



Rıza İle (Gönüllü-Muvafakatlı) Arama

A. Cihan TÜRKER



ARAMA HUKUKU

Arama Kavramı ve Aramanın Hukuki Niteliği

Arama, sözlük anlamı ile “aramak” fiili olarak tarif edilir; aramak ise bir şeyi “bulmaya çalışmak, araştırmak, yoklamak” anlamındadır.¹ Öğretide aramayı hukuki bakımdan izah eden tanımlar ise şöyledir: “Saklanan bir kişinin veya gizli ve saklı tutulan bir eşyanın, “önleme” veya “adli” amaçlarla, meydana çıkarılması için yapılır.”²

“Anayasal güvence altında bulunan konut dokunulmazlığına, özel yaşamın gizliliğine, kişi özgürlüğüne ve vücut bütünlüğüne müdahale oluşturan bir koruma tedbidir.”³

“Ceza yargılamasının amacına ulaştırmak için, suç şüphesi altındaki kişilerin, suç delillerinin ve müsadereye tabi nesnelerin elde edilmesi amacıyla, konutta, başka kapalı yerlerde ve kişilerin üzerlerinde yapılan bir işlemdir.”⁴

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’ndan önce yapılan bir başka tanımda ise, “Kural olarak hâkim, gecikmede sakınca bulunması halinde savcı veya kolluk tarafından yakalama ve/veya delil elde etme amacına yönelik olarak sanık, şüpheli veya üçüncü bir kişinin

mesken ve sair iş yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma işlemidir.”⁵

Son olarak CMK’da yer verilen tanımla bu bölüme noktayı koyalım: “Kural olarak hâkim, gecikmede sakınca olması halinde savcı ve ona ulaşamayan hallerde de kolluk amirinin yazılı emri ile; gerek şüpheli veya sanığın yakalanması, gerekse delil olan eşyaya el konulması amacıyla, kişinin mesken ve sair yerleri ile üst ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir.” (CMK, madde 119 vd.)

Arama bu geniş kapsamı nedeniyle yargılama önlemlerinin araç oma özelliğini gerçekleştiren bir araçtır ki arama sonunda yakalama ve el koyma mümkün olacağından bu önlemlere hizmet etmiş olur.⁶

Yukarıda zikrettiğimiz tanımlar, “adli arama”nın tipik izahlarını içermektedir. Bunun yanında bir de “önleme araması” vardır. Buna göre önleme araması “Milli güvenliğin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve yasak silahların tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emri ile yapılan aramadır”.⁷ (Arama Y. madde 19) Önleme aramasına yer vermeye yukarıdaki bilgilerin dışında gerek görmüyoruz.⁸

¹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 66.

² Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 912.

³ Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 292.

⁴ Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat*, s. 564.

⁵ V. Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, s. 17.

⁶ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 350.

⁷ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 915.

⁸ İlerde değineceğimiz ve asıl konumuz olan “Rıza-Gönüllü-Muvafakatlı Arama” ile ilgisi bulunmadığı için önleme aramasına yer vermeye yukarıdaki bilgilerin dışında gerek görmüyoruz. Rıza ile arama, adli aramalara ilişkin olduğundan (Öyleki rıza ile arama, Arama Yönetmeliğinde “...İlgilinin rızası...” ibaresi ile ‘Adli Arama’ alt başlığında düzenlenmişti. Ayrıca bkz.: Danıştay 10. Daire Kararı, Karşı Oy Gerekeşi, 2007) ve konunun iyi anlaşılmasını hedeflediğimiz-

Arama, anayasal güvence altında bulunan konut dokunulmazlığına, özel hayatın gizliliğine, kişi özgürlüğüne ve vücut bütünlüğüne müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir. Bu sebeple anayasa hem adli hem de önleme aramasına ilişkin düzenlemelerin üst normu niteliğinde aramanın koşullarına yer verir. Anayasanın 20. maddesine göre usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.⁹

Arama Kararında Yetki Kuralı

Adli Arama Kararı ve Emrinin Verilmesi/Verebilenler

Arama, hak ve hürriyetleri kısıtlayan bir işlem olduğundan, kural olarak, hâkim kararı ile yapılır.¹⁰ Aramaya hâkim tarafından karar verilebilmesi kuralının getirilmesindeki düşünce, onun önemli temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek olmasıdır. Bu hukuk devleti olmanın bir gereğidir.¹¹ Aramada hâkim kararının varlığı aramanın teminatıdır¹² ve kişi için bir güvence oluşturur.

Adli arama kararını hazırlık soruşturmasında sulh hâkimi, son soruşturmada mahkeme, acele hallerde başkan verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler.

den, adli aramaya ilişkin temel bilgileri verdikten sonra asıl konumuza geçmeyi uygun görüyoruz.

⁹ Konuyu iki aşamada sunmaya çalışacağız. İlk olarak Arama kararını verme yetkisine ve bu yetkinin istisnalarına değineceğiz. İkinci aşamada bu yetki kuralına bir yönetmelik ile istisna oluşturmak istenen ve fakat Danıştay tarafından iki defa iptal edilen "ilgilinin rızası"nın Türk Hukukundaki ve Mukayeseli Hukuktaki durumuna yer vermeye çalışacağız.

¹⁰ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 946.

¹¹ Özbek, a.g.e., s. 68. "Krş.: RÜPING. 88."

¹² Özbek, a.g.e., s.68. Ö. Hamdi; *Hürriyet ve Mülkiyeti Takyid Eden Kaldeler*, AD. 1938, S. 12, s. 1981.

ADLİ ARAMALARDA KARAR VEYA EMİR ALINMASINI GEREKTİRMEYEN HALLER: İSTİSNALAR

a. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. Maddesinde Sayılan Haller

• *Arama Yönetmeliği Madde 8/a*

Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde yapılacak aramalarda; ("yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada" ibaresini Danıştay, hem sanık ve şüpheliye hem de 3. kişilere ait kapalı mahallerde yer, zaman ve süre sınırlaması olmadan hakim kararı ve cumhuriyet savcısının yazılı emri ile sağlanan güvenceyi ve hakkın özünü ortadan kaldıracak biçimde kolluk güçlerine sınırsız arama yetkisi verdiği ve bunun anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.)¹³

• *Arama Yönetmeliği Madde 8/b*

Hakim kararı veya cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemi yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında; (kaba üst aramasıyla kastedilen yoklama suretiyle aramadır.)

• *Arama Yönetmeliği Madde 8/c*

Gözümlenilen kişinin, nezarethaneyeye konmadan önce yapılan üst aramasında; (Bu tür bir üst araması kişinin kendi hayatına veya başkalarının hayatına zarar verecek türden

¹³ Danıştay Onuncu Dairesinin, 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 esas sayılı "iptal" kararı. Aktaran: İstanbul Barosu, "Danıştay 10. Dairesi AÖAY'nin 8/a-f bentleri ve 30/1 fıkrasını iptal etti", (Çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd200754dd10.pdf> Erişim Tarihi: 01.08.2009

şeyleri nezarethaneye geçirmesine engel olmak açısından önemlidir. Şunu da belirtmek gerekir ki bir kimsenin üzeri aranırken o kimsenin ar ve hayâ duygularının ihlal edilmemesi kuralına özen gösterilmelidir.)¹⁴

• Arama Yönetmeliği Madde 8/d

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

• Arama Yönetmeliği Madde 8/e

1) 4926 sayılı eski Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğundan şüphelenen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda hemen yapılan aramalarda hâkimin arama kararına veya yetkili mercinin yazılı olarak arama emri vermesine gerek yokken, bunu ilga eden 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9. maddesinin 1. fıkrasında bu sayılan araçlar ile kişilerin üzerinde yapılacak arama ve el koymalarda 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununun uygulama alanı bulacağı söylenmiştir. Dolayısıyla kurala istisna teşkil etmemektedir.

2) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzerinin, eşyasının, yüklerinin ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında;

3) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük bölgesine Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan

başka yerlerden girmenin, çıkmanın ve geçmenin yasak olduğu yerlerde rastlanacak kişilerin ve her nevi taşıma aracının yetkili memurlar tarafından durdurulmasında ve bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında;

• Arama Yönetmeliği Madde 8/f

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hali ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ("ve ilgilinin rızası" ibaresini Danıştay iptal etmiştir.¹⁵) ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü halinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerinde yapılacak aramalarda; hakim arama kararı, yetkili mercinin yazılı olarak arama emri vermesi gerekmez.

Yine Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 20. maddesinde, konut veya eklentisinde hâkim kararı almadan arama yapılabilen iki duruma işaret edilmiştir. Buna göre suçüstü halinde yapılan aramalarda ve bu yerlerden gelen imdat çağrısı üzerine yapılan aramalarda önceden hâkim kararı alınmasına veya yazılı emrin varlığına ihtiyaç duyulmayacaktır.¹⁶

b. Olay Yeri İnceleme (Madde 9)¹⁷

Suç işlenen olay yerinde sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için emir veya karar alınması ge-

¹⁴ Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 238.

¹⁵ Danıştay Onuncu Dairesinin, 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 esas sayılı "iptal" kararı. Aktaran: İstanbul Barosu, "Danıştay 10. Dairesi AÖAY'nin 8/a-f bentleri ve 30/1 fıkrasını iptal etti", (Çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/2007/5/ibd200754dd10.pdf> Erişim Tarihi:01.08.2009.

¹⁶ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu; a.g.e., s. 911.

¹⁷ V. Özer Özbek-M. Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi*, s. 219.

rekmez. Ancak konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda olay yerinin incelenmesi arama kurallarına tabidir. (Arama Y. madde 9)¹⁸ Olay yeri incelemesinin karar veya emir alınmaksızın yapılacak aramalar arasında zikredilmesinin nedeni olay yeri incelemesi yapılırken aslında çoğu kez aramanın yapılmasıdır.¹⁹

Bundan başka kolluğun durdurma yetkisinin doğduğu hallerde (Arama Yönetmeliği, madde 27) sorulan sorular sırasında makul şüphe oluşursa, kolluğun kişinin silahlı olup olmadığını tespit etmek amacıyla yoklama suretiyle denetleme yetkisi doğar. Yoklama sırasında ele silaha benzer bir şey dokunursa arama yetkisinin doğacağı kabul edilmektedir.²⁰ Burada kolluğun can güvenliğinin korunması ve kişinin silah gibi zarar verici unsurlardan arındırılması ve bunun bir suç delili olabileceği ihtimali açısından arama yetkisinin oluşacağını kabul etmek mümkündür.

Aramaya Maruz Kalabilecekler:²¹

- Şüpheli
- Sanık
- Veya diğer bir kişidir.

Adli Aramanın Koşulları:

- Hâkim kararı (CMK, madde 119)
- Şüpheli ve sanığın veya delilin aranacak yerde olduğu konusunda makul şüphe bulunması. (CMK, madde 116)

Kısaca “makul şüphe” konusunda ne anlaşıldığına değinelim.

Makul Şüphe

Tanım: “Hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.”²²

“Akla uygun şüphedir”.²³ “hayatın akışına göre somut olaylar karşısında duyulan şüphedir.” (Arama Y. madde 6) Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların tutum ve davranış biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir ve belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.²⁴ Aramada basit şüphe yeterlidir.²⁵ Aramada temel alınacak iki şarttan biri şudur;²⁶ Aranan şeylerin aranacak olan yerde bulunduğu ve elde edilebileceğinin (CMK, madde 116) “umulması” gerekir.

Yukarıdaki koşulların varlığı halinde kişinin:

- Üstü
- Eşyası
- Konutu
- Ve/veya işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK, m. 116, 117).

Adli Arama Ancak İki Amaçla Yapılabilir:²⁷

- Şüpheli veya sanığın yakalanması
- Ve/veya delil elde edilmesi.

Adli aramalara ilişkin, arama kararı verme yetkisini ve bunun istisnaları ile arama tedbirine ilişkin bazı temel bilgileri aktardıktan sonra “rıza ile arama” konusuna geçebiliriz.

“RIZA İLE (MUVAFAKATLI-GÖNÜLLÜ)” ARAMA

Rıza İle Arama ve Mukayeseli Hukukta Durum

Rıza, razı olmak fiili ile tarif edilir; razı olmak ise bir şeyin olmasına muvafakat etmek

¹⁸ Centel-Zafer, a.g.e., s. 337.

¹⁹ Haluk Çolak-Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, s. 543.

²⁰ Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesinde Soruşturma, Kovuşturma ve Kanun Yolları*, <http://igul.bahcesehir.edu.tr/BOOKS/AramaHukuku.doc>, s. 12 (Erişim Tarihi 25.07.2009).

²¹ Bahri Öztürk-M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 402.

²² Centel-Zafer, a.g.e., s. 293.

²³ Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 402.

²⁴ Centel-Zafer, a.g.e., s. 293.

²⁵ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 936.

²⁶ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu; a.g.e., s. 936.

²⁷ Öztürk-Erdem, a.g.e., s. 402.

anlamındadır.²⁸ Rıza ile arama bir arama yöntemi-
dir. Bu arama yöntemi bazı özelliklere
sahiptir.

İleride değineceğimiz mukayeseli hukuk-
taki uygulamaları ve doktrinde buna ilişkin
görüşleri dikkate aldığımızda rıza ile arama
için;

- Hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış
merciin “yazılı emri” şartını ortadan kaldı-
ran²⁹ ve doğrudan doğruya kollukça yerine
getirilen,³⁰
- Hile, baskı, cebir, şiddet veya kanuna aykırı
bir menfaat vaat etmek gibi yöntemlerle
elde edilmemiş,³¹ tamamen ilgilinin muva-
fakati ile alınmış bir iradenin mahsulü olan,
- İlgilinin aratmama hakkının olduğu,³²
- El konulan eşyanın delil olarak kullanılabi-
leceği,
- Her şeyden önemlisi kişiden ne istendiği-
nin açıkça söylenmesi gereken ve bu an-
lamda şeffaflığın temel olması gereken,
(öyleki suistimale oldukça açıktır)

bir arama yöntemidir, diyebiliriz. Hukuku-
muzda rıza ile arama söz konusu değildir ve
fakat Arama Yönetmeliği ile hukukumuza
getirmeye teşebbüs edilmiştir. Ne var ki,
ileride de değineceğimiz üzere, Danıştay
tarafından iptal edilmiştir. Öncesinde Muka-
yeseli Hukuktaki durumu ele alalım.

MUKAYESELİ HUKUKTA RIZA İLE ARAMA

Aynı hukuk sistemi dâhilindeki Kanada ve
Yeni Zelanda’yı da dikkate alarak Amerikan
Hukukunda “ilgilinin rızası”, makul şüphe
olmasa bile, arama tedbirini geçerli hale geti-
rir. Kolluk memurlarının serbest irade ile ve-
rilmış bir rıza aldıkları durumlarda, rıza alın-
dıktan sonra aramalar, makul şüphe olmasa

dahi, hâkimden karar alınmamış olmasına
rağmen geçerlidir.³³

Rızaya dayalı aramalarda en önemli nokta,
rızanın serbest iradeyle verilmiş olmasıdır.
Serbest iradeye dayanan bir rızanın bulunma-
sı için, kişinin arama öncesi sahip olduğu
hakları bilmesi ve aramadan aleyhine kullanı-
labilecek delil doğabileceği konusunda da
bilgi sahibi olması gerekir ve yine kişi rızasını
açıklamadan evvel, polislin arama isteğini
reddedebileceğini de biliyor olmalıdır.³⁴ Veri-
len rızanın geçerli olup olmadığının tespiti
bakımından şu noktalara dikkat çekilmekte-
dir.³⁵

- a) Şüphelinin eğitim ve zekâ durumu
- b) Akıl hastası veya sarhoş olup olmadığı
- c) Rızasını açıkladığı sırada yakalanmış olup
olmadığı
- d) Yakalama esnasında hakkında yasalara
uygun olarak zor kullanılmış olup olmadığı
veya ellerine kelepçe takılıp takılmadığı
- e) Rutin üst araması sırasında üzerinde bulu-
nan anahtarların daha sonra evin arama-
sında kullanılıp kullanılmadığı
- f) Evinde arama yapılmasına rıza gösterirken
tereddüt edip etmediği

Yukarıda sayılan esaslar çerçevesinde rıza-
nın serbest iradeye dayanıp dayanmadığı,
olayların bütünü göz önünde tutularak, hâkim
tarafından sonradan değerlendirilir ve Hakim
iradenin serbest olup olmadığını olaydaki
bütün şartları göz önünde tutarak, özellikle
şüpheliden aldığı bilgi ve polislin gerçekleştiri-
miş olduğu fiilleri değerlendirerek bir sonuca
varacaktır.³⁶

Amerikan Hukuku, durdurulan şüpheliye
isterse gidebileceğinin, gitmekte serbest ol-
duğunun söylenmesini rıza gösterme açısin-
dan şart koşmamaktadır.³⁷ Yani bu durumda

²⁸ Mehmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, s. 1093.

²⁹ M. Bedri Eryılmaz, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, s. 190.

³⁰ Centel-Zafer, a.g.e., s. 294.

³¹ Eryılmaz, a.g.e., s. 191.

³² Eryılmaz, a.g.e., s. 192.

³³ Gottlieb, David, *Amerikan Hukukunda Arama*, s. 98
vd. Aktaran: Feridun Yenisey, *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*.

³⁴ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 945.

³⁵ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 945.

³⁶ Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 98.

³⁷ Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 99.

bir aydınlatma yükümlülüğü yoktur. Mesela (Ohio v. Robinette, 136 L. Ed. 2d 347 [1996])³⁸ kararında polis trafik kontrolü için durdurduğu otomobilde bulunan Robinette'ye, ruhsat ve denetim işlemleri bittikten sonra arabasında arama yapmak için izin istemiştir. Fakat izin isterken ilgiliye arama öncesinde aratmama hakkının olduğunu, isterse gidebileceğini söylememiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi rızaya dayalı aramalarda kolluk memurunun bireye rıza göstermeme hakkı olduğunu söylemesinin gerekli olmadığına ve olayda verilen rızanın hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. İlerde değineceğimiz İngiliz Hukukunda tam tersi bir durum söz konusudur ve geçerli bir rıza için önceden aydınlatılmış olmak koşulu arandığı için, Amerikan Hukukundan bu noktada farklılık arz etmektedir.

Rızanın tamamen serbest iradeye dayanması ve rıza alınırken açık veya örtülü baskı veya cebir uygulanmamış olması şarttır.³⁹

Şüphelinin arama konusunda verdiği rızanın kapsamı da önemlidir⁴⁰ ve mesela evinde uyuşturucu madde bulundurduğundan şüphelenilen bir kişi arama yapılmasına rıza gösterdiği vakit, polisin rızaya dayalı aramayı yaparken bulduğu özel kâğıtları incelemesi yasal değildir. Rızayı veren kişi sadece belli yerlerde arama için izin vermişse, doğal olarak yapılacak arama da bu yerlerle sınırlı olacaktır.⁴¹

Son olarak Amerikan Hukukunda Üçüncü Kişilerin verdiği rızaya değinelim. Üçüncü kişinin vereceği rıza, ancak üçüncü kişinin aramanın yapılacağı yerler hakkında genel bir yetkisinin bulunması veya yeterli derecede ilişkisinin mevcut olmasına bağlı olmalıdır ki arama sonucu doğurabilsin.⁴² Daha net bir ifade ile ve örneğin birlikte yaşayan şahıslar, kendi sorumluluk ve idareleri kapsamına giren alanların aranmasına izin verebilir. Bu vesile ile 1974 tarihli Matlock Kararına (U. S. v. Matlock, 415 U. S. 164 (1974))⁴³ değinmek

yerinde olacaktır. Amerikan Yüksek Mahkemesi Matlock kararında genel yetki olarak, hukuki bir ilişkiden ziyade, gayrimenkulün birlikte kullanılması, çift anahtar sahibi olması gibi eve girip çıkma yetkisi bulunması ve tek başına eve konuk getirebilme gibi durumları göz önünde tutmuş ve bu kişinin evde kendi kullanımını altındaki özel yerleri aratma hakkı bulunduğunu, ona evini bu şekilde kullanma izni veren diğer şahsın ise üçüncü şahsın eve bir başkasının getirilebileceği konusunda risk üstlenmiş sayılması gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle üçüncü şahsın ev sahibininkine benzer müşterek yetki kullandığının makul şekilde inanılabildiği durumlarda, üçüncü şahsın verdiği arama rızası geçerli kabul edilmiştir. (Illinois v. Rodriguez, 497 U. S. 177 [1990])

İngiliz Hukukunda, Amerikan Hukukunda olduğu gibi, "ilgilinin rızası", makul şüphe olmasa bile, arama tedbirini geçerli hale getirir. Kişinin durdurulmaya rıza göstermesi ve gönüllü olarak aranmak istenmesi halinde, kolluk, durdurma ve aramanın maddi ve şekil şartlarını yerine getirmeden o kişinin üzerini, çantasını veya arabasını arayabilir.⁴⁴ Dolayısıyla, kolluk bir olayda, durdurma ve aramanın şartları gerçekleşmemiş ise ve o kişiyi durdurmak ve aramak istiyorsa, o kişinin rızasını arama yoluna gidebilecektir. Rızasını alamaz ise, durdurma ve aramanın kanuni şartlarının oluşmasını bekleyecektir.⁴⁵

İngiliz Hukukunda kolluk, rıza ile aramanın söz konusu olduğu durumlarda aramanın öncesinde; üzerinde, arabasında veya konutunda arama gerçekleştirmek istediği kişiye, aramanın rızaya dayandığını, bununla beraber aramaya rıza göstermek zorunda olmadığını, rızası olmaması halinde (formu imzalamadan) aramanın gerçekleşmeyeceğini, arama sonrası el konulacak olan suç unsurunun delil olarak kullanılabileceğini bildirmek zorundadır.⁴⁶

Durdurulan kişinin pasif olması veya yine arama tedbirine herhangi bir biçimde muhatap olmuş kişinin arama sırasında kolluk ile işbirliği içerisinde olması aramaya rıza gös-

³⁸ Gottlieb, David, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 99.

³⁹ Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 100.

⁴⁰ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, a.g.e., s. 945.

⁴¹ Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 99.

⁴² Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 100.

⁴³ Gottlieb, a.g.e. Aktaran: Yenisey, a.g.e., s. 100.

⁴⁴ Eryılmaz, a.g.e., s.187. "COP A, paragraf 1 D (b)".

⁴⁵ Eryılmaz, a.g.e., s. 188.

⁴⁶ Eryılmaz, a.g.e., s. 187 "COP A, paragraf 1, D (b), COP B, paragraf, 4.2."

terdiği şekilde anlaşılmalıdır. Arama yetkisinin doğmadığı durumlarda kişinin işbirliğine davet edilmesi meşru olmakla birlikte, aramaya tabi kılınan kişiye aramanın rızaya dayandığı net olarak açıklanmalı, bunun anlaşıldığından emin olunmalı ve kişi tereddüt içinde bırakılmamalıdır.⁴⁷

Kolluğun, aramaya tabi tuttuğu kişiye gerektiği gibi davranmaması, kişinin rıza gösterip göstermeme noktasında seçme özgürlüğüne müdahale edildiğini hissetmesi, rızanın baskı altında alınması, arama yapılmadan veya arama sırasında rızanın geri alınması, verilen rızayı ve dolayısı ile yapılan aramayı geçersiz kılacaktır.⁴⁸ Seçme özgürlüğünü kullanmaları söz konusu olmadığı için, küçükler ve akıl hastaları bu tip bir aramaya tabi tutulamaz.⁴⁹

Aramaya rıza gösteren kişi, aramayı, aramaya konu şeyin belli bölümleri veya alanları ile sınırlayabilir.⁵⁰ Kişi, aramaya rıza göstermediği veya rızasını geri aldığı takdirde aranmaz ve kolluk görevlisinin kişinin yanından hemen ayrılması veya kişinin yanından ayrılmasına izin vermesi gerekir.⁵¹

RIZA İLE ARAMA'NIN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Ceza hukukunda bazı suçların asli unsurlarından ve tıpta tedavinin gerçekleştirilme şartlarından olan rızanın, usul hukukunda da, öteden beri, bir arama yöntemi olarak kullanılabilmesi savunulmaktadır.⁵² Türk hukukunda, bir arama yöntemi olarak, rıza ile arama, 2003 ve 2005 tarihli Arama Yönetmeliği ile kolluğun imkânına sunulmaya çalışılmıştır. Bu hükümler ile rızanın alınması koşulu ile kolluk memuruna kendiliğinden adli arama yapma yetkisi tanınmaya çalışılmıştır. Fakat Danıştay

2003 tarihli ilk Arama Yönetmeliğinde⁵³ olduğu gibi, 2005 tarihli ikinci Arama Yönetmeliğinin de⁵⁴ “rızaya dayanan arama” yöntemine yer veren hükümlerini iptal etmiştir. İptal edilmiş bu hükümler ile kolluk memurunun kendiliğinden arama yapamayacağı açıktır.

DANIŞTAY 10. DAİRE'SİNİN GEREKÇESİ/LERİ

Danıştay 2003 tarihinde “Adli ve Önleme Araması Yönetmeliği”nin 9. maddesini ve 20. maddesinin 2. fıkrasını (aşağıdaki hükümler) iptal etmiştir. Aşağıda önce bu hükümlere, ardından bu hükümlerin iptal gerekçelerine yer verilecektir.

Madde 9: Rıza ile arama, hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmaksızın, kişinin rızasına dayanılarak yapılan aramadır. Rızasını almak için kolluk memuru, ilgili kişiye, bağlı bulunduğu birimi bildirir ve kimliğini gösterir; yapılan aramanın konusunu ve aramanın yapılmasına temel oluşturan sebebi açıklar; aramayı kabul etmeme hakkı olduğunu hatırlatır; kişinin rızası alındıktan sonra imzası alınır ve arama işlemine başlanır. Kişinin aramaya rızası bulunmadığını bildirdiği hallerde kolluk gücü, takdirine göre aranacak yerin etrafında gerekli tedbirleri alır ve arama kararı olmak üzere gerekli başvuruyu yapar.

Arama işlemi tutanağa bağlıdır.

Madde 20/2: 9. madde gereğince rıza ile yapılacak aramada, memur önce aramanın amacını bildirir, izin verme yetkisine sahip kişiye rıza göstermeye mecbur olmadığını söyler ve izin verme yetkisine sahip olan kişinin rızasını saptar. Ancak bu kişiyi, el konulan eşyanın delil olarak kullanılabilmesi hususun-

⁴⁷ Eryılmaz, a.g.e., s. 189.

⁴⁸ Eryılmaz, a.g.e., s. 189. “COP A, paragraf, 1 E”.

⁴⁹ Eryılmaz, a.g.e., s. 187. “COP A, paragraf 1 D (b), COP B, paragraf, 4.1”

⁵⁰ Bkz.: Amerikan Hukukunda “Rıza İle Arama” Bölümü, s. 9.

⁵¹ Eryılmaz, a.g.e., s. 189.

⁵² Eryılmaz, a.g.e., s. 190.

⁵³ Danıştay Onuncu Dairesinin, 11.11.2003 tarih ve 2003/3396 esas sayılı “iptal” kararı. Aktaran: Türkiye Barolar Birliği, “Danıştay 10. Dairesi AÖAY'nin 9. ve 20. maddelerini iptal etti”, (Çevrimiçi) (http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/yargi/040301_danist_ay.aspx), Erişim Tarihi:01.08.2009.

⁵⁴ Danıştay Onuncu Dairesinin, 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 esas sayılı “iptal” kararı, Aktaran: İstanbul Barosu, “Danıştay 10. Dairesi AÖAY'nin 8/a-f bentleri ve 30/1 fıkrasını iptal etti”, (Çevrimiçi) <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd200754dd10.pdf> ErişimTarihi:01.08.2009.

da bilgilendirir. Aramanın ne sıfatla yapıldığı, arama yapılan kişiye bildirilir.

Şimdi ise kısaca 2003 tarihli iptal kararındaki gerekçeye kısaca değinelim.

Danıştay Onuncu Dairesinin, 11.11.2003 tarih ve 2003/3396 esas sayılı İptal Kararının Gerekçesi. Anayasa'nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza ile arama" müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz hale getireceğinin açık olduğu ifade edilmiştir.

Danıştay tarafından iptal edilen bu hükümden sonra, Adalet Bakanlığı 2005 yılında adli ve önleme araması yönetmeliğinin 8. maddesinin f fıkrasına "ilgilinin rızası ile" ibaresini ekleyerek rıza ile aramayı tekrar gündeme getirmiştir. Adalet Bakanlığı bu düzenlemeyi yaparken, 2004 tarihinde yenilenen ceza kanununun 26. maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden rıza ibaresini dayanak almış olsa gerektir. Ne var ki Danıştay Onuncu Dairesi 2005.6392 esas sayılı dava üzerine 13.03.2007 tarihinde, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresini, esasta oybirliği gerekçede oyçokluğu ile iptal etmiştir. Bendin iptali yönünde bir uzlaşma hali mevcutken, gerekçe bakımından uzlaşmazlık söz konusudur.

Danıştay tarafından 2007 tarihinde iptal edilen ibarenin (... ilgilinin rızası ...) yer aldığı hüküm ise şu şekildedir:

Madde 8: Aşağıdaki hâllerde ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmaz:

f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25'inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26'ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatı tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için.

Danıştay Onuncu Dairesinin, 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 esas sayılı İptal Kararının Gerekçesi.

İptale esas teşkil eden çoğunluk gerekçesi: Aynı zamanda Danıştay savcısının da bu bend ile ilgili olarak hazırladığı iddianamesinde bu görüşte olduğunu söyleyebiliriz. İptale esas teşkil eden bu gerekçede;

Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı"nın; dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardan olduğu, Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmediği;

Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esasının olduğu;

Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza" müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacağına açık olduğu, bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresinde hukuka uyarlık bulunmadığı ve bu gerekçelerle bendin iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

İptale İlişkin Azınlık (Karşı Oy) Gerekçesi. Aynı zamanda Danıştay Tetkik Hakiminin de bu bend ile ilgili olarak sunduğu raporda bu görüşte olduğunu söyleyebiliriz. Bu gerekçe-

Yargılama usulü ile ilgili kanunların, tamamen idarenin dışında kalan ve Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan mahkemeler tarafından uygu-

lanan kanunlar olduğu; bu vesileyle, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran kanun konusu olduğunun kabulünün zorunlu olduğu; yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise; bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının kanun koyucu tarafından açıkça gösterilmesi gerektiği; yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulünün, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına geleceği, bu durumun diğer bir ifadesinin “fonksiyon gaspı” olduğu;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bütünü incelendiğinde, anılan Kanunun 82, 99 ve 167. maddelerinde yönetmelikte gösterilecek ve belirlenecek hususların açıkça belirtildiği ve bu maddeler arasında “arama” konusuna yer vermediği;

Yasa koyucunun, özellikle yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmediği konuların ise, ayrıntılı olarak düzenlemeyi ve tüm olasılıkları kanun içinde tüketmeyi tercih ettiğinin görüldüğünü; diğer taraftan, Bakanlıkların Anayasanın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme yetkisinin ise; görev alanları ile ilgili kanunlarla sınırlı olduğu, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kanunların, idarenin görev alanı ile ilgili olmadığından, davalı idarelerin Anayasa'nın 124. maddesine dayalı düzenleme yetkisi olduğundan söz etme olanağı bulunmadığı, bu durumda dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan ...8. maddesinin (f) bendindeki “ilgilinin rızası ile” ibaresinin..., davalı Bakanlıkların düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle iptali gerektiği oyu ile karara (karara esas teşkil edecek gerekçeye) karşı olduklarını ifade etmişlerdir.

Arama Sırasında İşbirliği ile Bir Yöntem Olarak “Rıza” Farklıdır. İşbirliği yapmak ile rıza beyan etmek birbirinde farklıdır. Kişilerin hukuka uygun bir arama sırasında kolluğa yardımcı olmak veya en azından müdahale etmeden işlemin bitmesini beklemek şeklinde, kolluk ile işbirliği içinde olmaları gerekir. Bunun için kolluğun, arama yapmadan önce, ilgili kişiye bilgi vermesi yerinde

olacaktır.⁵⁵ Aramanın başarısını tehlikeye düşürecekse bu yapılmayabilir.⁵⁶ Kısaca Ceza Muhakemesi Kanunu madde 119'a göre, usulüne uygun verilmiş bir arama kararı veya emri söz konusu ise; kişilerin, herhangi bir zor kullanmaya muhatap olmadan, işbirliği içinde bu tedbire katlanmaları gerekir.

Rıza ise, mukayeseli hukuktaki uygulamaları ve yönetmelikle amaçlanan hedefi dikkate aldığımızda, “arama tedbiri”nde bir yöntemdir ve hakim kararı ile eşdeğerde olan, verip vermeyeceği tamamen kişinin iradesine kalmış bir beyandır. Bu sebeple işbirliği için “rıza” terimini kullanmak ve “bu da bir tür rızadır” demek yanlıştır.

SONUÇ

“Arama Hukuku”na ilişkin temel bilgiler ve “rıza ile arama” ya ilişkin bilgileri paylaştıktan sonra;

- Türk Hukukunda “rıza ile arama” ya, ne mevzuat ne de uygulamada, yer verilmediğinden,
- “Rıza ile arama”nın, 2003 ve 2005 tarihli Adli ve Önleme Araması Yönetmelikleri ile mevzuata yerleştirilmeye çalışıldığından ve fakat her seferinde Danıştay tarafından iptal edildiğinden,
- Mukayeseli Hukukta “rıza ile arama”nın yeri ve uygulamasından,
- Danıştay'ın iptale esas teşkil eden ve etmeyen (iptal yönünde ve fakata iptale esas teşkil etmeyen (karşı oy)) gerekçelerinden,

bahsettik. Şimdi de “rıza ile arama tedbiri” ne ilişkin görüşlerimizi ifade edelim:

Arama, kişilerin özel hayatını, aile hayatını ve konut dokunulmazlığını yakından ilgilendirmektedir.⁵⁷ Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevleri” kısmında yer verilen “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı hakkı” dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişi-

⁵⁵ Özbek, a.g.e., s. 135 vd.

⁵⁶ Özbek, a.g.e., s. 135. “Kleinknecht-Meyer-Gossner, 106 5; Schlüchter, 278.

⁵⁷ Nevzat Toroslu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 224

liğe bağlı temel haklardandır. İnsan Hakları Hukukuna göre⁵⁸; Kişi Özgürlüğü, Adil Yargılanma, Özel Hayata Saygı Duyulmasını İsteme, İşkence ve Ayrımcılık Yasağı gibi temel haklar devredilmez niteliktedirler; nasıl ki, kişiler kolluktan yakalanarak özgürlüklerinin kısıtlanmasını isterse şartları oluşmamış ise yakalanamaz; kişilerin suçu kabul etmesi halinde doğrudan tutuk veya ceza evine konularak adil yargılanma hakkının gereklerini yerine getirmekten vazgeçilemez; kişilerin “suç işledim, beni dövün, kötü muameleye tabi tutulmama hakkından feragat etmek istiyorum” demesi hukuken bir anlam ifade etmez ise; öyle de kişilerin kendi rızaları ile özel hayatlarına müdahaleyi kabul etmeleri hukuken bir değer ifade etmez. Bu bağlamda rıza ile arama müessesesini insan hakları anlayışı ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Arama, kişilerin özel hayatını, aile hayatını ve konut dokunulmazlığını yakından ilgilendirmektedir, demiştik. Bu nedenle Anayasa tarafından da düzenlenmiştir. Nitekim Anayasa Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağını kabul etmiştir. (Madde 20/1) Kural olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı öngörülmüştür. (Anayasa, madde 20/2) Anayasa konutta yapılacak aramayı da düzenlemiş; ilk olarak kimsenin konutuna dokunulamayacağını belirttiikten sonra, buralarda aramanın ancak kanunda açıkça gösterilen hallerde ve kural olarak hâkim kararı ile gecikmede tehlike bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri ile yapılabileceğini öngörmüştür. (Anayasa, madde 21) Bir koruma ve önleme tedbiri olarak Aramanın, temel hak ve özgürlükleri ihlal edilecek⁵⁹ bir işlem olduğu düşünülerek, Hâkim tarafından karar verilmesi öngörülmüştür.

Gerçekten, arama kararı çoğu kere devlet menfaatleri ile birey menfaatleri arasında denge gözetmek, bazı temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilebilip edilemeyeceğine karar vermek gibi alınması zor bir karardır ve bu bakımdan hâkime bırakılması gereklidir.⁶⁰ Aramada hâkim kararının varlığı aramanın teminatıdır.⁶¹ Bu bağlamda “rıza” aramanın teminatı olamaz. Bir yargı kararından önce temel hak ve özgürlükleri askıya alan, her zaman kötüye kullanılmaya elverişli olan bir koruma tedbiri olarak aramada “rıza” söz konusu olmamalıdır. Anayasanın her durumda, arama için hâkim veya yetkili bir merciin emrini isteyen hükmü karşısında, bu kurala istisna getirilmesi mümkün değildir.⁶²

Birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, hele ki demokratik toplumun tam oturmadığı ülkelerde, ilgilinin rızasını sakatlayabileceğinden, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlandırılması kuralının dışına çıkılmamalıdır.

Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı” hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen “rıza” müessesesi, bu hakların ihlalini kolaylaştıracak ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacaktır. Bu sebeplerle “rıza ile arama” müessesesine mevzuatımızda, hiçbir şekilde yer verilmemesi gerekir.

Son olarak kolluğa, rızanın alınması koşulu ile, hâkim kararına gerek olmadan kendiliğinden adli arama yapma yetkisinin bir yönetmelikle verilmeye çalışılmasının anlamsızlığını vurgulamak istiyorum. Yönetmelikle istisna formatında yeni kural ihdas edilmemelidir. Yönetmelikler ancak bir kuralın uygulanmasını gösterirler. (Anayasa, madde 124/1) Bu sebeple bu istisnalara kanunda⁶³ yer verilmesi

⁶⁰ Özbek, a.g.e., s. 68, “Karş. Michallek, 71”.

⁶¹ Özbek, a.g.e., s. 68.

⁶² Eryılmaz, a.g.e., s. 191, dipnot, 508.

⁶³ Kanunla “rıza ile arama”ya yer verilmesi ve ilgili kanunun iptali davasının Anayasa Mahkemesi’nde görülmesi durumunda, Yüksek Mahkeme tarafından ne karar verileceğini çok merak etmekteyim. Anayasa ile çelişik bir durum arz edeceği sebebiyle iptal edilmesi taraftarıyım ve edileceği kanaatini taşıyorum.

⁵⁸ İnsan Haklarının niteliği ile ilgili olarak bkz.: J. Donnelly, (Trc.: M. Erdoğan-L. Korkut), *Teori ve Uygulamada İnsan Hakları*, 1995, s. 19 vd.; M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 1997, s. 311 vd.; Durmuş Tezcan-M. Erem-O. Ruhen Sancaktar, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 2002, s. 29 vd. Aktaran: Eryılmaz, a.g.e., s. 188.

⁵⁹ Özbek, a.g.e., s. 68, “Krş.: Rüping, 88”.

yerinde olurdu.⁶⁴/olacaktır. Öyle ki İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (madde 8), özel hayata ve konut dokunulmazlığına müdahale edilmesini gerektiren bu tür düzenlemelerin kanunla yapılmasını şart koşmaktadır.⁶⁵ Ne var ki kanuni bir düzenleme ile bile “rıza ile arama” bir istisna olarak getirilmemelidir. Hukuka aykırı aramaların, yerel mahkemelerimiz ve Strazburg mahkemesi kararları ile sabit olduğu üzere, çokça olduğu ülkemizde, hukuka aykırılıkları daha da arttıracak olması nedeniyle böyle bir düzenleme kanunla da yapılmamalıdır. Aksi durumda Anayasa Mahkemesi Anayasa ile aykırı olacak bu düzenlemeyi iptal etmelidir.

EK

DANIŞTAY 10. HUKUK DAİRESİ

E: 2005/6392 K: 2007/948

T: 13.03.2007

Aramada İlgilinin Rızası

Özet: “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. Maddesinin a bendindeki “yakalanması amacıyla konutta, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada...” ibaresinin; 30. maddesinin 1. fıkrasının ve 8. maddenin “f” bendindeki “ilgilinin rızası ...” ibaresinin iptaline karar vermek gerekmiştir.”

İstemlin Özeti: 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin ... (f) bendindeki “ilgilinin rızası ile” ibaresinin... iptali istenilmektedir.

Savunmaların Özeti: ... Öte yandan “ilgilinin rızasının” aramayı hukuka uygun hale getireceği, ... bu itibarla, dava konusu Yönetmeliğin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu hükümlerine aykırılık bulunmadığı savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi: Yunus Aykın

Düşüncesi: Dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan 8. maddesinin ... (f) bendindeki “ilgilinin rızası ile” ibaresinin yasal dayanağı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunudur. Yargılama usulü ile ilgili kanunlar ise, tamamen idarenin dışında kalan ve Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan mahkemeler tarafından uygulanan kanunlardır. Bu itibarla, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran kanun konusunun kabulü zorunludur. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise; bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Kanun Koyucu tarafından açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde yargılama usulünün, idarece yönetmelikle düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi yetki saptırılmasıdır.

Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bütünü incelendiğinde Kanun Koyucunun da aynı kaygıdan hareketle düzenleme yaptığı görülmektedir. Anılan Kanun'un; 82, 99 ve 167. maddelerinde yönetmelikte gösterilecek ve belirlenecek hususlar açıkça belirtilmiş, 333. maddesinde de “(1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır.” kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan yasa hükümlerinin değerlendirilmesinden, Kanun Koyucunun “idari alan” olarak gördüğü ve yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü hususları konu ya da madde belirtmek suretiyle Kanun'un 82, 99 ve 167. maddelerinde açıkça gösterdiği, bu konu ve maddeler arasında “arama” konusuna yer vermediği, 333. maddede ise, yönetmelik çıkarma yetkisini, sadece bu Kanunda öngörülen Yönetmelikler ile sınırladığı sonucuna ulaşılmaktadır. Yasa koyucunun, özellikle Yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmediği konuları ise, ayrıntılı olarak düzenlemeyi ve tüm olasılıkları Kanun içinde tüketmeyi tercih ettiği görülmektedir.

Diğer taraftan, Bakanlıkların Anayasanın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme

⁶⁴ Şemsettin Aksoy, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 80.

⁶⁵ Aksoy, a.g.e., s. 80.

yetkisi ise; görev alanları ile ilgili kanunlarla sınırlı olup, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kanunlar idarenin görev alanı ile ilgili olmadığından, idarenin Anayasa'nın 124. maddesine dayalı düzenleme yetkisi olduğundan söz etme olanağı da yoktur.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan 8. maddesinin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin ..., yetki yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptali, gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Metin Çetinkaya

... Dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresine gelince; Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı" dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişiliğe bağlı temel haklardır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmemiştir.

Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir.

Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza" müessesesinin bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacağı açıktır.

Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin "f" bendindeki "...

ilgilinin rızası" ibaresinin iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Türk Milleti Adına Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

... Dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresine gelince;

Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevleri" kısmında yer verilen "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı hakkı" dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmemiştir.

Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir.

Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan "özel hayatın gizliliği" ve "konut dokunulmazlığı" hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen "rıza" müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacağı açıktır.

Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin (f) bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 8. maddenin "f" bendindeki "... ilgilinin rızası ..." ibaresinin, esasta oybirliği gerekçede oyçokluğu ile iptaline 13.3.2007 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

... Dava konusu Yönetmelikte yer alan ve iptali istenilen maddelerden ...8/f ve... maddeleri adli aramalara ilişkin olup, bu maddeler yönünden Yönetmeliğin yasal dayanağını,

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu oluşturmaktadır.

Yargılama usulü ile ilgili kanunlar ise, tamamen idarenin dışında kalan ve Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca Türk Milleti adına yargı yetkisi kullanan mahkemeler tarafından uygulanan kanunlardır. Bu itibarla, genel anlamda, mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran kanun konusu olduğunun kabulü zorunludur. Yargılama usulü içinde düzenlenen bir konunun idari alan sayılabilmesi için ise; bu konuların neler olduğunun ve sınırlarının Kanun Koyucu tarafından açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisi vermediği hususların da idarece düzenlenebileceğinin kabulü, yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ki, bu durumun diğer bir ifadesi "fonksiyon gaspı"dır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bütünü incelendiğinde, anılan Kanunun 82, 99 ve 167. maddelerinde yönetmelikte gösterilecek ve belirlenecek hususlar açıkça belirtilmiş, 333. maddesinde de, "(1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, aksine hüküm bulunmadıkça, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılır." kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan Yasa hükümlerinin değerlendirilmesinden, Yasa koyucunun "idari alan" olarak gördüğü ve yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü hususları konu ya da madde belirtmek suretiyle Kanun'un 82, 99 ve 167. maddelerinde açıkça gösterdiği, bu konu ve maddeler arasında "arama" konusuna yer vermediği, 333. maddede ise, yönetmelik çıkarma yetkisini, sadece bu Kanunda öngörülen Yönetmelikler ile sınırladığı sonucuna ulaşmaktadır.

Yasakoyucunun, özellikle Yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmediği konuları ise, ayrıntılı olarak düzenlemeyi ve tüm olasılıkları Kanun içinde tüketmeyi tercih ettiği görülmektedir. Diğer taraftan, Bakanlıkların Anayasanın 124. maddesinden kaynaklanan düzenleme yetkisi ise; görev alanları ile ilgili kanunlarla sınırlı olup, mahkemeler tarafından uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kanunlar, idarenin görev alanı ile ilgili olmadığından, davalı idarelerin Anayasa'nın 124. maddesine

dayalı düzenleme yetkisi olduğundan söz etme olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda dava konusu Yönetmeliğin adli aramalara ilişkin bulunan ...8. maddesinin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin..., davalı Bakanlıkların düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle iptali gerektiği oyu ile karara karşıyız.

(Başkan: V. Mehmet Ünlüçay, Üye: Cem Erbüük)

Kaynakça

- Bahri Öztürk-M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Durmuş Tezcan-M. Erem-O. Sancaktar Ruhen, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2002.
- Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004
- Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat*, C. 1, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1988.
- Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Basım Yayın, Ocak 2007.
- Feridun Yenisey, *"Ceza Muhakemesinde Soruşturma, Kovuşturma ve Kanun Yolları"*, <http://igul.-bahcesehir.edu.tr/BOOKS/AramaHukuku.doc>.
- Feridun Yenisey, *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*, Bahçeşehir Üniv. Yayınları, İstanbul.
- Haluk Çolak-Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Ankara 2007.
- Hamdi Öner, *Hürriyet ve Mülkiyet Takyid Eden Kaideler*, AD. 1938.
- http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/yargi/040301_danistay.aspx
- <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20075/ibd200754dd10.pdf>
- M. Bedri Eryılmaz, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- M. Mehmet Doğan, *Büyük Türkçe Sözlük*, Pınar Yayınları, İstanbul 2001.
- M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 1997.
- Nevzat Toroslu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2001.

- Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Ankara 2006.
- Nur Centel-Hamide Zafer, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, İstanbul 2006.
- Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, ***Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi***, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Şemsettin Aksoy, ***Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama***, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.
- V. Özer Özbek, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama***, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.
- V. Özer Özbek-M. Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi***, Ankara 1999.