuki temele sahip olabileceğini şu cümlelerle ifade eder “gerek kişinin takibi sırasında girdiği, gerekse suçüstü halinde bulunduğu konut, işyeri ve diğer kapalı alanlarda, bu yerlerde bulunan diğer kişiler açısından üçüncü kişi yararına haklı savunmanın koşulları varsa, bu takdirde içeri girip, kişileri kurtarmak için yargıç kararı veya yazılı emir aranmayacağı kuşkusuzdur. Hatta bu durumdaki kişileri kurtarmak için kolluk görevlisi olmak da koşul değildir. Üçüncü kişi yararına haklı savunma

sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişiler” ve “işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun faili” ifadeleri ayrı ayrı tahlil edilmelidir.

“İşlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun faili” ifadesi CMK mad. 2/j'deki “suçüstü” tanımıyla birlikte değerlendirildiğinde, bu ifadenin “suçüstü halinde bulunan faille” işaret ettiği neticesine varılır. Yani ilgili Yönetmelik hükmü aslında şunu kastetmektedir: Suçüstü hâlinde bulunan failin yakalanması için takip yapıldığı sırada fail bir bina ya da eklentisine girdiyse burada bu faili yakalamak için yapılacak aramada, arama kararı gerekmecektir. Peki bu durumun kanuni dayanağı var mıdır? CMK mad. 90/1 ve 2 suçüstü hâlinde kolluğa faili yakalaması için yetki vermektedir³² yani kolluk CMK mad. 90/1 ve 2'deki yetkisini kullanarak faili yakalayabilir. Bu kapsamda eğer fail kaçarsa, kolluğun faili kovalaması ve fail kaçarken bir araç, bina ya da eklentisine girerse, kolluğun onu yakalamak için bu kovalama dahilinde failin peşinden ilgili araç, bina ya da eklentisine girmesi gerekebilecektir. Kanımızca burada kolluğun araç bina ve eklentilere failin peşinden girmesi söz konusu olduğunda CMK mad. 90/1 ve 2 hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Çünkü hakkın icrası bir hukuka uygunluk sebebidir³³ ve yakalamak için failin peşinden bina ve eklentisine giren kolluk CMK mad. 90/1 ve 2'de kendisine tanınan hakkı icra etmeye çalışıyordur. Aksi bir düşünce yani yakalama yapmak için bina ve eklentisine girmek gereken halde arama iznini/emrini şart koşturmak CMK mad. 90/1-2'de öngörülen yakalama yetkisini amaca aykırı şekilde daraltacaktır. Öyleyse kolluğun “suçüstü yakalaması” yapmak için

hukuka uygunluk nedenidir” bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 159.

32 Detaylı bilgi için bkz. Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 384 vd.

33 Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 286.

CMK mad. 90/1-2 hükümleri kapsamında bina ve eklentisine arama emri/izni gerekmezsizin *girebileceğinin* kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla *“İşlenmekte 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 arama kararı gerekmez.”* diyen Yönetmelik hükmünün kanuni dayanağı aslında, “hakkın icrası” kapsamında CMK mad. 90/1 ve 2’nin suçüstündeki failin yakalanmasına izin vermesi ve bu noktada bina ve eklentilere girilmesinde oluşacak durum açısından da bu maddelerin “hakkın icrası” hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Ancak bunu söylemek için Yönetmelik’te geçen “yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda karar/emir gerekmeyeceğine” dair ifadenin dar yorumlanması “ancak failin elle koyulmuş gibi bulunacağı durumlarda” yani failin yerinin noktasal olarak tespit edildiği, bu kapsamda teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın bulunacağı durumlarda, örneğin failin açık pencereden içeri girdiği, odanın perdeleri açık olduğu için odada nereye saklanmış olduğunun etraftakiler ya da kolluk tarafından görüldüğü durumda, Yönetmelik’e uyularak arama yapılmasının hukuka uygun olacağının kabulü gerekir. Aksi bir durumda ise, yani faili yakalamak için teknik anlamda gerçekten arama yapılması gereken durumda ise, CMK mad. 90/1 ve 2’nin kolluğa bu yetkiyi vermeyeceğinin, çünkü gerçekten arama tedbirini uygulamak gereken bir durumda kolluğun CMK mad. 90/1 ve 2’ye dayanarak konutta/eklentisinde arama yapmasının CMK mad. 117/3 hükmüne³⁴ aykırı olacağının, dolayısıyla da ilgili Yönetmelik hükmüne dayanılsa bile karar/emir almadan

34 CMK mad. 117: “(1) Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.

(2) Bu hâllerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır.

(3) Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.”

teknik anlamda gerçekten arama tedbiri uygulamanın kolluğun sorumluluğunu gerektireceğinin kabulü gerekir. Özetle vurgulanmalıdır ki Yönetmelik'teki "yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda karar/emir gerekmeyeceğine" dair ifade, sadece "failin elle koyulmuş gibi bulunacağı" yani failin yerinin noktasal olarak tespit edildiği bu kapsamda teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın bulunacağı durumlarla sınırlı şekilde anlaşılmalı ve CMK mad. 90/1 ve 2 hükmünün, ancak bu şekilde yorumlanan Yönetmelik içeriğine yasal dayanak teşkil edeceği tespit edilmeli, yani ancak yerini noktasal olarak bildiği ve dolayısıyla teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın eliyle koymuş gibi bulacağı" durumda kolluğun CMK mad. 90/1- 2'ye ve Yönetmelik mad. 8-d'ye dayanarak karar/emir olmaksızın konuta/eklentiyeye vs. girip faili alıp çıkabileceği ve bunun hukuka uygun olacağı ifade edilmelidir. Nitekim aksi bir yoruma, yani kolluğun CMK mad. 90/1 ve 2'ye göre yakalama yapmak için gerekirse konutta/eklentide gerçekten arama da yapabileceği yorumuna, CMK mad. 117 hükmü engel olmaktadır³⁵. Öyleyse faili yakalamak için gerçekten arama yapılması gereken durumda CMK mad. 90/1 ve 2'nin kolluğa bu yetkiyi vermeyeceğini yani teknik anlamda arama tedbirini uygulamak gereken durumda kolluğun CMK mad. 90/1 ve 2'ye dayanarak konutta/eklentisinde arama yapmasının hukuka aykırı olacağını, nitekim CMK mad. 117/3'ün şüphelinin izlendiği sırada girdiği yerlerde arama yapmak için de hâkim kararını -gecikmede sakınca olan hâlde savcı emrini- şart koştuğunu ifade etmek gerekir. Bu konuya aşağıda detaylıca değinilecektir.

Yönetmelik'in ilgili hükmünün diğer kısmında geçen "herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin yakalanmasında arama kararının gerekmemesi" hâlinin kanuni daya-

35 CMK mad. 117 ile ilgili genel bilgiler için bkz. Öztürk, B. (2021). s. 506, 509 vd.; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 463; Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2019). s. 392.

nağının ne olduğu noktasında ise kanımızca hukuka uygun şekilde yapılmış olan bu yakalamanın “hangi hukuki kurum üzerinden” gerçekleştirildiğine dikkat ederek bir tespitte bulunmak gerekecektir. Eğer kişi CMK mad. 90 kapsamında suçüstü yakalaması ile hukuka uygun şekilde yakalanmış fakat sonrasında kolluğun elinden kaçmış, burada yapılan kesintisiz takip gereği konuta girilmesi gerekmiş ise, bu durumda suçüstü yakalamasının devam ettiği, dolayısıyla da -yukarıda da ifade edildiği üzere- suçüstü yakalamasına izin veren CMK mad. 90’ın burada konuta girilmesinde ve konutta “noktasal olarak yeri bilinen faillin teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın elle koyulmuş gibi bulunmasına müsaade eder şekilde” arama yapılmasında hakkın icrası hukuka uygunluk sebebini oluşturduğu neticesine varmak gerekecektir.

İkinci ihtimal ise hukuka uygun olan bu yakalamanın CMK mad. 98’de düzenli olan “yakalama emri” üzerine yapılmış olmasıdır. Hukuka uygun olan yakalama CMK mad. 98’de düzenli olan “yakalama emri” üzerine yapılmış ve kişi sonrasında kolluğun elinden kaçmışsa, burada CMK mad. 98/2’ye değinmek gerekir: CMK mad. 98/2 “Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler.” hükmünü haizdir. Öyleyse kolluk burada bu hükme dayanarak elinden kaçırdığı kişiyi tekrar yakalayabilmek için kendisi yakalama emri düzenleyebilecek, bu noktada savcı ya da hâkimden hatta kolluk amirinden dahi karar alması gerekmeyecektir. Peki kolluk usulüne uygun şekilde çıkarılan yakalama emrine dayanarak yakaladığı ve sonra elinden kaçırdığı, bunun üzerine de kendisinin tekrar yakalama emri düzenlediği kişiyi yakalamak için kendi düzenlediği bu yakalama emrine dayanarak konuta ya da eklentisine ya da araca girip arama yapabilecek midir? Kanımızca kolluk daha önce yakalama emri üzerine hukuka uygun şekilde yakalayıp sonrasında elinden kaçırdığı fail için kendi

düzenlediği bu yakalama emrine istinaden araç/konut ya da eklentilerinde arama yapamaz.

Peki bu farkın sebebi nedir? Yukarıda CMK mad. 90'ın yakalama yetkisi verdiğiinden bahisle “hakkın icrası” hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde kişinin yakalanması adına konutta, eklentide ya da araçta -“elle koymuş gibi bulma” şekliyle sınırlı da olsa- arama yapılabileceğini kabul etmemize rağmen burada neden “Yakalama emri, amirin emrini ifa hukuka uygunluk sebebi teşkil eder.” diyerek hakkında yakalama emri düzenlenmiş olan kişinin yakalanması için konutta, eklentide veya araçta arama yapılmasını kabul etmemekteyiz? Öncelikle ifade edilmelidir ki CMK mad. 98/2'ye dayanılarak kollukça çıkarılan yakalama emri hâlinde “amirin bir emri” söz konusu değildir, nitekim buradaki yakalama emrini kolluğun kendisi düzenleyip kolluğun kendisi icra etmektedir. Ancak buradaki tartışmayı bu kadar dar ele almamak gerekir. Nitekim kanımızca yakalama emrini savcının verdiği durumda da kişiyi yakalamak için bu emre dayanılarak konuta, eklentiye veya araca girilip buralarda arama yapılamayacaktır. Dolayısıyla burada yapılması gereken tespit, yakalama emrini kimin düzenlediğinden hareketle yapılacak belirlemelerin ötesinde, yakalama emrinin niteliğinden yola çıkılarak ortaya koyulmalıdır.

Dikkat edilirse hem CMK mad. 90'daki yakalama yetkisi, hem de CMK mad. 98'deki yakalama emri kişinin *sadece yakalanmasına* izin vermektedir. “Kişinin sadece yakalanmasına izin veren CMK mad. 90 kapsamında kolluk konuta, eklentiye, araca girilebilir; fakat aynı şekilde kişinin sadece yakalanmasına izin veren yakalama emri kapsamında kolluk konuta, eklentiye, araca giremez” demek aslında ilk bakışta kendi içinde çelişkili görünebilecek bir husustur. Nitekim bu durumlardan birincisinde hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi, diğerinde ise amirin emrini ifa hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır. Ancak her ne kadar bu durumların her ikisi de hukuka uygunluk sebebiyse de “yakalama emrini hangi

şekilde icranın orantılı olmayacağı” üzerinden yapılacak tartışmayla görünüşteki bu çelişki giderilebilecektir. Nitekim kanımızca, kişinin “sadece yakalanmasına” izin veren bu iki hukuki kurumdan birine (CMK mad. 90’a) dayanılarak konuta, eklentiye, araca girilip burada arama yapılabileceğini, diğerine (yakalama emri) ise dayanılarak konuta, eklentiye, araca girilip arama yapılamayacağını söylemek ancak orantılılık ilkesi üzerinden yapılacak tespitle mümkündür. Gerçekten de CMK mad. 90’a göre yapılan yakalamada ve bu yakalama sonrasında elden kaçırılan failin kesintisiz şekilde takibi sonrası yapılacak yakalamada suçüstü hali vardır ve devam etmektedir. CMK mad. 98’e göre verilmiş bir yakalama emri üzerine yapılacak yakalamada ise suçüstü hali gibi ciddi bir durum söz konusu değildir. Nitekim CMK mad. 98’e göre yakalama emri “soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında” düzenlenmektedir. Dolayısıyla suçüstü halinde bulunan failin ikinci kez yakalanması için konuta, eklentiye ve araca girilip orada arama yapılması orantılı kabul edilirken yakalama emri üzerine yakalanmış kişinin tekrar kaçması halinde kolluğun düzenleyeceği yakalama emrine dayanılarak konuta, eklentiye, araca girilmesi ve buralarda arama yapılması orantılı olmayacaktır. Bilindiği üzere orantı hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir³⁶. Dolayısıyla yakalama emri üzerine yakalanmış kişinin tekrar kaçması halinde düzenlenen yeni yakalama emriyle yakalama yapmak için eve girerek burada arama yapan kolluğun kanımızca hukuki sorumluluğu doğacaktır. Özetle “yakalama emri üzerine yakalanmış kişinin tekrar kaçması halinde düzenlenen yeni yakalama emriyle yakalama yapmak için eve girilerek burada arama yapılabilecek midir?” sorusuna olumsuz cevap vermek gerekir. Nitekim her ne kadar burada amirin emrini ifa hukuka uygunluk sebebi varsa da amirin bu emrini (yakalama em-

36 Bu konuda bkz. Aktaş, A. (2023). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kolluk Faaliyetlerinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Türkiye Cumhuriyeti’nin 100. Yılına Armağan)*, C. 13., S. 2., s. 727 vd.

rini) konuta girerek ifa etmek orantısızlık oluşturur. Bu tespitin aksinin kabulü ise, CMK mad. 98'e göre yakalama emri düzenlenebilen her halde, kolluğun kişinin yakalanmasını temin için bu yerlerde herhangi bir karar almaksızın arama yapabileceği neticesini sonuçlar ki, bu durum arama kararının hâkim, gecikmesinde sakınca olan durumda savcı tarafından verileceğini düzenleyen CMK mad. 119 hükmünü dolanmak anlamına geleceğinden hukuka aykırı olacaktır. Öyleyse Yönetmelik mad. 8-d'de belirtilen "herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin yakalanmasında arama kararının gerekmemesi" durumunu CMK mad. 90'a göre yapılan yakalamalarla sınırlı şekilde anlamak, yakalama emri üzerine yapılacak yakalamaları bu kapsamda değerlendirmemek gerekir.

Konuya ilişkin anlatımı netleştirmek adına en baştan özetlemek gerekirse "İşlenmekte 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 arama kararı gerekmez." diyen Yönetmelik hükmünün kanuni dayanağı, "hakkın icrası" kapsamında CMK mad. 90/1 ve 2'nin suçüstündeki failin yakalanmasına izin vermesi ve bu noktada bina ve eklentilerine girilmesinde ve orada noktasal olarak yeri bilinen failin teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın elle koyulmuş gibi bulunmasına müsaade eder şekilde arama yapılmasında oluşacak durum açısından hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır.

Öbür taraftan Yönetmelik mad. 8-d'nin diğer kısmında geçen "herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda arama kararının gerekmemesi" hâlinin kanuni dayanağının ne olduğu noktasında kanımızca hukuka uygun şekilde yapılmış olan bu yakalamanın "hangi hukuki kurum üzerinden" ger-

çekleştirildiğine dikkat edilerek bir tespitte bulunulmalıdır: Eğer kişi CMK mad. 90 kapsamında suçüstü yakalaması ile hukuka uygun şekilde yakalanmış fakat sonrasında kolluğun elinden kaçmış, burada yapılan kesintisiz takip gereği konuta girilmesi gerekmiş ise bu durumda suçüstü yakalamasının devam ettiği, dolayısıyla da suçüstü yakalamasına izin veren CMK mad. 90'ın burada konuta girilmesi ve orada noktasal olarak yeri bilinen failin teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın elle koyulmuş gibi bulunmasına müsaade eder şekilde arama yapılmasında hakkın icrası hukuka uygunluk sebebini oluşturduğu neticesine varmak gerekecektir.

Ancak hukuka uygun olan yakalama CMK mad. 98'de düzenli olan "yakalama emri" üzerine yapılmış ve kişi sonrasında kolluğun elinden kaçmışsa, kolluk daha önce yakalayıp elinden kaçırdığı fail için yeni düzenlenen yakalama emrine istinaden araç/konut ya da eklentilerinde arama yapamaz. Çünkü bu durum orantılı değildir. Ayrıca bu durum, arama kararının hâkim, gecikmesinde sakınca olan durumda savcı, tarafından verileceğini düzenleyen CMK mad. 119 hükmünü dolanmak anlamına geleceğinden hukuka aykırı olacaktır. Öyleyse Yönetmelik mad. 8-d'deki bu yetkinin kanuni dayanağı olmadığını vurgulamak gerekir. Dolayısıyla kanımızca Yönetmelik'teki bu yetkiyi kullanan kolluğun hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bununla birlikte, tüm bu hâllerde Yönetmelik mad. 8-d'nin verdiği arama yetkisini kullanan kolluğun hukuka uygun davranmış olduğunu söyleyebilmek için "failin elle koyulmuş gibi bulunacağı" bir durumun olması ve bu duruma istinaden kolluğun içeri girip faili alıp çıkması gerekir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere Yönetmelik'teki "yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda karar/emir gerekmeyeceğine" dair ifade dar yorumlanmak ve "failin ancak elle koyulmuş gibi bulunacağı" durumlarda Yönetmelik'i uygulayan kolluğun hukuka uygun davranmış olacağını kabul etmek gerekir. Bu kapsamda faili yakalamak için gerçekten arama yapılması

gereken durumda CMK mad. 90/1 ve 2'nin kolluğa bu yetkiyi vermeyeceğinin altı, kalın şekilde çizilmelidir. Nitekim aksi durumda Yönetmelik mad. 8-d'de "İşlenmekte 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 arama kararı gerekmez." şeklinde ifade edilen Yönetmelik hükmünün kanuni dayanağının "hakkın icrası" kapsamında CMK mad. 90/1 ve 2 olduğunu kabul etmek ve bu kapsamda emir/karar gerekmezsiniz gerçek bir arama işlemin yapılabilceğini kabul etmek, arama tedbirinin ancak hakim kararıyla -gecikmede sakınca olan durumda savcı emriyle- yapılabilceğini öngören CMK mad. 116 vd. hükümleri karşısında çelişki arz edecektir.

CMK mad. 117'deki "Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla, diğer bir kişinin³⁷ de üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranabileceğine, fakat bu hallerde arama yapılmasının, aranılan kişinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı olduğuna³⁸, bununla birlikte şüphelinin veya sanığın (...) izlendiği sırada girdiği yerler hakkında bu sınırlamanın geçerli olmadığına" ilişkin düzenlemelere ise bu kapsamda özellikle dikkat çekilmelidir³⁹. Görüldüğü üzere

37 Diğer kişi kavramına örneğin banka gibi tüzel kişilerin ve resmî makamların da girdiğine, ayrıca bir yer ya da eşyanın birden fazla kullanıcısı varsa bunlardan bir kısmının şüpheli olması durumunda artık aramanın mad. 117'ye göre değil mad. 116'ya göre yapılacağına ilişkin bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 322.

38 Bunların belirtilen yerlerde bulunduğunu gösteren somut olguların var olması gerektiği, varsayıma dayanarak arama kararı verilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Öztürk, B. (2021). s. 509. Aynı şekilde yasanın burada belirlilik aradığına, 'olayların varlığı'nın belirli, somut bir delilin bulunacağı şeklinde anlaşılacağına; bir delilin bulunacağı konusundaki şüphe, şans ümit ya da ihtimalin yeterli olmadığına yönelik olarak bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 321.

39 Yön. mad. 8-d'deki bu düzenlemenin bu haliyle diğer kişiler nezdinde arama işleminin maddi koşullarını düzenleyen CMK' nın 117. maddesi ile çeliştiğine ilişkin olarak bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 69 ve Özbek, V. Ö. (2019). s. 344. Yönetmelik'in 8/d maddesindeki düzenlemenin

CMK mad. 117, şüphelinin veya sanığın izlendiği sırada girdiği yerlerde arama yapılacakken “kişinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların” varlığının gerekmediğine vurgu yapmıştır. Ancak aramanın hâkim kararıyla (gecikmede sakınca olan halde savcı emriyle) yapılabileceğini öngören düzenleme (CMK mad. 119) bu durumda da pek tabii varlığını sürdürmektedir. Nitekim CMK mad. 117/3 sadece, CMK mad. 117/2’de yer alan “kişinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına ilişkin sınırlamanın”, şüphelinin veya sanığın izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmadığını ifade etmekte; hâkim kararı (gecikmede sakınca olan halde savcı emri) şartı ile ilgili olarak herhangi bir istisna getirmemektedir. Öyleyse buradan hareketle “şüphelinin veya sanığın izlendiği sırada girdiği yerlerde aramanın “kişinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olaylar” olmasa da yapılacağı ancak bunun için de hâkim kararının- gecikmede sakınca bulunan halde savcı emrinin- şart olduğu” neticesine varılır⁴⁰.

Bu netice ise -Yönetmelik 8-d hükmündeki “yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda karar/emir gerekmeyeceğine” dair ifade dar yorumlanmadığı ve “failin ancak elle koyulmuş gibi bulunacağı” durumlarda yönetmeliğin uygulanabileceği söylenmediği sürece yani Yönetmelik mad. 8-d hükmünün uygulanma alanı sadece “noktasal olarak yeri bilinen failin

CMK’nın mad. 117/3. maddesinde yer alan “Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.” hükmüyle örtüştüğüne, ancak CMK’da bu durumda arama kararı veya yazılı emir aranmayacağına dair özel bir düzenleme bulunmadığına, CMK’da arama kararı veya yazılı emir olmaksızın arama yapabilmeye dair tek normun üst aramasıyla ilgili olarak CMK’nın 90/4. maddesinde bulunduğuna, bu nedenle Yönetmelik’te üst araması dışında eşyada, konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde arama işleminde karar veya emir aramayan tüm düzenlemelerin kanuna aykırılığı nedeniyle hukuka aykırı olduğuna, ilişkin olarak bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 158.

40 Aynı yönde bkz. Öztürk, B. (2021). s. 517; Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2019). s. 392; Özbek, V. Ö. (2019). s. 344.

teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın bulunması” durumu ile sınırlanmadığı sürece- “Yönetmelik mad. 8-d hükmüyle çelişecektir.

Peki Yönetmelik mad. 8-d hükmünün uygulanma alanı “sadece ‘elle koymuş gibi bulma’ durumu” ile sınırlandırıldığı yani Yönetmelik’in 8-d hükmünün “noktasal olarak yeri bilinen failin teknik anlamda gerçek bir aramaya gerek olmaksızın elle koyulmuş gibi bulunacağı” durumlarda uygulanabileceği söylendiğinde bu durum neden CMK mad. 116 ve devamındaki düzenlemelerle çelişmez? Bu soru “arama tedbirinin ancak *saklanan bir şey/kişi* söz konusu olduğunda uygulama alanı bulacağına” işaret edilerek yanıtlanmalıdır.

Gerçekten de sıcak takip sonucu girilen yerde failin yakalanması için teknik anlamda “arama tedbiri” uygulanması ancak “fail girdiği yerde saklanabildiyse” söz konusu olabilir. Çünkü arama literatürde de ifade edildiği üzere “şüphelinin/ sanığın, delillerin veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen *gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik* araştırma işlemidir”⁴¹. Bu tanımdaki *saklanmış bir şeyin aranması*⁴² vurgusu, kanımızca arama tedbirini benzer diğer tedbirlerden ayırmaktadır⁴³.

Öyleyse CMK mad. 117’deki hüküm, kişi ancak sıcak takip sırasında girdiği yerde saklanabildiyse uygulanacak, saklanamadıysa uygulanamayacaktır. Buradaki ölçü kanımızca -yukarıda da ifade edildiği üzere- failin yerinin noktasal olarak

41 Öztürk, B. (2021). s. 503; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 461; Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2019). s. 386 vd.; Özbek, V. Ö. (2019). s. 313.

42 Meyer-Goßner, L. (2009). Strafprozessordnung Kommentar, Münih: C.H. Beck Yayınları, § 81a, kn. 9; Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2019). s. 386 vd.; Öztürk, B. (2021). s. 503.

43 Örneğin beden muayenesinde arama tedbirine ilişkin maddelerin uygulanıp uygulanamayacağı yönündeki tartışma için bkz. Bayraktar, Ç. D. (2021). “Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar,” *Adalet Dergisi*, C. 67., ss. 205-238.

bilinmesi, bir diğer tabirle teknik olarak gerçek bir aramaya gerek olmaksızın “eliyle koymuş gibi bulmak” olmalıdır. Bu kapsamda bir örnek vermek gerekirse kolluk tarafından sıcak takiple izlenen fail, üç dönüm bahçe içinde ağaçlar arasında yer alan büyük bir evin bahçe kapısından içeri girmiş ve gözden kaybolmuşsa bu kişinin yakalanması için arama tedbirinin uygulanması gerekecektir⁴⁴. Nitekim kişi saklanmış ve kolluk onun yerini noktasal olarak bilmemektedir. Dolayısıyla da kolluk faili gerçek bir arama tedbirine gerek olmaksızın eliyle koymuş gibi bulamaz. Ancak fail sıcak takip neticesinde bir apartman dairesinin balkonuna atlamış ve orada balkonun korkuluk duvarı arkasına saklanmış, kolluk ya da etraftakiler de failin saklandığı yeri görmüşse⁴⁵ burada failin yakalanması için artık teknik anlamda gerçek bir arama tedbiri uygulanmayacaktır. Çünkü fail gerçek anlamda saklanamamıştır. Kolluk failin yerini noktasal olarak bilmektedir ve teknik olarak gerçek bir aramaya gerek olmaksızın eliyle koymuş gibi onu bulabilecek durumdadır. İfade edilmelidir ki burada failin ‘saklanamamış’ durumda kabul edilmesi için yerinin noktasal olarak bilinmesi ve bu kapsamda teknik olarak gerçek bir aramaya gerek olmaksızın bulunabilecek olması yeterlidir. Failin hâlihazırda “görünüyor da olması” gerekmez. Yani failin balkon korkuluğunun arkasına gizlendiğinin bilindiği durumda kendisinin ayrıca açıkça görünür durumda bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur. Önemli olan failin görünüp görünmemesi değil saklanmış olup olmamasıdır ki saklanmış olmak “yerinin bilinmemesi” ile sağlanacağından burada ayrıca görünüyor olmayı kıstas olarak aramaya gerek yoktur. Yeri biliniyorsa fail görünsün ya da görünmesin saklanamamıştır. Aynı durum kanımızca apartman dairesinin açık

44 “Basit suçlarda yakalama amacıyla arama yapılmamalıdır (...) zira suçun hafifliği arama gibi ağır bir koruma tedbirini gereksiz kılar. Aksi durum oranlılık ilkesini zedeler.” bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 315.

45 Özbek ve diğerleri, gözle görülen, koklanarak algılanan veya işitilerek varlığı anlaşılan delil veya emarelerin arama kavramı içine girmediğini ifade eder. Bkz. Özbek, V. Ö. (2019). s. 313. Bu yaklaşım da buradaki tezimizi doğrular niteliktedir.

penceresinden içeri giren failin odada bulunduğu yerin noktasal olarak bilindiği hal için de geçerlidir. Örneğin fail açık pencereden içeri girip odada kapının yanında duvara yaslı şekilde duran dolabın içine saklanmış, fakat odanın perdeleri açık olduğu için saklandığı bu yer etraftakiler ya da kolluk tarafından görülmüş olabilir. Böyle bir durumda da failin yeri noktasal olarak bilindiğinden kolluk yakalama yetkisi kapsamında içeri girerek dolabı açacak ve faili dolabın içinde yakalayıp dışarı çıkarabilecektir. Fakat bu örnek pek tabii, failin yalnızca pencereden içeri girdiğinin bilindiği fakat failin oda da nereye saklandığının noktasal olarak bilinmediği durumda geçerli olmayacaktır. Nitekim bu durumda kanımızca artık “saklanmış” bir failin var olduğu kabul edilmeli ve bu failin yakalanması ancak arama tedbiri neticesinde hâkim/savcı kararı/emri üzerine gerçekleşmelidir⁴⁶. Fakat bu durumda dahi kolluk arama kararı verilmesini pek tabii ilgili odanın içinde bekleyebilecek ve failin kaçmasının önüne bu şekilde geçebilecektir. Nitekim kolluğun “suçüstü yakalaması” yapmak için CMK mad. 90/1-2 hükümleri kapsamında bina ve eklentisine arama emri/izni gerekmeksizin *girebileceğine* yukarıda değinilmiştir.

Öyleyse vurgulanmalıdır ki olayda saklanmayı başarmış bir fail yoksa yani failin yeri noktasal olarak biliniyorsa -bu kasamda örneğin failin x caddesine bakan odanın içinde kapının kenarında duvara yaslı şekilde duran dolabın içinde bulunduğu biliniyorsa ya da failin x caddesine bakan odanın balkon korkuluğunun arkasında bulunduğu biliniyorsa- gerçek bir arama tedbiri söz konusu olmayacak, gerçek bir arama tedbiri söz konusu değilse CMK mad. 116 ve devamı hükümlerini ilgilendirir bir durum oluşmayacak, dolayısıyla da faili yakalarken hâkim/savcı emrine/kararına gerek olmayacaktır. Dolayısıyla “Yönetmelik’in 8-d hükmü ancak “failin yerinin noktasal

46 Ancak burada rıza hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olabileceği görüşündeyiz, bkz. “HÂKİM/SAVCI KARARI/EMRİ OLMAKSIZIN ARAMA YAPILMASININ ANAYASA MAD. 20 ve 21’E UYGUNLUĞU SORUNU” başlığı altındaki anlatımlar.

olarak bilindiği ve bu kapsamda teknik olarak gerçek anlamda bir aramaya gerek olmaksızın elle koyulmuş gibi bulunacağı” durumlarla sınırlı şekilde uygulandığında”, bunun CMK mad. 116 ve devamındaki düzenlemelerle çelişmediği sonucuna rahatlıkla varılır. Çünkü bu takdirde ortada *saklanan bir şey/kişi* söz konusu değildir ve dolayısıyla CMK mad. 116 ve devamındaki hükümlerini ilgilendirir bir durum yoktur.

Dolayısıyla burada şu tespiti yapmak gerekir: Sıcak takip neticesinde saklanmak için girdiği yer noktasal olarak bilinen faili yakalamak için eve girmek, CMK mad. 117/3’ü ihlal etmek anlamına gelmez. Çünkü bu olayda teknik anlamda bir arama söz konusu değildir. Dolayısıyla CMK mad. 117/3’ü ilgilendirir bir durum da ortada yoktur. Böylesi bir durumda balkonda eğilen faili yakalama işlemi, arama hükümlerine göre değil yakalama yetkisi veren CMK mad. 90 hükmüne göre yapılacaktır. Öyleyse Yönetmelik’in öngördüğü üzere “işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdiği araç, bina ve eklentilerinde ilgili failin yakalanması amacıyla karar/emir gerekmeksizin kolluğun -yeri noktasal olarak bilinen failin elle koyulmuş gibi bulunmasına hizmet eder şekilde- arama yapılabilmesinin ve bu durumun CMK mad. 116 ve devamında da düzenli olan arama hükümlerine aykırılık da teşkil etmeyeceğinin kabulü” gerekir.

E. YÖNETMELİK’İN 8-E BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik kapsamında incelenmesi gereken bir diğer husus “5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 9/2. maddesi kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında” ve “5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 9/3. maddesi kapsamında Gümrük

Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında, ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmayacaktır.” hükmünü içeren 8-e bendidir. Söz konusu hükmün yasal dayanağı⁴⁷ olup olmadığı değerlendirmesinde bakılması gereken ilk yer 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9/1 hükmüdür. Nitekim ilgili maddede “kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphelenilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve el koymaların 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirileceği” açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere maddede “içinde veya üzerinde kaçak eşya bulunduğu şüphelenilen kişi ya da eşyanın genel olarak, nasıl aranacağı kurala bağlanmış ve bu konuda CMK hükümlerine atıf yapılmıştır. İlgili maddenin 2. ve 3. fıkraları ise gümrük salonları, gümrük kapıları ve gümrük bölgesinde kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzerinin ve eşyasının gümrük görevlilerince/ yetkili memurlarca aranacağını düzenlemektedir. Ancak kanun burada uygulanacak usul açısından bir belirlemede bulunmamıştır. Yani kanunda eşya, örneğin gümrük salonunda olduğunda da CMK hükümlerinin mi uygulanması gerektiği noktasında herhangi bir belirleme bulunmamaktadır.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 9. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde kanımızca içinde kaçak madde bulunduğu şüphelenilen eşyanın ya da üzerinde kaçak eşya bulunduğu şüphelenilen kişinin nerede bulunursa bulunsunlar CMK hükümlerine göre aranacakları

47 Yönetmelik mad. 8-d’deki hususların kanuni dayanaklarının Kaçakçılık Kanunu mad. 9/2 ve 3 olduğuna ilişkin bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 159 vd. Bu noktada ifade edilmelidir ki her ne kadar ilgili çalışma Yönetmelik’in eski hâlini ele almışsa da çalışmada savunulan görüş geçerliliğini sürdürmektedir.

neticesine varmak gerekir. Bizce kişinin ya da eşyanın bulunduğu yer, ancak arama işlemini yapacak yetkilinin belirlenmesi noktasında etkili bir husus olacaktır. Yani kanımızca içinde kaçak madde bulunduğundan şüphelenilen eşya ya da üzerinde kaçak eşya bulunduğundan şüphelenilen kişi *gümrük kapıları ve gümrük bölgesinde ise* CMK hükümlerine göre gümrük görevlilerince/yetkili memurlarca aranacak; *gümrük salonları, gümrük kapıları ve Gümrük bölgesi dışında bir yerde ise* CMK hükümlerine göre kollukça aranacaktır. Nitekim Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun mad. 9/1. fıkrası olayda kaçak eşya varsa hangi hükmün uygulanacağını açıkça ifade etmiştir ve bu noktada CMK hükümlerine işaret etmiştir. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun mad. 9/2. ve 3. fıkralarının gerçekleştiği durumlarda da ortada hâlen kaçak bir eşya vardır. Dolayısıyla bu durumlarda da CMK hükümlerini uygulamak gerekecektir. Yukarıda ifade edildiği üzere 2. ve 3. fıkralar yalnızca kaçak eşyanın bulunduğu yeri temel alarak arama işlemini kimin yapacağıyla ilgili özel hüküm getirmiştir. Dolayısıyla kanımızca “kaçak eşya örneğin gümrük salonundaysa mad. 9/2'deki özel hüküm dolayısıyla bu eşya artık CMK'ya tabi değil dolayısıyla da kararsız/emirsiz aranabilir” demek doğru değildir⁴⁸. Bu noktada doğru olan, olaydaki eşya “kaçak eşya” olduğu sürece nerede olursa olsun mad. 9/1 gereği CMK hükümlerinin uygulanmasıdır.

Genel esası bu şekilde belirledikten sonra Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun mad. 9/2. ve 3. fıkralarının ilgili Yönetmelik hükmünün yasal dayanağı olup olmadığı incelenmelidir.

Arama Yönetmeliği mad. 8-e aramanın gümrük salonları, gümrük kapıları ve gümrük bölgesinde yapıldığında gümrük

48 5607 sayılı KMK'da kişilerin üstünde, eşyasında ve araçlarında yapılacak arama konusunda CMK'da yer alan genel hükümlere atıfta bulunulduğu, ancak gümrük salonları ile gümrük kapılarında yapılacak aramalar hususunda genel hükümlerden farkı bir düzenlemeye yer verildiği, 5607 sayılı KMK'nın 9/2. maddesine göre gümrük salonları ve gümrük kapılarında kişilerin üstü, eşyası, yükleri ve araçları aranırken arama kararı veya emrine ihtiyaç olmadığına ilişkin bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 69.

görevlilerince veya yetkili memurlarca yapılacağını düzenleyen Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9/2. ve 3. fıkralarına atıfta bulunarak bu aramalarda arama emri ya da kararının aranmayacağını hüküm altına almıştır.

Kanımızca Arama Yönetmeliği'ndeki bu düzenleme Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9'da öngörülen hususlar ile açıkça çelişir durumdadır ve uygulanamaz. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere kanımızca Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9 kapsamında yapılacak tüm aramalarda CMK mad. 119 gereği hâkim veya gecikmesinde sakınca olan halde savcı kararını aramak bir zorunluluktur. Dolayısıyla Yönetmelik mad. 8-e'deki bu yetkiyi kullanan, yani gümrük salonları, gümrük kapıları ve gümrük bölgesinde bulunan kaçak eşyayı herhangi bir karar ya da emir bulunmadan arayan memur, hukuka uygun davranmamış olacaktır ve hukuki sorumluluğu gündeme gelecektir.

F. YÖNETMELİK'İN 8-F BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yönetmelik mad. 8-f bendinde ilk olarak “Türk Ceza Kanununun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması⁴⁹ ve diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri üzerine (...), konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine *girmek* için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı”, ikinci olarak da “suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için

49 Hukuken tanınmış ve korunmuş bir hakkın kullanılması halinde hakkın icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğu yönünde bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 63. Bu konuda yazar, bir kişinin kendine ait bir taşınır eşyayı çalan hırsız, kesintisiz olarak takip edip yakaladıktan sonra hırsızın elinden eşyasını geri almasını, hatta bu sırada eşyasını bulabilmesi için hırsızın üstünü aramasını hakkın kullanılması kapsamında değerlendirmiştir. Dolayısıyla yazara göre bunun için karar veya emir gerekmeyecektir. (Benzer ifade için bkz. Bilen, M. (2006). “Adli Arama ve Önleme Araması”, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s. 61 vd.) Konu hakkındaki fikrimiz için bkz. 71. dipnot.

veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine *girmek* için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı” düzenlenmiştir⁵⁰. Görüldüğü üzere hükümde yer alan birinci yetkilendirme, olayda hukuka uygunluk sebebinin varlığı üzerine inşa edilmiştir⁵¹. Yani bu hükme göre olayda hukuka uygunluk sebebi varsa ayrıca bir arama emri ya da karar alınmaksızın konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine *girilebilecektir*. Bir hukuka uygunluk sebebinin olduğu yerde arama emri ya da kararı olmaksızın konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girilmesi zaten hukuka aykırı olmayacaktır. Dolayısıyla hukuka aykırı olmayan bu davranışta bulunabilmek için herhangi bir karar/emir alınmasının gerekmemesine ilişkin Yönetmelik’in bu kısmı, malumun ilanı niteliğindedir⁵². Öyleyse Yönetmelik’teki bu yetkisini kullanan kolluğun hukuka uygun davranmış olacağının ve hukuki bir sorumluluğun olmayacağının kabulü gerekir.

Yönetmelik mad. 8-f’nin diğer kısmında yer alan “suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından *hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla* veya kapalı yerlerden gelen yardım *çağrıları üzerine* konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine *girmek* için ayrıca bir arama emri

50 Daha önce Yön. mad. 8-f hükmünde yer alan “ilgilinin rızası” ibaresinin Danıştay kararıyla iptal edilmesine ilişkin olarak “HÂKİM/SAVCI KARARI/EMRİ OLMAKSIZIN ARAMA YAPILMASININ ANAYASA MAD. 20 ve 21’E UYGUNLUĞU SORUNU” başlığı altındaki anlatımlara bakınız. Bu konuda Ayrıca bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 161 vd.; Öztürk, B. (2021). s. 506; Centel, N. ve Zafer, H. (2020). s. 465.

51 Yön. mad. 8-f’deki hukuka uygunluk sebepleriyle alakalı detaylı bilgi için bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 61 vd.

52 Aynı yönde bkz. Orhan, U. (2018). s. 40. Ancak yazar, bu yönetmelik hükmünün ilgili yerlerde “arama yapılmasına” izin verdiğini kabul eder yönde bazı açıklamalar yapmıştır. Yıldız da bu hallerden birinin varlığı halinde karar veya emir olmadan doğrudan arama yapılabileceğini vurgulamıştır, bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 61 vd. Oysa Yönetmelik’in bu hükmü, bu yerlerde arama yapılmasına izni vermez; sadece bu yerlere girilmesine izni verir. Bu kapsamda yazarlara katılmıyoruz.

ya da kararının aranmayacağına” ilişkin hükmün⁵³ yasal da-

- 53 Yönetmelik’in ilgili kısmı Yargıtayca “suçüstü hâlinde yapılan aramalarda arama emri ya da kararı aranmaz” şeklinde anlaşılmaktadır. Örneğin dolmuş duraklarında uyuşturucu madde satışı yapıldığının tespiti sonucunda, belirtilen bu adres çevresinde yapılan araştırmalarda sanığın yanına gelen şahıslara bir şeyler verip aldığının görülmesi neticesinde başlatılan operasyon kapsamında sanığın ve uyuşturucu madde sattığı kişilerin üzerinde yapılan aramada eroin ele geçirilmesine ilişkin olayda temyiz incelemesi yapan Yargıtay 20. Ceza Dairesi, genel kolluk görevi kapsamında yapılan araştırma sonucunda sanığın uyuşturucu madde sattığının tespit edilmiş olması nedeniyle, niteliği ve faili belli olan bir suçun işlendiği konusunda şüphe oluştuğu, CMK’nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde ‘adli arama kararı’ alınmadan, sanığın ve uyuşturucu madde satılan kişilerin üzerinde arama yapılmasının hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucu bulunan uyuşturucu maddelerin ise hem “suçun maddi konusu” hem de “suçun delili” olup “hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğinden bahisle yerel mahkemenin mahkûmiyet hükmünü bozmuştur. Konu Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı ile YCGK tarafından incelenmiş ve işlendiği iddia edilen suça ilişkin yeterli bilgiye sahip olmayan kolluk tarafından yapılan çalışmaların geldiği aşama da dikkate alındığında, genel ve soyut nitelikte olan ve başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen, sanığın açık kimlik ve adres bilgilerini içermeyen istihbarat bilgisinin CMK’nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca adli arama kararı ya da yazılı adli arama emri ile bunların talebini gerektirecek boyuta ulaşmadığı, konu hakkında araştırma yapan kolluk görevlilerinin, “suçüstü” hâli ile karşılaşmaları nedeniyle CMK’nın 90/4. maddesi ile 2559 sayılı Kanun’un 13/1-A ve Ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhâl gerekli tedbirleri alıp, sanık ile tanığın üzerlerinde yaptıkları arama sonucunda suç konusu uyuşturucu maddeleri ele geçirdikleri, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 25/12/2018 tarihli, E.2016/362 K.2018/681 sayılı kararı. Yine uyuşturucu madde ticareti suçundan yerel mahkemenin mahkûmiyet hükmü kurduğu başka bir kararda temyiz incelemesi yapan Yargıtay 20. CD. durumundan şüphelenilen sanığın elinde bulunan ceketin astarında 990 adet MDMA içeren uyuşturucu hapin ele geçirilmesi sırasında verilmiş “önleme arama kararı” ya da “adli arama kararı” veya “yazılı adli arama emri” bulunup bulunmadığının araştırılarak sonuçlarına göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinden bahisle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Bozma kararına Yargıtay C. Başsavcısı itiraz etmiştir. Bunun üzerine CGK, olayda 2559 sayılı Kanun’un ek 4. maddesi uyarınca, bir suçla karşılaştığında hizmet branşına bağlı olmaksızın suça el koymak ve delilleri tespit edip muhafaza altına almak ile görevli ve yetkili olan görevlilerin mesleki tecrübelerine ve içinde bulundukları durumdan çıkardıkları izlenime göre sanık ile tanığın durumundan şüphelendikleri,

yanığının olup olmadığı konusundaki tespitlere kanımızca “bu hükmün yasal dayanağının ne olmadığı” anlatılarak başlanmalıdır⁵⁴. Kanımızca Yönetmelik’in bu hükmüne yasal

oluşan bu makul sebep nedeniyle yanlarına gittiklerinde sanığın kaçmaya başlamasının işlenmekte olan bir suçun varlığına ilişkin şüpheyi daha da arttırdığı ve yakalandığı, sanığın üzerinde silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyayı bulundurabileceği hususunda yeterli şüphenin oluşması üzerine 2559 sayılı Kanun’un 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında, giysileri çıkartılmaksızın elle yoklama biçiminde kontrol yapıldığında suç unsuruna rastlanılmadığı, elindeki mont kontrol edildiğinde ise astar kısmında bir şeyler bulunduğu fark edilerek sanığa ne olduğu sorulduğunda “hap olduğunu” söylemesi üzerine açılıp bakıldığında suç konusu uyarıcı maddelerin ele geçirildiği, söz konusu bu durumda sanığın suçun konusu ve delili olan uyarıcı maddeler ile birlikte yakalanması nedeniyle “suçüstü” hâlinin mevcut olduğu, görevlilerin önceden herhangi bir istihbari bilgi ya da ihbar alınmaksızın devriye görevi sırasında işlenmekte olan bir suçla diğer bir anlatımla “suçüstü” hâli ile karşılaşması nedeniyle CMK’nın 90/4. maddesi ile 2559 sayılı Kanun’un 13/1-A ve ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhal gerekli tedbirleri alıp uyarıcı maddeleri muhafaza altına aldığı, yine *Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı*, ayrıca; yoklama neticesinde montun astar kısmında fark edilen kabarıklığın sanığın beyanından hap olduğunun öğrenilmesi üzerine bulunduğu yerden çıkarılıp el konulmasının arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/1106 K.2017/54 sayılı kararı. Bu konuda ayrıca bkz. Şen, E. (2022). “Suçüstü Halinde Arama Kararı veya Arama Emri Olmaksızın Yapılan Arama Hukuka Uygun mudur?”, <https://sen.av.tr/tr/makale/sucustu-halinde-arama-karari-veya-arama-emri-olmaksizin-yapilan-arama-hukuka-uygunmudur> (Erişim Tarihi: 10/5/2024). Ancak failin suçüstü halinde kollukça zaten doğrudan yakalanacağını, kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin nasıl aranacağını ise Yönetmelik mad. 8-b’de zaten düzenlendiğini düşündüğümüz için Yargıtay’ın yönetmeliğe ilişkin yaptığı bu yoruma katılmamaktayız.

- 54 Literatürde birçok kaynakta söz konusu Yönetmelik’in dayanağı olarak herhangi bir yasa gösterilmemiş, yalnızca Yönetmelik hükmünün yerinde olduğu açıklanmakla yetinilmiştir. Ancak temel hak kısıtlaması yapılabilmesi için bu yeterli değildir, yasal dayanak gereklidir. Fakat yasal dayanak birçok eserde tartışılmamıştır, örn. bkz. Orhan, U. (2018). s. 42. Onan ise konuyu ele aldığı yüksek lisans tezinde bu fıkraya ilişkin açıklamalarını “*Maddenin (f) bendinde ise hâkim karan veya yetkili merciden yazılı emir alınmasını gerektirmeyen adli arama işlemlerine çeşitli istisnalar gösterilmiştir*” cümlesiyle sınırlı tutmuştur, bkz. Onan, O. (2009). s. 42.

dayanak teşkil edecek kanun CMK mad. 90/1-2 ve 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-a değildir. Nitekim söz konusu maddelerde suçüstü hâlinde kolluğa yakalama yapma yetkisi verilmektedir. Yani kolluk CMK mad. 90/1 ve 2'deki ve 2559 sayılı Kanun mad. 13/1a'daki yetkisini kullanarak suçüstündeki faili yakalayabilir. Bu noktada kolluğun faili yakalaması için bir araç, bina ya da eklentilerine girmesi de pek tabii gerekebilecektir. Böylesi bir durumda kolluğun araç, bina ve eklentilere girmesinde CMK mad. 90/1 ve 2 ve yine 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-a hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir. Çünkü hakkın icrası bir hukuka uygunluk sebebidir⁵⁵ ve faili yakalamak için bina ve eklentisine giren kolluk CMK mad. 90/1 ve 2 hükmünü ve yine 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-a hükmünü ifa etmeye çalışıyordur⁵⁶. Ancak buradaki konumuz “yakalama amacı ile” konuta, işyerine, yerleşim yerine veya eklentilerine girme değildir. Nitekim Yönetmelik “toplum için veya kişiler bakımından *hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla* ya da kapalı yerlerden gelen *yardım çağrıları üzerine* konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmekten” bahsetmektedir. Kanımızca burada ilgili alanlara giriş yetkisi veren Yönetmelik hükmünün yasal dayanağını TCK'daki meşru müdafaa hükümleri⁵⁷ oluşturmaktadır. Nitekim bu kuruma ilişkin şart-

55 Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2021). s. 286.

56 Keskin Kızıroğlu ise bu konuda “*gerek kişinin takibi sırasında girdiği, gerekse suçüstü halinde bulunduğu konut, işyeri ve diğer kapalı alanlarda, bu yerlerde bulunan diğer kişiler açısından üçüncü kişi yararına haklı savunmanın koşulları varsa, bu takdirde içeri girip, kişileri kurtarmak için yargıç kararı veya yazılı emir aranmayacağı kuşkusuzdur. Hatta bu durumdaki kişileri kurtarmak için kolluk görevlisi olmak da koşul değildir. Üçüncü kişi yararına haklı savunma hukuka uygunluk nedenidir*” fikrini savunmaktadır, bkz. Keskin Kızıroğlu, S. (2009). s. 159.

57 Kanımızca duruma göre bu Yönetmelik hükmünün yasal dayanağının “zorunluluk hâli” olduğu da pek tabii söylenebilecektir. Nitekim böylesine hayati bir tehlike pek tabii zorunluluk hâli kapsamında da değerlendirilebilecektir. Burada belirleyici olan bir “saldırı” üzerine mi hayati tehlikenin ya da yardım çağrısının gerçekleştiği ve ikinci olarak da içeri girilmek suretiyle hakkı ihlal edilen kişinin “saldırgan mı” olduğudur. Nitekim zorunluluk hâli ile meşru müdafaa hâli arasındaki temel fark meşru müdafaa hali için bir saldırı unsurunun şart olması ve savunma hareketinin saldırıya karşı yapılmış olmasıdır. Dolayısıyla söz

lar oluştuyorsa meşru müdafaa hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak, hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmeyi haklı kılacak; Yönetmelik'te de yer aldığı üzere bu durumlarda ayrıca karar ya da emir alınması gerekmeksizin ilgili alanlara hukuka uygun şekilde girilmesini sağlayacaktır. Bununla birlikte 2559 sayılı Kanun mad. 20/1 hükmünün de burada yasal dayanak teşkil ettiği söylenebilir. Nitekim hükme göre zabıta, imdat istenmesi veya (...) ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mâni olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir. Maddede geçen "imdat istenmesi" ifadesinin Yönetmelik mad. 8-f'nin lafzında yer alan "yardım çağrıları üzerine" ifadesine işaret ettiği açıktır. "Ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mâni olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir." ifadesinin ise Yönetmelik mad. 8-f'de yer alan "suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla" konuta/işyerine girilmesine müsaade eder şekilde yorumlanması mümkündür.

Dolayısıyla "suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmaya çağını" düzenleyen Yönetmelik hükmünün (Yönetmelik mad. 8-f) kanuni dayanağının TCK'daki meşru müdafaa hükümleri⁵⁸ (TCK mad. 25) ve 2559 sayılı Kanun mad. 20 hükmü ol-

konusu Yönetmelik hükmünün yasal dayanağının tespitinde somut olayın özellikleri dikkate alınarak olayda zorunluluk hâlinin mi yoksa meşru müdafaa hâlinin mi gerçekleştiğine bakmak gerekecektir. Bu kapsamda örneğin yanmakta olan binaya girip içeridekileri kurtarmaya çalışmanın ceza sorumluluğunun kalkmasına sebep olan zorunluluk hâli kapsamında olduğu ve bu gibi durumlarda binaya girilebilmesi için karar veya emir gerekmeceğine ilişkin olarak bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 62, 63; Yenisey F. ve Nuhoglu, A. (2019). s. 387; Bilen, M. (2006). s. 61.

58 31. dipnota bakınız.

duğu kanımızca söylenebilecektir. Öyleyse Yönetmelik mad. 8-f'deki bu yetkisini kullanan kolluk hukuka uygun davranmış olacaktır.

Bu kapsamda konunun daha net anlaşılması adına daha somut bir karşılaştırma yapmak gerekirse örneğin kanlar içindeki bir cesedi kendi bahçesine gömmekte olan faili *yakalamak için* şahsın bahçesine girilmesi CMK mad. 90/1-2 ve PVSK mad. 13/1-a kapsamında herhangi bir izin/emir alınması gerekmeksizin gerçekleşecektir. Çünkü burada failin suçüstü durumunda “yakalanabilmesi” için konuta/iş yerine girilmesi söz konusudur ve bu, yakalama yetkisi veren CMK mad. 90/1-2 ve 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-a kapsamında kimse-den karar/izin almaya gerek olmaksızın gerçekleşir. Nitekim CMK'nın 2. maddesinin j bendinde “fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç” suçüstü olarak tanımlanmıştır. Kaldı ki usulsüz ölü gömmek de TCK mad. 196'da suç olarak düzenlenmiştir. Aksi bir düşünceyle, burada yakalama yapmak için eve/bahçeye girmek gereken halde arama iznini/emrini şart koşmak CMK mad. 90/1-2'de öngörülen yakalama yetkisini amaca aykırı şekilde daraltacaktır. Dolayısıyla kolluğun “suçüstü yakalaması” yapmak için CMK mad. 90/1-2 hükümleri kapsamında konuta/işyerine arama emri/izni gerekmeksizin girebileceğinin kabul edilmesi gerekecektir. Yönetmelik mad. 8-f de bu neticeyi destekler nitelikte hükümler içermektedir. Nitekim ilgili hükümde diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde (bizim örneğimiz itibarıyla yakalama yetkisi veren CMK mad. 90/1-2 ve 2559 sayılı Kanun mad. 13/1-a kapsamında yakalama yapmak hakkın icrası hukuka uygunluk sebebidir) konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Ancak aynı durum delil elde etmek için konuta/işyerine girilmesi gerektiğinde söz konusu değildir. Nitekim CMK mad. 90/1-2 “suçüstü yakalaması” yapmak için uygulanabilecek

hükümlerdir. Dolayısıyla delil elde etmek için konuta/iş yerine girilmesi gerektiğinde CMK mad. 119'a göre usulüne uygun şekilde yani gerekli yerlerden karar/emir alınarak arama tedbirinin uygulanması gerekecektir.

Burada söz konusu olabilecek bir diğer durum, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konuta işyerine girilmesi gereğinin hasıl olmasıdır. Kanımızca böyle bir durumda kolluğun eve/işyerine girmesini sağlayacak yasal dayanak TCK'daki meşru müdafaa hükümleri (TCK mad. 25) ve 2559 sayılı Kanun mad. 20 hükmü olacaktır⁵⁹. Yakalama yetkisi veren CMK mad. 90 hükümleri ise burada yasal dayanak olarak değerlendirilemeyecektir çünkü burada mevzu bahis olan yakalama amacıyla eve/işyerine girilmesi değil meşru müdafaa sebebiyle eve/iş yerine girilmesidir.

Ancak ifade edilmelidir ki Yönetmelik mad. 8-f'nin son kısmında yer alan bu düzenleme, aslında aynı bendin baş kısmında yer alan düzenlemenin zaten içinde yer almaktadır ve kanımızca Yönetmelik mad. 8'in son kısmında tekrar ifade edilmesi gereksiz olmuştur. Daha net ifade etmek gerekirse Yönetmelik mad. 8-f'nin baş kısmında yer alan "hukuka uygunluk sebebi bulunması hâlinde konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı" düzenlemesi, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konuta/işyerine girilmesi için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmamasını da zaten sağlamaktadır, nitekim toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konuta iş yerine girilmesi hâli "3. kişi lehine meşru müdafaa hükümleri" çerçevesinde ele alınacağından⁶⁰ zaten bendin baş

59 31. dipnota bakınız.

60 31. dipnota bakınız.

kısımında öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinden birini teşkil etmekte ve “konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı hâli” oluşturmaktadır. Dolayısıyla kanımızca Yönetmelik mad. 8’in son kısmında bu hususlara yer verilmesi gereksiz olmuştur.

II. HÂKİM/SAVCI KARARI/EMRİ OLMAKSIZIN ARAMA YAPILMASININ ANAYASA MAD. 20 VE 21’E UYGUNLUĞU SORUNU

Anayasa mad. 20 “... usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ...” hükmünü haizdir.

Anayasa mad. 13 ise “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” hükmünü haizdir. Bu iki madde arama tedbirinin sınırlarının çizilmesinde çok önemli rol oynar. Nitekim arama tedbiriyle kişinin temel hakkı sınırlandırıldığı için bu tedbirin uygulanmasında bir yandan Anayasa mad. 13’ün diğer yandan Anayasa mad. 20’nin koşulları sağlanmak zorundadır.

Anayasa mad. 21 ise armanın konutta yapılması gerektiğinde uygulama bulabilecek bir maddedir. Nitekim Anayasa mad. 21’e göre “... 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 ...”

Yönetmelik’te düzenli hükümler çerçevesinde emir/karar alınmaksızın arama yapılmasının Anayasa mad. 13’e olan uygunluğu, yukarıda bu Yönetmelik hükümlerinin dayanağı olan yasal temeller gösterilerek ortaya koyulmuştur. Bu noktada ilgili Yönetmelik hükümlerinin bu yasal temellere yani

kanuna aykırı olarak çıkarıldığı da iddia edilemez. Nitekim Anayasa mad. 124 yönetmeliklerin kanunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabileceklerini hüküm altına almaktaysa da bu hüküm, “yönetmeliklerin kanunlarla uyumlu olması (uyumsuz olmaması) gerektiği” şeklinde yorumlanmakta⁶¹, “kanunda yer alan düzenlemeyle ancak birebir aynı içerikteki bir düzenlemenin yönetmelikle öngörülebileceği” anlamını taşımamaktadır. İlgili Yönetmelik hükümleri de kendilerine yasal temel teşkil eden -yukarıda tespit ettiğimiz meşru müdafaa hükümleri (TCK mad. 25) ya da CMK mad. 90 gibi- kanun maddeleri ile uyumlu olduklarından, yani onlara aykırı olmadıklarından bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde emir/karar olmaksızın arama yapılmasının Anayasa mad. 124’e aykırılık teşkil edeceği iddiasında da bulunulamayacaktır.

Ancak Anayasa mad. 20’nin “arama tedbirinin hâkim kararı olmadan uygulanmasını açıkça yasaklaması” ilgili uygulamanın -kanuna dayansa bile- anayasaya uygunluğunu tereddütlü duruma düşürmüştür. Çünkü Yönetmelik gereği yapılan ve yasal temeli de olan bu aramalar hâkim/merci kararı/emri olmadan uygulanacaktır. Aynı durum arama konutunda yapılacağı zaman AY mad. 21 için de geçerlidir yani Anayasa mad. 21’in hâkim/merci kararı/emri olmadıkça konuta girilmesini ve orada arama yapılmasını açıkça yasaklaması ilgili Yönetmelik çerçevesinde icra edilen aramaların -kanuna dayansa bile- anayasaya uygunluğunu tereddütlü duruma düşürmüştür.

Aramaya ilişkin hükümlerin Anayasa’ya uygunluğu meselesinde doktrindeki görüşler üçe ayrılabilir. Birinci görüşe göre Anayasa mad. 20/2 hükmü, karar olmaksızın soyut tehlikeye dayalı sürekli aramalara imkân tanımaz. Dolayısıyla ka-

61 Bu yönde bkz. Şirin, T. “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı”: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, s. 298, <https://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/04/%C5%9Eirin-AYHD-14.pdf> (Erişim Tarihi: 26/4/24).

rar şartını kaldıran düzenlemeler Anayasa'ya aykırıdır⁶².

İkinci görüşe göre bu husustaki sorun, karara gerek olmayan hâllerin kanunla değil, yönetmelikle düzenlenmesidir⁶³. Bu görüş, Anayasa'daki karar şartının kaldırılmasının ancak kanunla düzenlenebileceğini savunmaktadır. Üçüncü görüş ise mevcut düzenlemelerin yerinde olduğunu ifade etmekte, Anayasa mad. 20'nin karar olmaksızın arama yapma yetkisini tamamen ortadan kaldırmadığını savunmaktadır⁶⁴.

Bizim bu konudaki genel görüşümüz ise şu şekildedir: Görüldüğü üzere Anayasa'nın 20. ve 21. maddesi incelendiğinde kolluğun meşru müdafaa hâlinde dahi konuta girmesi

62 Bkz. Kılıç, A. (2023). s. 411. Kılıç, bu konuda "yazılı arama emri olmaksızın üst veya eşya aramasına imkân tanıyan kanun ve yönetmelik hükümlerinin Anayasa mad. 20/2'ye aykırı olduğu, bu hususta kabul edilebilecek tek istisnanın, tutuklama gibi temel hak ve özgürlüklere daha ağır müdahalede bulunan bir koruma tedbirine ilişkin kararın zımnen arama kararını da içerdiği kabulü olduğu, bu istisnanın da kararın gerekli olmadığı hâlleri değil, kararın zımnen var olduğu hâlleri ifade ettiği" görüşündedir, bkz. Kılıç, A. (2023). s. 414.

63 bkz. Aksoy, Ş. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 79; Gülşen, R. (2010). "Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksizden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller", *Fasikül Hukuk Dergisi*, S. 9., s. 16 vd.; Yılmaz, Y. (2016). "Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124., s. 269; Gökçen, A., Balcı, M., Alşahin M. E. ve Çakır, K. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 434; Çöpoğlu, H. S. (2019). s. 199; Şahin, C. (2018). s. 441 vd.

64 Bkz. Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2010). ss. 1034-1068 vd. Karar olmaksızın aramaya imkân tanıyan Yönetmelik'in kanuna aykırı olmadığı yönündeki görüş için bkz. Yaşar, O. ve Otacı, C. (2022). s. 861. Yargıtay da kolluğun; olayın özelliğinden, kanun hükmünün verdiği arama yetkisinin veya arama emri almaya imkân bulunmaması nedenlerinden birine dayanarak arama yapabileceği görüşündedir, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18/10/2016 tarihli, E.2016/57, K.2016/374 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24/1/2019 tarihli, E.2016/236, K.2019/55 sayılı kararı. Mahkemelerin, Anayasa mad. 20/2'ye göre bazı hâllerde karar olmaksızın arama yapılabilceğini kabul ettiği ancak bu kategoriyi gereğinden fazla genişleten hükümlerin iptaline karar vererek orantılılık ilkesine uygun sınırlar belirlemeye çalıştığı yönündeki tespit için bkz., Kılıç, A. (2023). s. 417. Bu konuda ayrıca bkz. Gözler, K. (2002). "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 18., S.1., s. 18.

ve burada arama yapabilmesi için hâkim/savcı kararı alması gerekeceği sonucuna varılır. Bu kapsamda, örneğin içeride bir babanın oğlunu falakaya yatırıp ölesiye dövdüğünü pencereden gören kolluğun gerek faili yakalaması gerek mağdurun yardım çılgınlıklarına rağmen onu kurtarması gecikmede sakınca bulunan hâl kapsamında savcı emrine bağlı olacaktır. Aynı durum mağduru evde kilitlediğini ve onu öldürmek üzere evin bir yerine bomba sakladığını söyleyen fail için de geçerlidir. Nitekim bu durumda da Anayasa mad. 21'e göre gecikmede sakınca bulunan hâl kapsamında savcı emri gerekecektir. Bu ise durumu içinden çıkılmaz bir hâle sokar. Nitekim varılan bu sonuç hukuk devleti ilkesiyle bağdaşan bir sonuç değildir. Çünkü bu sonuç mağduru kurtarmak için emir beklemek, emir gelmedikçe onu kurtarmamak anlamına gelir. Oysa bir hukuk devletinde vatandaşların güvenliği asıldır⁶⁵. Öyleyse doğru neticeye varmak için Anayasa mad. 20 ve 21, hukuk devleti ilkesi ile birlikte yorumlanmalı ve oradan hareketle bizce şu sonuca varılmalıdır: Anayasa mad. 20'de ve 21'de öngörülen arama tedbirinin uygulanabilmesi için veya konuta girilebilmesi için hâkim/merci kararının/emrinin bulunması gerektiği şartı, ancak olayda hukuka uygunluk sebebi olma-

65 Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenmiş temel bir haktır. Hukuk devleti çok şekilde tanımlanmakla birlikte, en temel olarak "insan haklarına saygı gösteren devlet" olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bir hukuk devletinde vatandaşların güvenliğinin asıl olduğunu pek tabii kabul etmek gerekir. Hukuk devleti ilkesiyle ilişkili olarak bkz. Çağlayan, R. (1999). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., ss. 41-54. Güneş, A. M. (2015). "Hukuk Devleti Üzerine", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20., S. 33., s. 1 vd.; Karaca, S. O. (2021), "Hukuk Devleti İlkesi ve Türkiye'de Hukuk Devleti İlkesinin Gelişim Süreci", *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, C. 8., S. 73., <https://jshsr.org/index.php/pub/article/view/386/374> (Erişim tarihi 13/5/2024).

ması halinde uygulama alanı bulacaktır⁶⁶. Literatürde⁶⁷ hukuka uygunluk sebeplerinin görevin ifası, meşru müdafaa hali, hakkın icrası, ilgilinin rızası şeklinde sayıldığı, bazı yazarlarca⁶⁸ buna zorunluluk hâlinin de eklendiği dikkate alındığında prensip itibarıyla bu hâllerin varlığı durumunda ise kanımızca hâkim/merci kararının/emrinin bulunması gerekmeksizin arama tedbiri uygulanabilecek veya konuta girilebilecektir. Nitekim bir hukuka uygunluk sebebinin olduğu yerde arama emri ya da kararı olmaksızın konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girilmesi ve burada arama yapılması zaten hukuka aykırı olmayacaktır. Dolayısıyla hukuka aykırı olmayan bu davranışta bulunabilmek için herhangi bir karar/emir alınması da gerekmemelidir. Aksi bir düşünce, az önce evine habersizce bir fail giren ev sahibinin rızasına rağmen kolluğun onu yakalamak için bu eve girememesi, korku içindeki ev sahibinin evini failden arındırmak için yani kollukça eve girilip failin aranması için hâkim/merci kararının beklenmesini gerektirir ki bu, bir hukuk devletinde kabul edilemez⁶⁹. Nitekim

66 Hukuka uygunluk sebebi olmayan durumda ise pek tabii Anayasa mad. 20 şartları aranır. Bu kapsamda örn. hâkim/savcı kararı olmaksızın delil araması yapmak için ortada bir hukuka uygunluk sebebi yoktur. Dolayısıyla kolluk delil araması yapıyorum diyerek hiçbir karar emir olmadan kendi inisiyatifıyla eve girip arama yapamaz. Eğer yaparsa hem CMK mad. 119'a hem de Anayasa mad. 21'e aykırılık oluşur. Burada arama yapmak için hem CMK mad. 119'a hem de Anayasa mad. 21'e göre hâkim/merci kararı/emri gerekir.

67 Bkz. Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2021). s. 274 vd.

68 İçel, K. ve Evik, A. H. (2007). *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 132; Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2006). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 318; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2008) *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 148; Donay, S. (2005). *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 283. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Özbek, V. Ö. ve Doğan, K. (2007). "Zorunluluk Halinin (TCK mad.25/2) Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 2., s. 195 vd.

69 Burada yaptığımız tespitin Danıştayın Yönetmelik'in 8-f bendinde daha öncesinde var olan "rıza hâlinde yapılan aramalarda konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için emir/karar gerekmediğine" ilişkin hükmünü iptal etmesi haliyle çelişip çelişmediği hususu aşağıda ele alınmaktadır.

hukuk devletinde devlet, vatandaşın güvenliğini sağlamakla yükümlüdür; vatandaşın güvenliğini sağlamak için hâkimden/merciden karar/emir alınmasının şart koşulması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacak bir durumdur⁷⁰. Öyleyse az önce ifade edildiği üzere şu tespiti yapmak gerekir: Hukuka uygunluk sebebi olan durumda arama yapmak ya da konuta girmek için Anayasa mad. 20 ve 21’de öngörülmüş olan şartlara ihtiyaç yoktur. Ancak bunun için pek tabii yasal yetki temeline ihtiyaç olacaktır. Nitekim bir hukuk devletinde temel haklar ancak kanunla sınırlanır.

Yaptığımız bu tespiti Yönetmelik’in ilgili maddeleri üzerinde uyguladığımızda ortaya şu durum çıkar:

Yönetmelik’in 8-d maddesi ile ilgili olarak; fail CMK mad. 90 kapsamında suçüstü yakalaması ile hukuka uygun şekilde yakalanmış fakat sonrasında kolluğun elinden kaçmışsa, bu maddeye göre burada yapılan kesintisiz takip gereği kolluk faili yakalamak için konuta/eklentiye girip onu eliyle koymuş gibi alıp çıkabilecektir. Yönetmelik mad. 8-d kapsamında kalan bir olayda gerçek bir arama tedbiri ise uygulanamayacaktır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere Yönetmelik mad. 8-d kapsamında gerçek bir arama yapılmasının kanuni dayanağı yoktur, nitekim Yönetmelik mad. 8-d’nin yasal dayanağı CMK mad. 90/1-2’dir ve CMK mad. 116 vd. hükmü sebebiyle CMK mad. 90/1-2, konutta gerçek bir arama yapmaya izin verir şekilde yorumlanamaz. Yönetmelik mad. 8-d’ye ve ona yasal dayanak teşkil eden CMK mad. 90/1-2’ye göre kolluk ancak yerini noktasal olarak bildiği ve bu kapsamda teknik ola-

70 Aynı yönde bkz. Kılıç, A. (2023). s. 416. Nitekim yazara göre de “Arama işlemine başvurulacak tüm hâller için en azından yazılı emir şartı aranması ölçülü bir sınırlama değildir. Her durumda en azından yazılı arama emri aranması ya durumun olağanlığı nedeniyle anlamsızdır ya da ani gelişen durumlara cevap veremez niteliktedir. ... Devriye görevi icra eden kolluğun bir suçla karşılaşması hâlinde suça karıştığını düşündüğü kişilerin üstünü veya eşyasını derhâl araması icap edebilir. Aksi hâlde delillerin kaybolma riski gündeme gelebilir. Demokratik bir toplumda, bu riski bertaraf etmeye imkân tanıyan orantılı hükümlere ihtiyaç duyulur.”

rak gerçek bir arama tedbiri uygulamaksızın elle koymuş gibi bulacağı faili emir/karar olmaksızın konuttan alıp çıkarabilecektir. Öbür taraftan vurgulanmalıdır ki kolluğun Yönetmelik mad. 8-d ve CMK mad. 90/1-2 hükmüne dayanarak “elle koymuş gibi bulacağı” faili emir/karar olmaksızın konuttan alıp çıkarması Anayasa mad. 21’e aykırı olmayacaktır. Çünkü olayda hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi vardır, nitekim burada konuta girme CMK mad. 90’da öngörülen yakalama yetkisi kapsamında hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde hukuka uygun bir yakalamanın yapılabilmesini mümkün kılmak için icra edilmektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi olan bu durumda konuta girmek için Anayasa mad. 21’de öngörülmüş olan şartlara, bu kapsamda hâkim/merci kararına/emrine ihtiyaç yoktur.

Aynı husus Yönetmelik’in 8-f maddesi itibarıyla da geçerlidir. Nitekim ilk kısmında “Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması⁷¹ ve diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri üzerine ..., konut, işyeri

71 Hukuken tanınmış ve korunmuş bir hakkın kullanılması hâlinde hakkın icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğu yönünde bkz. Yıldız, H. S. (2010). s. 63. Bu konuda yazar, bir kişinin kendine ait bir taşınır eşyayı çalan hırsız, kesintisiz olarak takip edip yakaladıktan sonra hırsızın elinden eşyasını geri almasını, hatta bu sırada eşyasını bulabilmesi için hırsızın üstünü aramasını hakkın kullanılması kapsamında değerlendirmiştir. Dolayısıyla yazara göre bunun için karar veya emir gerekmeyecektir. (Benzer ifade için bkz. Bilen, M. (2006). s. 61 vd.). Ancak yazar çalışmasında hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin hangi kanun maddesine dayalı olarak oraya çıktığını göstermemiştir. Kanımızca burada hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin dayanağını “zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir.” hükmünü haiz olan TMK mad. 981 oluşturmaktadır. Ancak görüldüğü üzere ilgili kanun maddesinde yalnızca “faili yakalama ve malı elinden alma” ifadelerine yer verilmiştir. Failin aranmasının ise bu kapsamda hakkın icrası dâhilinde kalıp kalmayacağının ayrıca incelenmesi gerekir. Kanımızca malın alınması ancak failin aranması suretiyle icra edilebileceğinden, hırsızın üstünün aranması bizce de hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı", ikinci kısmında ise "suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı" düzenlendiği Yönetmelik mad. 8-f hükmünün ilk kısmında doğrudan hukuka uygunluk sebeplerinin varlığına atıf yapılmış, ikinci kısmında ise madde metninde "hayati tehlike ve yardım çağrısından" bahsedilmek suretiyle meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebinin olayda varlığı şart koşulmuştur. Yani hükmün gerek ilk kısmı gerekse ikinci kısmı hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması hâlinde konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağını hüküm altına almıştır. Dolayısıyla yukarıda ortaya koyduğumuz genel esasa göre burada da Anayasa mad. 20 ve 21'in şartlarının varlığını aramaya gerek olmayacaktır. Nitekim Anayasa mad. 20 ve 21'deki hâkim/merci kararı/emri şartı kanımızca ancak olayda bir hukuka uygunluk sebebi olmadığında uygulama alanı bulmalıdır. Öyleyse hâkim/savcı kararı/emri olmadan konuta girmeye izin veren bu uygulamanın da Anayasaya aykırı olmadığını tespit etmek gerekir.

Ancak kanımızca burada vurgulanması gereken bir durum vardır: Görüldüğü üzere madde sadece içeri girmeye izin vermektedir. Burada arama yapılması ile ilgili olarak ise madde herhangi bir hüküm getirmez. Yönetmelik'in diğer maddelerinde de bu hallerde emir/karar olmaksızın arama yapılıp yapılamayacağına ilişkin bir husus yoktur. Ancak bu, örneğin 3. kişi lehine meşru müdafaa hali teşkil eden bir durum çerçevesinde Yönetmelik mad. 8-f hükmü ile içeri giren kolluğun orada emir/karar olmaksızın arama yapamayacağı, böylesi bir durumda emir/karar beklemesi gerektiği anlamına pek tabii gelmez. Nitekim her ne kadar bu duruma ilişkin bir yetkilendirme yönetmelik hükmünde yoksa da meşru müda-

faa hükümlerinin kendisi zaten kolluğa böylesi bir durumda emir/karar olmaksızın konutta/eklentide arama yapma yetkisi vermektedir. Bu kapsamda örneğin mağduru evdeki kalorifer peteğine zincirlemiş ve içeriye de bir bomba gizlemiş failin evine girip bombayı aramak için kolluğun emir/karar alması gerekmecektir. Nitekim böylesi bir durumda kolluğun 3. kişi lehine meşru müdafaa yapmak için eve *girmesi* Yönetmelik mad. 8-f ve ona yasal dayanak teşkil eden meşru müdafaa hükümleri ile 2559 sayılı Kanun mad. 20 hükmü⁷² çerçevesinde gerçekleşir. Aynı zamanda bu giriş, ortada bir hukuka uygunluk sebebi olduğu için kanımızca Anayasa mad. 21'e de aykırı olmayacaktır. Kolluğun evde *arama yapması* ise her ne kadar Yönetmelik'te düzenli değilse de (Çünkü Yönetmelik mad. 8-f sadece çeşitli sebeplerle konuta/iş yerine *girmeye* ilgili karar/emir gerekmeceğine ilişkin hüküm içerir.), TCK mad. 25'te düzenli olan genel meşru müdafaa hükümleri çerçevesinde zaten mümkündür. Nitekim TCK mad. 25'te düzenli olan meşru müdafaa hükümleri çerçevesinde herkes “gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile gerçekleştirilecek fiilleri işlemeye yetkili kılınmıştır. Bu ise kolluğun meşru müdafaa koşulları oluştuğunda pek tabii failin evinde arama da yapabi-

72 Yargıtay, “2559 sayılı Kanun’un 20. maddesi gereğince bir hukuka uygunluk nedenine bağlı olarak yapılan aramalarda arama emir veya kararına gerek olmayacağı” fikrindedir. bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 18/6/2019 tarihli, E.2016/805, K.2019/480 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/988, K.2017/55 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 7/2/2017 tarihli, E.2016/1106, K.2017/54 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11/11/2021 tarihli, E.2019/526, K.2021/556 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 16/5/2019 tarihli, E.2016/431, K.2019/436 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 24/1/2019 tarihli, E.2016/380, K.2019/52 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 25/12/2018 tarihli, E.2016/362, K.2018/681 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 21/2/2019 tarihli, E.2016/167, K.2019/120 sayılı kararı. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim PVSK mad. 20 hükmü yalnızca konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine “girmeye” izin vermektedir, arama ile ilgili hüküm getirmez.

leceği anlamına gelir. Burada “CMK mad. 116 vd. hükümleri sebebiyle meşru müdafaa hükümlerinin evde arama yapmaya izin verir şekilde yorumlanmasının mümkün olmayacağı” ise pek tabii iddia edilemeyecektir. Nitekim meşru müdafaa hükümleri gerekli koşullar oluştuğunda saldırganı öldürmeye dahi izin vermektedir⁷³. Ancak burada arama pek tabii ancak meşru müdafaa koşulları varlığını sürdürdüğü sürece devam edebilecektir. Çünkü arama yetkisi veren durum, meşru müdafaa halinin varlığıdır. Dolayısıyla böylesi bir durumda yapılan arama neticesinde bombaya ulaşıldıktan ve bomba etkisiz hale getirildikten sonra, yani mağdura ilişkin saldırı sona erdikten sonra, aramaya devam edilemeyecektir. Bu ise bombayı etkisiz hâle getirmek için başlanan aramaya, bomba etkisiz hale getirildikten sonra örneğin failin kimliğine ilişkin delil elde etmek için devam edilemeyeceği, bu noktadan sonra gerçekleştirilecek aramalar için CMK mad. 119 hükümlerine göre karar alınması gerektiği anlamına gelmektedir.

Son olarak ise ifade edilmelidir ki failin konutunda meşru müdafaa hükümleri çerçevesinde karar/emir olmaksızın yapılan bu arama, ortada bir hukuka uygunluk sebebi olduğu için (3. kişi lehine meşru müdafaa) kanımızca Anayasa mad. 21’e de aykırı olmayacaktır.

Bu noktada Yönetmelik’in “rıza üzerine konuta girmeye izin veren” hükmünün Danıştayın kararıyla⁷⁴ iptal edilmesine ise ayrıca değinmek gerekir: Yönetmelik’in mad. 8-f bendinde daha öncesinde var olan “rıza hâlinde yapılan aramalarda, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için emir/

73 Oysa Yön. mad. 8-d’de yasal dayanak CMK mad. 90/1-2 idi ve CMK mad. 116 vd. hükmü sebebiyle CMK mad. 90/1-2, konutta gerçek bir arama yapmaya izin verir şekilde yorumlanamamıştı. Bu sebeple de CMK mad. 90/1-2’ye dayalı olan Yönetmelik mad. 8d bendi kapsamında kolluk ancak eliyle koymuş gibi bulacağı faili almak için konuta girebilmiş fakat orada teknik anlamda gerçekten bir arama yapamamıştı. Fakat görüldüğü üzere burada öyle bir durum yoktur.

74 Danıştay 10. Dairesi’nin 13/3/2007 tarihli ve E.2005/6392, K.2007/948 sayılı kararı.

karar gerekmediğine” ilişkin hüküm Danıştay kararıyla iptal edilmiştir. Danıştay ilgili kararında özel hayatın gizliliği hakkının ve konut dokunulmazlığı hakkının dokunulamaz, devredilemez vazgeçilemez haklardan olduğuna dikkat çekerek, bu hakların kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği subjektif haklardan olmadığına vurgu yapmıştır. Ayrıca Danıştay bireyin arama yapılması konusunda kolluğa gösterdiği rızanın geçerli bir rıza olamayacağını, bireyle kolluk arasındaki güç dengesizliği nedeniyle rızanın mutlaka sakatlanmış sayılacağını karine olarak kabul etmiş ve ilgili hükmü bu gerekçelerle iptal etmiştir. Kanımızca da Danıştay bu endişesinde haklıdır. Ancak Danıştayın burada yaptığı tespitler “kişinin korumasız kalmasına hizmet eder nitelikte” anlaşılmamalıdır. Çünkü aksi durum hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Öyleyse Danıştayın bu tespitine rağmen eğer olayda rızanın yanı sıra başka bir hukuka uygunluk sebebi daha varsa kolluk pek tabii bu ikinci hukuka uygunluk sebebine dayanarak kişinin konutuna girip arama yapabilmelidir.

Daha somut anlatmak gerekirse, örneğin kovalanan failin polisleri atlatmak için 3. kişinin evine pencereden gizlice girdiği durumda fail, mukimin konut dokunulmazlığı hakkına saldırıda bulunmaktadır. Böylesi bir olayda faili bu evden çıkarmak için mukimin rızasıyla konutuna girdiğinde kolluk, sadece rızadan değil, aynı zamanda 3. kişi lehine meşru müdafaa hükümlerinden de faydalanır. Bu koşullar altında emir/karar olmaksızın bu evde detaylı arama yapan kolluğun bu davranışı pek tabii hukuka uygun olacaktır çünkü olayda rızanın yanında meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebi de vardır ve rızanın geçersiz olması artık hukuka uygunluğun sağlanması açısından etkisizdir. Aksi bir düşünce ise yani konut dokunulmazlığı hakkını tekrar temin etmek üzere evin failden arındırılması için kollukça konuta girilmesinde emir/karar bulunmasını şart koşturmak, vatandaşın güvenliğini sağlamak açısından risk yaratacağından hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır. Ancak bunun dışındaki bir durumda yani başka

bir hukuka uygunluk sebebi yokken kolluğun sırf rıza üzerine konuta girdiği durumda, buradaki güç dengesizliği sebebiyle verilen rızanın geçersiz olacağı fikrine biz de katılmaktayız⁷⁵.

Ancak bu noktada şu farka da tekrar vurgu yapmak gerekir: Kovalanan failin polisleri atlatmak için 3. kişinin evine gizlice pencereden girdiği durumda ev sahibi, içeri girip arama yapması konusunda kolluğa rıza göstermemiş de olabilir. Böyle bir durumda artık meşru müdafaa hükümlerinin uygulanmasından bahsedilemeyecektir. Nitekim her ne kadar meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebi kapsamında müdahalede bulunmak için kural olarak mağdurun rızası gerekmiyorsa da söz konusu olayda meşru müdafaanın şartlarından olan saldırı unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini yani olayda meşru müdafaa halinin teknik olarak var olup olmadığını tespit etmek için failin eve girişinin mukim açısından saldırı teşkil edip etmediği sorgulanmalıdır. İlgili olayda ev sahibi, fail tarafından konut dokunulmazlığı hakkına yapılan müdahaleye rıza göstermiş, dolayısıyla bu müdahale saldırı niteliği kazanamamıştır. Saldırı olmayan yerde ise meşru müdafaa söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda artık iki ihtimal vardır: 1. ihtimalde yetkili merciden karar/emir almak suretiyle evde detaylı arama yapılarak fail yakalanır. Nitekim kovalanan failin polisleri atlatmak için 3. kişinin evine pencereden gizlice girdiği durumda failin aranması CMK mad. 119 gereğince hâkim savcı kararı/emrinin varlığına bağlıdır. Bu noktada her ne kadar CMK mad. 117’de failin izlendiği sırada girdiği yerler hakkında özel bir düzenleme getirilmişse de bu düzenleme failin izlendiği sırada girdiği yerlerde arama yapılmasında karar/emir alınmasının gerekmemesini sonuçlar nitelikte değildir. İkinci ihtimalde ise kolluk -failin bulunduğu yeri noktasal olarak bilmek yani faili teknik olarak gerçek bir arama tedbiri uygulamaksızın eliyle koymuş gibi bulabi-

75 Bu konuda Özbek de, ilgilinin rızası halinde bir hakim kararı olmaksızın da arama yapılabilmesinin -yasal koşulların dolanılması sonucuna yol açacağından- mümkün olmadığı fikrindedir, bkz. Özbek, V. Ö. (2019). ss. 314, 335.

lecek durumda olmak ve CMK mad. 90'ın koşulları oluşmak şartıyla- CMK mad. 90 hükmüne dayanarak içeri girer, teknik olarak gerçek bir arama yapmaksızın faili yakalar ve çıkar. Bu ikinci durumda yukarıda defaatle ifade edildiği üzere CMK mad. 90'dan kaynaklanan hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi söz konusu olmaktadır. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, olayda ne yetkili merciden bir emrin/kararın ne de ilgilinin rızasının olmadığı durumda kolluğun yine de CMK mad. 90 hükmüne dayanarak hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde konuta girip yerini noktasal olarak bildiği faili “teknik olarak gerçek bir arama tedbiri uygulamaksızın elle koymuş gibi” yakalayabilmesidir. Yani mukimin kolluğun içeri giren faili yakalamak üzere evine girmesine rızası yoksa da kolluk, CMK mad. 90 hükmüne dayanarak hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde o konuta girip faili yakalayıp çıkabilir. Bu noktada pek tabii “kolluğun failin yerini noktasal olarak bildiğini sandığı ancak failin orada olmadığı hâle” de değinmek gerekir. Bu durumda kolluk, failin yerini noktasal olarak bildiğini sanar, faili bulmak ümidiyle ilgili yere bakar, ancak fail kolluğun kendisini bulmayı ümit ettiği yerde değildir. İfade edilmelidir ki, bu durumda kolluk artık teknik anlamda gerçek bir arama tedbirini kendi inisiyatifıyla uygulayamaz, arama yapabilmek için hâkim/savcı kararının/emrinin gelmesini beklemek zorundadır. Çünkü aramanın düzenlendiği CMK mad. 116 vd. hükümleri, sıcak takip sonrası yapılacak yakalamalarda CMK mad. 90'ın teknik anlamda gerçek bir aramaya izin verir şekilde yorumlanmasına izin vermez.

Ayrıca ifade edilmelidir ki kolluğun failin bulunduğu yeri noktasal olarak bildiği, bu kapsamda teknik olarak gerçek bir arama tedbiri uygulamaksızın onu elle koymuş gibi bulacağı ve CMK mad. 90'ın koşullarının oluştuğu durumda içeri girmesi kanımızca Anayasa mad. 21 açısından bir ihlal de yaratmaz. Nitekim hep vurguladığımız üzere kanımızca Anayasa mad. 20 ve 21'in şartlarının varlığı yani merci kararı/emri

olayda bir hukuka uygunluk sebebi olan durumda aranmaz. Burada da hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi vardır. Aksi bir yaklaşım yani hukuka uygunluk sebebi olan durumda dahi Anayasa mad. 21 şartlarının sağlanması gerektiğini kabul etmek, komşunun komşuyu eve davet etmesi halinde eve girmek için ya da meşru müdafaa yapmak üzere eve girmek için dahi emir/karar alınması gerektiği sonucunu doğuracak ve hukuk devleti ilkesinin gereklerine aykırı olacaktır.

Bu noktada vurgulanmalıdır ki mukimin evin failden arındırılması konusunda kolluğa evde arama yapması için rıza vermesi hâlinde durum pek tabii farklı olacaktır. Nitekim bu durumda her ne kadar rıza geçersiz ise de bu rıza, failce konut dokunulmazlığına yönelik yapılan müdahalenin saldırı teşkil ettiğini gösterecek; dolayısıyla da kollukça bu saldırının varlığına dayanılarak 3. kişi lehine meşru müdafaa yapılması imkânı doğacak, bu vesileyle kolluk konutta meşru müdafaa hükümlerine dayanarak detaylı arama yapabilecektir. Bu noktada olayda meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebi olduğundan bahisle Anayasa mad. 20 ve 21'in şartlarının varlığı ise yine aranmayacak, dolayısıyla da bu şekilde karar/emir olmadan konuta girip detaylı arama yapan kolluğun hukuka uygun davrandığını söylemek mümkün olacaktır. Nitekim yukarıda da vurguladığımız üzere kanımızca Anayasa mad. 20 ve 21'in şartlarının varlığı yani merci kararı/emri- olayda bir hukuka uygunluk sebebi olan durumda aranmaz. Bunun dışında meşru müdafaa hükümlerinin arama yapılmasında yasal temel teşkil edebileceği hususuna da yine yukarıda defaatle işaret edilmiştir. Nitekim gerekirse kişinin öldürülmesine dahi izin veren meşru müdafaa hükümlerinin, emir/karar olmadan arama yapılmasına izin vermeyeceğini söylemek ızanla bağdaşmazdı. Dolayısıyla meşru müdafaa şartları altında emir/karar alınmadan konutta arama yapılması -somut örnek itibarıyla evin failden arındırılması konusunda mukimin rızası üzerine meşru müdafaa şartları altında evin aranması ve failin yakalanması- ne Anayasa mad. 21'e ne de CMK

mad. 116 vd. hükümlerine aykırılık teşkil edecek bir durum olmayacaktır.

Yönetmelik'in mad. 8-a, b ve c bentlerinde ise kolluğun ancak "yoklama araması" yapabileceği, klasik arama tedbiri yapamayacağı neticesine varıldığından Anayasa mad. 20 ve 21 açısından değerlendirme yapmayı gerektirecek bir durum söz konusu olmayacaktır. Çünkü Anayasa mad. 20 ve 21 klasik arama tedbirinin uygulanmasıyla ilgili olarak hüküm getirmektedir⁷⁶.

Yönetmelik'in 8-e bendiyle ilgili olarak ise yukarıda vardığımız netice itibarıyla Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9/2 ve 3 kapsamında yapılacak tüm aramalarda -Yönetmelik'te düzenlenenin aksine- CMK mad. 119 gereği hâkim veya gecikmesinde sakınca olan hâlde savcı emrini aramak bir zorunluluk olmaktadır ve bu uygulama Anayasa mad. 20'nin şartlarını da zaten sağlayacaktır⁷⁷. Ancak burada da pek tabii suçüstü durumunun oluşabileceğini gözden kaçırmamak gerekir⁷⁸. Böyle bir durumda CMK mad. 119 ve CMK mad. 90/4

76 Arama olarak değerlendirilemeyecek işlemler için aramaya ilişkin Anayasa hükmünün uygulanmayacağı konusunda, bkz. Kılıç, A. (2023). s. 411; Şahin, C. (2018). s. 442. Ayrıca Anayasa Mahkemesi de yüzeysel işlemlerin (klasik) arama olarak nitelendirilemeyeceğini, bunların "alt düzeyde sınırlı bir kolluk tedbiri" olduğunu ve dolayısıyla bu işlemlerin Anayasa mad. 20/2'nin kapsamında olmadığını kabul etmektedir, AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/6/2022. Mahkemenin yüzeysel işlemler ile arama niteliğindeki işlemlerin hangi kriterlere dayalı olarak birbirinden ayrılacağı hususunda herhangi bir tespit yapmadığına ilişkin olarak bkz. Kılıç, A. (2023). s. 415.

77 Burada Anayasa mad. 21'i ilgilendiren bir durum söz konusu olamaz, nitekim AY. 21 konutta arama ile ilgili hüküm içermekte, Yönetmelik mad. 8-e ise gümrük bölgesinde ve gümrük salonları ile gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkuilanılan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının aranması ile ilgili hüküm getirmektedir.

78 Suçüstü hâlindeki aramanın sınırı, ne zaman var olabileceğinin tespiti önemlidir. Suçüstü hâli araması, ancak arama kararı alınması gereken hâl var olmadığında mümkün olabilir. Arama kararı alınması gereken durumda suçüstü hâli üzerinden işlem yapılması ise hukuka aykırı olur. Olayda ham istihbari bilgi varsa arama kararı alınması gereken hâl var olmadığı kabul edilmelidir. Araç plakasının ya da failin kim olduğuna ilişkin bilginin varlığı, olayda ham istihbari bilginin varlığına engel değildir. Yani araç plakasının ve failin kimliğinin bilindiği durumda da

“ham istihbari bilgi var” denilerek arama kararı alınmaksızın suçüstü hali ile kaba arama yapılabilir. Burada önemli olan gelinen aşama itibarıyla CMK mad. 116 vd. hükümlerine göre arama kararı alınabilecek bir durumda olunup olunmadığıdır. Örneğin istihbarat çalışmalarında, ... plaka sayılı, ... marka aracı kiralayan sanık ... ve beraberindeki şahısların yüklü miktardaki uyuşturucu madde ile 1/4/2014 tarihinde Alanya’ya dönecekleri bilgisinin elde edildiği, söz konusu aracın ... Mahallesi yönüne doğru gittiğinin saptanmasıyla takibe başlandığı ve durmaları sonucu müdahalede bulunulduğu, kimlik kontrollerinin ardından sanık ...’un oturduğu kolluğun önündeki paspasın üzerinde ve ağız açık durumda bulunan poşetten gelen yoğun esrar kokusu üzerine yapılan kontrolde esrarın ele geçirildiği olayda YCGK; 2559 sayılı Kanun’un 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında, kaçmalarını, kendilerine veya başkalarına zarar vermelerini önlemek ve silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyadan arındırmak amacıyla sanıkların üzerlerinde yoklama biçiminde kontrol yapıldığında herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı, ardından görevlilerce araç kontrol edildiğinde, aracın dışarıdan bakıldığında görülen yerlerinden olan sağ ön kolluğun önündeki paspas üzerinde açıkta ve görünür şekilde bulunan poşette suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği, görevlilerce uyuşturucu maddelere bu şekilde el konulmasının “gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma” anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, işlendiği iddia edilen suçta ilişkin yeterli bilgiye sahip olmayan kolluk tarafından yapılan çalışmaların geldiği aşama dikkate alındığında soyut nitelikte olan ve başkaca herhangi bir somut emare ile desteklenmeyen istihbarat bilgisinin adli arama kararı almayı gerektirecek boyuta ulaşmadığı, dolayısıyla CMK’nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasını gerektiren bir durumun söz konusu olmadığı; sadece araç plakası ve markasına ilişkin istihbarat bilgisi hakkında araştırma yapan kolluk görevlilerinin, dışarıdan bakıldığında aracın içinde görünür şekilde duran ve koku ile algılanabilen suç konusu uyuşturucu maddeleri fark etmeleri ile işlenmekte olan bir suçla diğer bir anlatımla “suçüstü” hali ile karşılaştıkları ve buna bağlı olarak da suç işlerken rastlanan sanıkları CMK’nın 90. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile aynı maddenin dördüncü fıkrası ve 2559 sayılı Kanun’un 13. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi ile ek 6. maddesi gereğince yakaladıkları, ve görevlilerin bu şekilde ele geçirdikleri suç konusu uyuşturucu maddeleri muhafaza altına aldıkları, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de suçüstü hâlinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varılmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 19/3/2019 tarihli, E.2016/273, K.2019/224 sayılı kararı. Bir diğer örnek 12/8/2014 tarihinde saat 10.00 sıralarında, ... isimli şahsın ... plaka sayılı Ford Transit marka araç ile Kulp ilçesinden Muş’a yüklü miktarda esrar getireceği bilgisinin elde edildiği, Muş Sulh Ceza Hâkimliğinin önleme araması kararına istinaden aynı gün saat 10.15 sıralarında Kulp kara yolu Bağlar köyü kavşağında uygulama noktası oluşturulduğu, saat 10.45 sıralarında ... plaka sayılı, açık kasalı, Ford Transit marka aracın Kulp istikametinden gelmekte olduğu görülüp kontrol noktasında durdurulduğu, önleme araması kararına istinaden araçta arama yapılmak istendiğinde aracın açık olan arka

gereği failin üzeri yine hâkim/merci kararı/emri olmaksızın yoklama araması şeklinde aranabilecek ve bu arama Anayasa mad. 20'ye aykırılık oluşturmayacaktır. Çünkü burada söz konusu olan failin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri almak adına yoklama araması yapılmasıdır ve Anayasa mad. 20 yoklama aramasına ilişkin bir düzenleme getirmez, klasik aramaya ilişkin hüküm getirir. Yönetmelik'teki bu durumda kişiyi yakalamak adına bir yere girilip şahsın orada aranması da gerekmeyeceği için CMK mad. 90/1-2 gereği suçüstü yakalamasının icra edilebilmesi adına konuta girilmesi ve orada failin aranması söz konusu olmayacak, dolayısıyla Anayasa mad. 20 ya da 21'ye ilişkin değerlendirme bu açıdan da yapılmayacaktır⁷⁹.

kasasındaki battaniler kontrol edildiğinde her iki battanienin içinde dışarıdan görünür şekilde renk, koku ve görünüm itibarıyla topraktan yeni sökülmüş kenevir bitkileri olduğunun görülüp muhafaza altına alındığı, emniyet müdürlüğüne götürülen araçta Cumhuriyet savcısının yazılı arama emrine istinaden yapılan aramada, şoför güneşlik kısmında beyaz kâğıda sarılı, dara ağırlığı 12 g gelen esrarın ele geçirildiği olayda temyiz incelemesi yapan Yargıtay 20. Ceza Dairesi somut olayda gelen ihbar nedeniyle bir suçun işlendiği konusunda şüphe olduğu, CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" alınmadan olaydan 11 gün önce verilen "önleme araması kararına" dayanılarak sanıkların içinde bulunduğu araçta arama yapılmasının hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucu bulunan uyuşturucu maddelerin hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinden bahisle bozma kararı vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı ile konuyu inceleyen YCGK, 2559 sayılı Kanun mad. 13'ün ve CMK mad. 90'ın verdiği yakalama yetkisine ve suçüstü haline değinerek kenevir bitkilerine bu şekilde el konulmasının "gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma" anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, bu nedenle aracın kasasında ele geçirilen suç konusu kenevir bitkileri bakımından adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasına gerek olmadığı, aracın güneşlik kısmında yapılan aramada ele geçirilen net 2,93 g esrar yönünden ise Cumhuriyet savcısının yazılı arama emrinin bulunduğu, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelere el konulmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği neticesine varmıştır, bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21/2/2019 tarihli, E.2016/167, K.2019/120 sayılı kararı. Kararlar suçüstü hâlinin ne zaman var olabileceğini göstermesi açısından önemlidir.

79 Nitekim Anayasa 21 konutta arama ile ilgili hüküm içermekte, Yönetmelik mad. 8-e ise gümrük bölgesinde ve gümrük salonları ile gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının aranması ile ilgili hüküm getirmektedir.

SONUÇ

Yönetmelikte yer alan bir hüküm doğrultusunda temel hak sınırlaması içeren bir işlem yapılırsa bunun hukuku uygun olması, söz konusu yönetmelik hükmünün kanuni dayanağının olup olmadığına bağlı olacaktır. Nitekim temel hakkı kısıtlayıcı işlemler Anayasa mad. 13 gereği yönetmelikle değil ancak kanunla yapılabilecektir.

Bu kapsamda eğer yönetmelikte yer alan işlemlerin kanuni dayanağının olmadığı neticesine varılırsa sırf yönetmeliğe dayanarak hakkı kısıtlayıcı işlemi yapan kişinin Anayasa'yı ihlal ettiği neticesine varılacak, dolayısıyla da bu işlemler için işlemi yapan kişinin hukuki sorumluluğuna gidilecektir. Vurgulanmalıdır ki böyle bir durumda hiç kimse "Yönetmelik'te yazıyordu, onu uyguladım." diyerek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Çünkü herkes Anayasa'yı ve bu kapsamda Anayasa mad. 13'te yer alan "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir." hükmünü bilmek ve buna uygun davranmak zorundadır. Dolayısıyla da kanuni bir dayanağın olmadığı yerde yönetmelik hükmüne dayanarak hakkı kısıtlayıcı işlem yapan yetkililerin hukuki sorumluluğuna gidilecektir.

Arama Yönetmeliği mad. 8'deki karar/emir almadan arama yapma ve konuta/iş yerine girme yetkisi veren hükümlerin kanuni dayanağı var mıdır yani bu Yönetmelik'i uygulayarak arama yapan kişinin hukuka uygun bir işlem yaptığı, dolayısıyla da bu kişinin hukuki sorumluluğunun doğmayacağı söylenebilecek midir? Yukarıda Yönetmelik hükümleri doğrultusunda bir emir ya da karar gerekmeksizin arama yapılmasının yasal dayanağı olup olmadığı detaylıca tartışılmış ve şu sonuçlara varılmıştır:

1. Yönetmelik mad. 8-a'daki "hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde arama ka-

rarı gerekmeden arama yapılabileceğine” ilişkin yetki ancak kaba üst aramasına izin verir şekilde uygulanabilecektir. Aynı maddede bahsedilen hakkında zorla getirme kararı olan kişilerin üzeri ise, her ne kadar Yönetmelik aksini iddia ediyorsa da kaba bile olsa aranamaz. Aksine işlem yapan görevlinin hukuki sorumluluğu doğacaktır.

2. Yönetmelik mad. 8-b’deki yer alan müzekkereli ya da müzekkeresiz yakalama sonrası kaba üst araması yapabilme yetkisini kullanan kolluk hukuka uygun davranmış olacaktır ve sorumluluğuna gidilemeyecektir.

3. Gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında arama kararının gerekmeceğinin düzenlendiği Yönetmelik mad. 8-c’deki yetkisini ancak kaba arama şeklinde kullanan kolluk hukuka uygun davranmış olur. Aksine işlem yapan görevlinin hukuki sorumluluğu doğacaktır.

4. Yönetmelik mad. 8-d’de geçen “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/emir gerekmeceğine” dair ifade dar yorumlanmalıdır. Bu kapsamda ancak “failin yerinin noktasal olarak bilindiği dolayısıyla da failin teknik anlamda gerçek bir arama tedbiri uygulanmaksızın elle koymuş gibi bulunacağı durumlarda” Yönetmelik’e uyularak failin bulunduğu yerde yakalanıp sonrasında o yerden çıkılması hukuka uygun olacaktır. Aynı bentte geçen “herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin yakalanmasında arama kararının gerekmemesi” durumunu ise CMK mad. 90’a göre yapılan yakalamalarla sınırlı şekilde anlamak, yakalama emri üzerine yapılacak yakalamaları bu kapsamda değerlendirmemek gerekir. Ancak Yönetmelik mad. 8-d hükmünün uygulanma alanı bu durumda da sadece ‘failin yerinin nokta-

sal olarak bilindiği, teknik anlamda gerçek bir arama tedbiri uygulanmaksızın kendisinin elle koyulmuş gibi bulunacağı' durum ile sınırlanacak, yani fail ancak bu koşulla bulunduğu yerde CMK mad. 90'a göre yakalanıp sonrasında o yerden çıkılacaktır. Aksine işlem yapan görevlinin hukuki sorumluluğu doğacaktır.

5. Arama Yönetmeliği mad. 8-e, aramanın gümrük salonları, gümrük kapıları ve gümrük bölgesinde yapıldığında gümrük görevlilerince veya yetkili memurlarca yapılacağını düzenleyen Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9/2. ve üç fıkralarına atıfta bulunarak, bu aramalarda arama emri ya da kararının aranmayacağını hüküm altına almıştır. Arama Yönetmeliği'ndeki bu düzenleme Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu mad. 9'da öngörülen hususlar ile açıkça çelişir durumdadır ve uygulanamaz. Yönetmelik'e dayalı işlem yapan görevlinin hukuki sorumluluğu doğacaktır.

6. Yönetmelik mad. 8-f hükmüne göre olayda hukuka uygunluk sebebi varsa, ayrıca bir arama emri ya da karar alınmaksızın konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girilebilecektir. Yönetmelik'teki bu yetkisini kullanan kolluğun hukuka uygun davranmış olacağının ve hukuki bir sorumluluğunun olmayacağının kabulü gerekir. Aynı bendin devamında suçüstü hâlinde yapılan aramalarda toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için ayrıca bir arama emri ya da kararının aranmayacağı düzenlenmiştir. Yönetmelik'teki bu yetkisini kullanan kolluk da hukuka uygun davranmış olacaktır. Aynı durum kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için de geçerlidir. Ancak Yönetmelik mad. 8-f'nin son kısmında yer alan bu düzenleme, aslında aynı bendin baş kısmında yer alan düzenlemenin zaten içinde yer almaktadır ve kanımızca Yönetmelik mad. 8'in son kısmında tekrar ifade edilmesi gereksiz olmuştur.

Ayrıca çalışmada ilgili Yönetmelik hükmü yukarıda bahsi geçen şekilde uygulandığı sürece bu yönetmeliğe uygun olarak yapılan aramaların Anayasa mad. 20 ve 21’i ihlal etmeyeceği neticesine de varılmıştır. Nitekim bu konuda doğru neticeye varmak için Anayasa mad. 20 ve 21 hükümleri, hukuk devleti ilkesi ile birlikte yorumlanmalı ve oradan hareketle bizce şu sonuca varılmalıdır: Anayasa mad. 20’de ve 21’de öngörülen “arama tedbirinin uygulanabilmesi için veya konuta girilebilmesi için hâkim/merci kararının/emrinin bulunması gerektiği” şartı ancak olayda hukuka uygunluk sebebi olmaması hâlinde uygulama alanı bulacaktır. Nitekim bir hukuka uygunluk sebebinin olduğu yerde arama emri ya da kararı olmaksızın konut, iş yeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girilmesi ve burada arama yapılması zaten hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla hukuka aykırı olmayan bu davranışta bulunabilmek için herhangi bir karar/emir alınması da gerekmemelidir. Öyleyse hukuka uygunluk sebebi olan durumda arama yapmak ya da konuta girmek için Anayasa mad. 20 ve 21’de öngörülmüş olan şartlara ihtiyaç bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- AKSOY, Şemsettin (2007). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AKTAŞ, Alkım (2023). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kolluk Faaliyetlerinin Denetiminde Ölçülülük İlkesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Türkiye Cumhuriyeti’nin 100. Yılına Armağan)*, C. 13., S. 2., ss. 727-750.
- AYDIN, Murat (2012). *Arama ve El Koyma*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan (2022). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- BAYRAKTAR, Çiler Damla (2021). “Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması Tedbirlerinin Uygulanması Konusunda Tartışmalı Hususlar”, *Adalet Dergisi*, C. 67., ss. 205-238.
- BİLEN, Mesut (2006). “Adli Arama ve Önleme Araması”, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- CENTEL, Nur ve ZAFER, Hamide (2020). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem (2006). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Yayınları.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan (1999). “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1., ss. 41-54.
- ÇÖPOĞLU, Hakan Serdar (2019). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77., S. 1., ss. 155-229.

- DEMİREL, Muhammed (2021). “Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 16., S. 45., ss. 33-100.
- DONAY, Süheyl (2005). *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- GÖKCEN, Ahmet, BALCI, Murat, ALŞAHİN, Mehmet Emin ve ÇAKIR, Kerim (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2002). “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 18., S.1., (eserde sayfa aralığı görünmemektedir).
- GÜLŞEN, Recep (2010). “Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksinimden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, S. 9., ss. 16-22.
- GÜNEŞ, Ahmet Mithat (2015). “Hukuk Devleti Üzerine”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20., S. 33., ss. 1-17.
- İÇEL, Kayıhan ve EVİK, Ali Hakan (2007). *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap*, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- KARACA, Serden Onur (2021). “Hukuk Devleti İlkesi ve Türkiye’de Hukuk Devleti İlkesinin Gelişim Süreci”, *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, C. 8., S. 73., ss. 2033-2043.
- KESKİN KIZIROĞLU, Serap (2009). “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58., S. 1., ss. 139-168.
- KILIÇ, Ahmet (2023). “Üst Ve Eşya Aramasına İlişkin Düzenlemelerin Anayasa’ya Uygunluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 56., ss. 403-420.
- KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2010). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.
- MEYER-GOßNER, Lutz (2009). *Strafprozessordnung Kommentar*, Münih: C. H. Beck Yayınları.
- ONAN, Ozan (2009). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- ORHAN, Uğur (2018). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- ÖNOK, Murat (2015). “Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar”, içinde Centel, Nur (Ed.), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, (ss. 259-314), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray ve BACAKSIZ, Pınar (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- ÖZBEK, Veli Özer ve DOĞAN, Koray (2007). “Zorunluluk Halinin (TCK mad. 25/2) Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9., S. 2., ss. 195-222.
- ÖZTÜRK, Bahri (Ed.), (2021). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan (2008). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ŞAHİN, Cumhur (2018). “Adli Aramaya ve Önleme Aramasına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *Yargıtay Dergisi*, C. 45., S. 3., ss. 433-456.
- ŞEN, Ersan (2022). “Suçüstü Halinde Arama Kararı veya Arama Emri Olmaksızın Yapılan Arama Hukuka Uygun mudur?”, <https://sen.av.tr/tr/makale/sucustu-halinde-arama-ka>

rari-veya-arama-emri-olmaksizin-yapilan-arama-hukuka-uygunmudur (Erişim Tarihi: 10.5.2024).

ŞİRİN, Tolga (2020). “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, <https://anayasader.org/wp-content/uploads/2020/04/%C5%9Eirin-AYHD-14.pdf> (Erişim Tarihi: 26/04/24).

ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, Ankara: Adalet Yayınevi.

YAŞAR, Osman ve OTACI, Cengiz (2022). *Ceza Muhakemesi Kanunu 1. Cilt*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.

YENİSEY, Feridun (1995). *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma ve İlgili TCK- CMUK Maddeleri*, Ankara: A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları.

YILDIZ, Hüseyin Serkan (2010). “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

YILMAZ, Yeşim (2016). “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124., ss. 247-304.

