

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA VE EL KOYMA

Tezi Hazırlayan
Uygur Kaan ARISOY

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Kamu Hukuku Ana Bilim dalı
Yüksek Lisans Tezi

Nisan 2014
KIRIKKALE

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA VE EL KOYMA

Tezi Hazırlayan
Uygur Kaan ARISOY

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Kamu Hukuku Ana Bilim dalı
Yüksek Lisans Tezi

Nisan 2014
KIRIKKALE

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ danışmanlığında **Uygur Kaan ARISOY** tarafından hazırlanan "**Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve El Koyma**" adlı bu çalışma jürimiz tarafından Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalında **Yüksek Lisans Tezi** olarak kabul edilmiştir.

30 / 04 / 2014

JURI :

Danışman : Prof. Dr. Ali Akyıldız

Üye : Doç. Dr. Mustafa Özen

Üye : Yrd. Doç. Dr. Turan Şahin

ONAY :

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu'nun . . / . . / 2014 tarihli ve sayılı kararıyla onaylanmıştır.

Doç. Dr. Şamil OÇAL
Enstitü Müdürü

../../2014

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum bu çalışmayı bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlardan her seferinde yollama yaparak yararlandığımı belirtir, bunu şerefimle beyan ederim.

Enstitü veya başka herhangi bir mercii tarafından belli bir zamana bağlı kalmaksızın, tezimle ilgili bu beyana aykırı bir durumun tespit edilmesi durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

24.08.2013

Uygun Kaan ARISOY

ÖZET

Amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan Ceza Muhakemesinin bu amacına ulaşılabilmesi için uygulamada belki de en çok başvurulan koruma tedbirleri arama ve el koyma tedbirleridir. Bu tedbirlerin hukuka uygun şekilde icra edilmesi Ceza Muhakemesinin gereği gibi yürütülerek hükmün infazının sağlanması açısından hayati önem taşımaktadır. IHEB ve AİHS gibi uluslararası belgelerde de yer alan özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, mülkiyet gibi anayasal temel hak ve hürriyetlere doğrudan müdahale niteliği taşıyan arama ve el koyma tedbirleri bu hakların birer istisnası oldukları gibi suçlulukla mücadele ve toplumun güvenliği için de başvurulması gereken yöntemlerdir. Bu yüzden özgürlük ve güvenlik ikilemindeki hassas dengenin bozulmaması ve toplumun adalete olan inancının sarsılmaması adına bu tedbirlerin hukuka uygun şekilde icra edilmesi şarttır.

Yüksek lisans tezi niteliğindeki bu çalışmanın amacı temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliği taşıyan ve maddi gerçeğin araştırılmasında başvurulmuş en önemli tedbirlerden olan arama ve el koyma tedbirlerini detaylarıyla açıklamak, arama ve el koyma tedbirlerinin ulusal ve uluslararası hukuka uygun bir biçimde yapılmasının kurallarını ve yöntemini belirlemek, bu tedbirlerin uygulamada aksayan yönlerini tespit etmek, teori ile uygulamayı karşılaştırmak ve hukuka aykırı arama ve el koyma tedbirlerinin sonuçlarını ortaya koymaktır.

Yukarıda açıklanan çerçevede çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde genel olarak koruma tedbirleri kavramı ve hukuki niteliği açıklandıktan sonra ikinci bölümde bir koruma tedbiri olarak arama tedbirinin tanımı, amacı, hukuki niteliği, şartları, icrası, özel arama halleri ve hukuka aykırı aramanın sonuçları ele alınacaktır. Üçüncü bölümde ise bir koruma tedbiri olarak el koyma tedbirinin tanımı, amacı, hukuki niteliği, şartları, icrası, özel el koyma işlemleri ve hukuka aykırı el koyma işleminin sonuçları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: *arama, el koyma, makul şüphe, gecikmesinde sakınca bulunan hal, koruma tedbiri.*

ABSTRACT

The goal of the Code of Criminal Procedure is to disclose material fact and in order to reach this goal, maybe the most applied measures of precaution are search and seizure precautions. Execution of these precautions in proper manner is of vital importance for enforcement of judgment according to the Code of Criminal Procedure. Search and seizure precautions directly intervention to constitutional basic rights and liberties such as right of privacy, immunity of domicile, right of property found in international documents such as IHEB and AIHS are the exceptions of these rights as well as the methods should be applied for the public security and fighting with crimes. Thus in order not to become unbalanced between liberty and security and not to cast doubt on justice, execution of these precautions in accordance with the law is a must.

The goal of this study as a post graduate thesis is to explain search and seizure precautions in detail which are the most applied and important precautions in order to find the material fact, and cause directly intervention to the basic rights and liberties; set rules and methods while applying search and seizure precautions in accordance with the national and international law; determine defective points during application of these precautions; compare between theory and practice; and deliver results of unlawful search and seizure precautions.

In the abovementioned framework, our study constitutes of three chapters. In the first chapter, the general and judicial concept of precautions are explained; in the second chapter, definition, purpose, judicial feature, provisions, execution of search precaution as a protection measure, special search cases, results of unlawful searches are mentioned. In the third chapter, definition, purpose, judicial feature, provisions, execution of seizure precaution as a protection measure, special seizure cases, and results of unlawful seizures are emphasized.

Key words: *search, seizure, reasonable suspicion, non-delayable case, protection measures*

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser.
a.g.m.	: Adı geçen makale.
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
KMK	: Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu
m.	: Madde
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s.	: Sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve devamı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

İÇİNDEKİLER

KIŞISEL KABUL	1
ÖZET	11
ABSTRACT	111
KISALTMALAR	1V
İÇİNDEKİLER	V
GİRİŞ	1

1. BÖLÜM

GENEL OLARAK KORUMA TEDBİRLERİ

I. Tanım ve Kavram	4
II. Hukuk Düzenindeki Yeri	8
1-Hukuki Niteliği	9
2-Sınıflandırılması	9
2.1. Amaç Açısından Koruma Tedbirleri	9
2.2. Yöneldikleri Değerler Açısından Koruma Tedbirleri	9
2.3. Uygulandıkları Kişiler Açısından Koruma Tedbirleri	10
2.4. Tedbir Kararını Verecek Kişi Bakımından Koruma Tedbirleri	10
III. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri ve Koşulları	10
1-Kanun ile Öngörülme Zorunluluğu	10
2-Geçici Olma	11
3-Araç Olma	11
4-Henüz Hüküm Verilmeden Temel Bir Hakkı Sınırlama	12
5-Bir Karara Dayanma	12
6-Gecikmede Tehlike	14

7-Görünüşte Haklılık	15
8-Suç Şüphesinin Bulunması	16
9-Oranlılık (Ölçülülük)	18

2. BÖLÜM

KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA

I. Tanım ve Kavram	19
II. Hukuki Niteliği	23
III. Arama İşlemine Hâkim Olan İlkeler	24
1- Hukuk Devleti İlkesi	25
2- İnsan Haklarına Uygun İşlem Yapma İlkesi	27
3- Özel Hayatın Gizliliği İlkesi	28
4- Ölçülülük	30
5- Maddi Gerçeğin Araştırılması	31
6- Dürüst İşlem İlkesi	32
IV. Adli Aramanın Amacı	33
V. Adli Aramaya Maruz Kalacak Kişiler	34
VI. Adli Aramanın Şartları	37
1-Makul Şüphenin Bulunması	37
2-Yetkili Mercî Tarafından Verilmiş Bir Arama Kararı veya Emrinin Bulunması	42
2.1. Hâkim Kararı	42
2.2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri	45
2.2.1.Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal	46
2.2.2.Arama Emrinin Yazılı Olması	47
2.3. Kolluk Amirinin Yazılı Emri	48
2.4. Arama Kararının ve Emrinin İçeriği	53
2.4.1.Aramanın Nedenini Oluşturan Fiil	53

2.4.2.Aranacak Kişi	54
2.4.3.Aramanın Yapılacağı Yerin Adresi ve Eşyanın Ne Olduğu	54
2.4.4.Karar veya Emrin Geçerli Olacağı Süre	55
2.4.5.Aranan Eşyanın Elde Edilmesi Durumunda El Konulup Konulmayacağı	56
2.5. Yazılı Emir ile Yapılan Aramanın Onaylanması	56
2.6. Arama Kararı veya Emri Alınmaksızın Arama Yapılabilecek Haller	57
2.6.1. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. Maddesi	58
2.6.1.1. Hakkında Yakalama, Zorla Getirme ve Gıyabi Tutuklama Kararı Bulunanlarla İlgili Arama	59
2.6.1.2. Yakalanan Kişi Üzerinde Yapılacak Kaba Üst Araması	60
2.6.1.3. Gözaltına Alınan Kişinin Nezarethaneye Konulmasından Önce Üstünde Yapılacak Arama	62
2.6.1.4. Kaçmakta Olan Kişinin Takibi Sonucu Girdiği Yerlerde Yapılacak Arama	64
2.6.1.5. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Yapılacak Bir Takım Aramalar	66
2.6.1.6. Hukuka Uygunluk Sebepleri Doğrultusunda, Hayati Tehlikeyi Kaldırmak Amacıyla, Yardım Çağruları Üzerine Yapılacak aramalar	67
2.6.1.7. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. Maddesinin Anayasa ve CMK Açısından Değerlendirmesi	70
2.6.2. Durdurma ve Kontrol Araması	71
2.6.3. Orman Kanunu Kapsamında Yapılacak Aramalar	75
VII. Adli Aramanın İcrası	76
1- Aramanın Zamanı	76
2- Arama Yapılacak Yer	81
2.1. Konut Araması	81
2.2. İş Yeri Araması	82
2.3. Konut ve İşyeri Dışında Diğer Yerlerin Araması	83
2.4. Üst Araması	83

2.5. Kişilerin Eşyaları Üzerinde Arama	84
3- Aramada Hazır Bulunacak Kişiler	85
3.1. Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı	85
3.2. İşlem Tanıkları (CMK m. 119/4)	86
3.3. Aranacak Yerin Sahibi veya Eşyanın Zilyedi	88
3.4. Arama Tanıkları (CMK m. 120/1)	89
3.5. Avukatlar	94
4- Aramaya Maruz Kalacak Kişiyeye Bilgi Verilmesi Ve Verilecek Bilginin Kapsamı	95
5- Aramada Kolluk Güçlerinin Kuvvet Kullanması	97
6- Üst Aramasının İcrası	98
6.1. Kaba Üst Araması	98
6.2. Çıplak Üst Araması	99
7- Konut, İş yeri ve Eklentilerinde Yapılacak Aramanın İcrası	99
8- Araç Aramasının İcrası	100
9- Belge ve Kâğıtların İncelenmesi	101
10- Tesadüfen Elde Edilen Deliller	103
VIII. Özel Arama Halleri	107
1- Olay Yeri İncelemesi	107
2- Askeri Mahallerde Arama	110
3- Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama	111
4- Aranılan Kişinin Sıfatı Gereğince Özellik Arz Eden Durumlar	113
4.1. Cumhurbaşkanı	113
4.2. Milletvekilleri	114
4.3. Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları	115
4.4. Diplomatik Dokunulmazlığı Bulunanlar	116
4.5. Noterler	117
4.6. Avukatlar	117

5- Siyasi Partiler, Sendikalar, Dernekler ve Üniversitelerin Aranması_____	122
IX. Aramanın Sona Ermesi_____	123
1- Aramanın Sonunda Verilecek Belge_____	123
2- Arama Tutanağı_____	124
X. Arama Kararı ve Emrine Karşı Kanun Yolları_____	126
XI. Hukuka Aykırı Arama ve Sonuçları_____	128
1- Ceza Muhakemesi Hukukumuz Açısından Hukuka Aykırı Arama	128
2- AİHS' de Hukuka Aykırı Arama_____	130
3- Hukuka Aykırı Aramanın Ceza Sorumluluğu_____	133
4- Hukuka Aykırı Aramanın Tazminat Sorumluluğu_____	135

3. BÖLÜM

KORUMA TEDBİRİ OLARAK EL KOYMA

I. El Koyma Kavramı, Hukuki Niteliği ve Benzer Kavramlardan Farkları_____	139
1- El Koyma Kavramı_____	139
2- Benzer Kavramlardan Farkları_____	140
3- Hukuki Niteliği_____	144
II. El Koymanın Amacı_____	145
III. El Koymaya Hâkim Olan İlkeler_____	146
IV. El Koyma Tedbirine Maruz Kalacak Kişiler_____	147
V. El Koymanın Şartları_____	148
1- Yeterli Şüphe_____	148
2- El Koyma Kararı_____	149
2.1. Hâkim Kararı_____	149
2.2. Cumhuriyet Savcısı veya Kolluk Amirinin Yazılı Emri_____	151
3- El Koymaya Konu Olabilecek Bir Eşyanın Bulunması_____	153
4- El Konulması Yasak Olan Eşyanın Söz Konusu Olmaması_____	155

4.1. El Konulamayacak Mektup ve Belgeler	155
4.2. Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler	157
4.3. Müdafî ile Yazışmalar	160
4.4. Basın Araçları	160
VI. El Koymanın İcrası ve Çeşitleri	160
1- Basit El Koyma	160
2- Taşınmaz, Hak ve Alacaklara El Koyma	163
3- Zorlama Amaçlı El Koyma	169
4- Postada El Koyma	172
5- Bilgisayarlarda ve Bilgisayar Kütüklerinde El Koyma	175
6- Şirket Yönetimine Kayyım Atanması	181
7- Basılmış Eserlere ve Basın Araçlarına El Koyma	184
8- Kaçakçılık Suçlarında El Koyma	186
9- Bankacılık Suçlarında El Koyma	187
10- Orman Suçlarında El Koyma	190
11- Askeri Mahallerde ve Avukat Bürolarında El Koyma	191
VII. El Konulan Eşyanın Muhafazası veya Elden Çıkarılması	192
VIII. El Koymanın Sona Ermesi	194
IX. El Koyma İşlemine Karşı Kanun Yolları	196
X. Hukuka Aykırı El Koyma ve Muhafaza Altına Alma İşleminin Sonuçları	198
1- Genel Olarak Hukuka Aykırı El Koyma	198
2- Hukuka Aykırı El Koymanın Ceza Muhakemesi Açısından Sonuçları	199
3- Hukuka Aykırı El Koymanın Ceza Hukuku Açısından Sonuçları	199
4- Hukuka Aykırı El Koymanın Tazminat Hukuku Açısından Sonuçları	200
4.1. Koşulları Oluşmadığı Halde El Koyma	200
4.2. El Konulan Eşyanın Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması	201
4.3. El Konulan Eşyanın Amaç Dışı Kullanılması	202
4.4. El Konulan Eşyanın Zamanında Geri Verilmemesi	203

4.5.Tazminat İsteminin Usul Şartları ile Tazminatın Kapsamı	204
SONUÇ	206
KAYNAKÇA	211
ÖZGEÇMİŞ	215

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu amaca ulaşabilmek için delil elde etmeye veya failin yakalanmasına yönelik olarak bir takım koruyucu tedbirlere başvurulması gerekir. İşlenen bir suçla ilgili dava dosyasının Hâkimin önüne gelmesine kadar geçecek sürede suçun işlendiği tarihteki delillerin elde edilmesi ve muhafaza altına alınması için başvuru yöntemleri koruma tedbirleridir. Koruma tedbirleri temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı gibi bu hak ve özgürlüklerin de istisnasını oluşturmaktadır. Diğer yandan temel hak ve özgürlükleri anayasal güvence altına almış her hukuk devletinde bireyler özel hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Dolayısıyla bu noktada özgürlük ve güvenlik arasında hassas bir denge karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin bir kararında da belirtildiği gibi —*Hukuk devleti güvenlik içinde özgür ve onurlu bir yaşam sunmayı amaçlamalıdır*¹."

İşte bu özgürlük ve güvenlik ikileminde bireylere güvenli bir hayat sunabilmek için suçun soruşturulup önlenmesi bakımından büyük öneme sahip olan ve özellikle konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve mülkiyet haklarına müdahale niteliği taşıyan arama ve el koyma tedbirleri çalışma konumuzu oluşturmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin (İHEB) 12. maddesinde —*kimsenin özel yaşamı, ailesi, konutu ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamayacağı, herkesin bu tür karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkının bulunduğu*” belirtilmektedir. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde de "*Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak milli güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi,*

¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 20.06.2005 gün ve 2003/3539 - 2005/8098 sayılı kararı.(uyap içtihat programı)

sağlığın veya ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilir" hükmü yer almaktadır. AİHS'ni temel alan Anayasamızın 13. maddesine göre ise —*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” Buna göre temel hak ve hürriyetler Anayasa'da belirtilen sınırlama nedenlerine bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabilir. Anayasanın 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı, 21. maddesinde ise konut dokunulmazlığı hakkının Anayasal güvence altına alındığı, bu hak ve özgürlüklere ancak —*Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” nedenleriyle müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda Ceza Muhakemesi Yasası ile temel hak ve hürriyetleri sınırlayan koruma tedbirleri düzenlenmiş, soruşturma makamlarına bu hususlarda yetki verilmiştir. Yetki suçla mücadele için gerekli olmakla birlikte, kullanılan her yetki bireyin hak ve özgürlük alanına haksız bir müdahale riski taşımaktadır . Birey hak ve özgürlükleri korunarak yapılacak arama ve el koyma ile elde edilecek deliller hem işlenen suçla ilgili maddi gerçeği açığa çıkaracak hem de işlenecek olan suçların engellenmesine yardımcı olacaktır. Bu tedbirlerin hukuksuz bir biçimde, diğer bir yaklaşımla suçla mücadelenin suç işleyerek gerçekleştirilmesi durumunda ise hem anayasal güvence altında olan temel özgürlükler ortadan kalkacak hem de toplumun devlete ve adalete olan inancı yitirilerek suçla mücadeleye desteği sağlanamayacaktır.

Bu çalışma sözü geçen özgürlük ve güvenlik dengesinde arama ve el koyma tedbirlerinin ulusal ve uluslararası hukuka uygun bir biçimde yapılmasının kurallarını ve yöntemini belirlemek amacıyla hazırlanmıştır. Bu doğrultuda mesleği bizzat icra ediyor olmamız nedeniyle amacımız bu tedbirlerin uygulamada aksayan yönlerini

² ERYILMAZ, M. Bedri; Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama; Ankara 2003, s. 22.

tespit etmek, teori ile uygulamayı karşılaştırmak ve hukuka aykırı arama ve el koyma tedbirlerinin sonuçlarını ortaya koymaya çalışmaktır.

1. BOLUM

GENEL OLARAK KORUMA TEDBİRLERİ

I-Tanım ve Kavram:

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 1. maddesi kanunun kapsamını düzenlemektedir. Buna göre;

Madde 1 - (1) *Bu Kanun, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenler.*

Bu madde uyarınca CMK sadece *—ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kuralları*" düzenler. Doktrinde ise ceza muhakemesi çeşitli şekillerde tarif edilmiştir.

Bir görüşe göre Ceza Muhakemesi ; *—ceza hukukunun ihlal edildiği iddiasının doğruluğunun araştırılması faaliyetidir* .

Başka bir görüş ise ceza muhakemesi hukukunu kısaca *—ceza muhakemesini düzenleyen hukuk dalı*" olarak tanımladıktan sonra ceza muhakemesi kavramını görev, hukuki ilişkiler bütünü ve yaşayan bir gerçek olması bakımından üç ayrı şekilde tanımlamaktadır. Buna göre; ceza muhakemesi bir görev olarak ele alınır ise ; *—ceza iddiası, müdafaa ve yargılama (kaza) görevlerinden meydana gelen muhakeme adli faaliyetin kolektif bir şekilde yapılmasını düzenleyen hukuk dalıdır*". Ceza Muhakemesi bir yapı olarak ele alınır ise : *—Devletin suçlulara ceza vermek görevini yerine getirebilmesi için ilgililerin yargılama makamlarına başvurması demek olan asıl ceza davası ile tali mahiyetteki uyuşmazlıkların çözülmesi için başvurma demek olan tali ceza davaları dolayısıyla süjeler arasında doğan ilişkileri düzenleyen hukuk dalıdır*". Ceza muhakemesi yaşayan bir gerçek olarak ele alınır ise; *—ceza*

muhakemesi adlı hayat fenomeninin organik bünyesini bu bünyenin görev şartlarına ve icaplarına uyuluşunu düzenleyen hukuk dalıdır⁴."

Diğer bir yaklaşıma göre ise —*muhakeme hukuku yargılama, iddia ve savunmadan oluşan üçlü bir faaliyeti*” ifade eder⁵.

Bu tanımlar doğrultusunda ele alındığında koruma tedbirleri ise genel olarak; ceza muhakemesinin gereği gibi yapılabilmesi, yürütülen muhakeme sonucunda verilecek hükmün kâğıt üzerinde kalmayarak infazının mümkün kılınması ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla muhakeme sürecinde kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda geçici olarak başvuru ve hükümden önce gerektiğinde zor kullanmak suretiyle bazı temel hak ve özgürlüklere geçici müdahaleyi gerektiren kanuni çarelerdir⁶.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun —*Bir Suçun İşlendiğini Öğrenen Cumhuriyet Savcısının Görevi*” başlıklı 160. maddesi şu şekildedir:

(1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

(2) Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.

⁴ KUNTER, Nurullah - YENİSEY, Feridun - NUHOGLU, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku; İstanbul 2010; s. 13, 14.

⁵ ÖZBEK, Veli Özer - KANBUR, Mehmet Nihat - DOĞAN, Koray - BACAĞSIZ, Pınar - TEPE, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2012; s. 40.

⁶ ŞAHİN; a.g.e; s. 203, HAKERİ, Hakan - ÜNVER, Yener; Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler; Ankara 2008; s. 151, ÖZTÜRK, Bahri - TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SIRMA, Özge - SAYGILAR, Yasemin F. - ALAN, Esra; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2010; s. 379.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesinin ilk iki fıkrası ise şu şekildedir;

(1) Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.

(2) Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.

Bu düzenlemelere göre Cumhuriyet Savcısı işlenmiş olan bir suçla ilgili kamu davası açıp açmama konusunda bir karar verebilmek için hazırlık soruşturması yürütmelidir. Savcı yürüttüğü soruşturma kapsamında elde ettiği deliller ışığında suçun işlendiğine dair yeterli şüpheye ulaşırsa görevli ve yetkili Ceza Mahkemesi nezdinde kamu davası açmak üzere bir iddianame düzenler. O halde savcının iddianame düzenleyebilmesi, konuyla ilgili yeterli delillere ulaşmasına bağlıdır. Delil iddiaya konu eylemin gerçekten var olduğuna kanaat getirilmesini sağlayan araçlardır. Ceza Muhakemesinde kabul edilen delil serbestisi ilkesi doğrultusunda Cumhuriyet Savcısı hukuka uygun elde ettiği her türlü delili şüpheli aleyhine veya lehine kullanabilir. Cumhuriyet Savcısının yürüttüğü hazırlık soruşturmasının amacı iddiaya konu eylemle ilgili delil araştırmaktır. Bu durumda delil Cumhuriyet Savcısının kamu davası açıp açmama konusunda karar verebilmesini sağlayan bilgi kaynağıdır. İşte Cumhuriyet Savcısının delil elde etmesi için başvurduğu arama, el koyma, iletişimin denetlenmesi gibi tedbirler —*koruma tedbirleri*” terimi ile ifade edilmektedir.

Muhakeme faaliyetinin amacının gerçeği ortaya çıkarmak olduğu göz önüne alındığında yargılama faaliyetinin uzun sürmesinin muhakemenin de başarısızlıkla sonuçlanmasına sebep olacağı açıktır. Muhakemeye konu olayın geçmişte gerçekleşmiş olmasından dolayı yargılamayı yapacak yargıcın olayı zihninde en doğru şekilde canlandırabilmesi gerekmektedir. Bunun için bazı delillerin yargılama sürecinde muhafaza edilmesi ve korunması gerekmektedir. Dolayısıyla iddiaya konu olayın gerçekleştiği andan hemen sonra olayla ilgili deliller ele geçirilir ve toplanıp muhafaza edilirse bu bir anlam kazanır ve yargılamanın süratli sonuçlanmasına katkı

sağlar. Deliller yok olduğunda veya değişikliğe uğradığında başka deliller de yok ise yargılama gerçeğe uygun olarak sonuçlanmayacaktır. İşte bu nedenler birlikte değerlendirildiğinde koruma tedbirlerinin işlevi yargılama konusu fiilin delillerinin yok olmasını veya değişikliğe uğramasını engelleyerek muhakeme faaliyetindeki zaman unsurunun olumsuzluğuna rağmen hâkimin gerçeğe ulaşmasına katkı sağlamaktır. Böylece bu tedbirler sayesinde yargılama sonucunda verilecek hükmün infaz edilebilir olması da mümkün hale gelecektir . Diğer bir deyişle koruma tedbirleri sayesinde yargılama sonucunda verilecek hükmün infaz edilebilirliği teminat altına alınmaktadır .

Yargılama konusu eylemle ilgili delillerin elde edilmesi ve muhafaza altına alınması dışında şüpheli veya sanığın muhakeme sırasında veya mahkûmiyet hükmünün infazı için hazır bulundurulmasını sağlamak da koruma tedbirlerinin amaçları arasındadır.

—*Koruma tedbiri*” terimi üzerinde doktrinde görüş birliği yoktur. Koruma tedbirleri doktrinde; ihtiyati tedbir, emniyet tedbiri, usul tedbirleri, zorlayıcı önlemler, ceza yargılaması önlemleri, soruşturma tedbirleri gibi çeşitli isimlerle nitelendirilmiştir. Ancak yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile bu tedbirler -*Koruma Tedbirleri*” başlığı altında düzenlenerek terim karmaşasına son verilmiştir.

Koruma tedbiri terimi tedbirin konusunu oluşturan delili ve elde edilmek istenen bu delilin kaybolmaması amacını ifade eder. Buna karşılık bazı hukuk sistemlerinde —*zorlama tedbiri*” tercih edilmiş ise de; birçok koruma tedbirinde tedbire maruz kalan kişi tedbirden haberdar şekilde boyun eğme zorunluluğu hissetmesine rağmen özellikle iletişimin denetlenmesi gibi gizli tedbirlerde kişiler genellikle bu tedbirlere gizlice maruz kalıyor olmaları bakımından üzerlerinde bir zorlama hissetmezler⁹.

KUNTER, YENISEY, NUHOGLU; a.g.e. ; s. 834.

ŞAHİN; a.g.e; s. 203.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, a.g.e.; s. 261.

II-Hukuk Düzenindeki Yeri:

Koruma tedbirlerinin hukuk düzenindeki yerini alması 18. yüzyıldaki özgürlük hareketleri ile mümkün olmuştur. İHEB'nin 9. maddesinde "Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez." , 12. maddesinde "Kimsenin özel yaşamına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılmaz." , 17. maddesinde ise "Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılmaz." şeklinde hükümler yer almaktadır. Aynı şekilde Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de benzer düzenlemeler bulunmaktadır. AİHS'nin 8. maddesinde herkesin gerek özel, gerekse aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu, bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesinin ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasa ile öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği belirtilmektedir¹⁰. Bunun yanında Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmesi'nin 17. maddesinde "hiç kimsenin özel hayatı, ailesi, konutu veya haberleşmesine keyfi ya da yasa dışı olarak dokunulamaz" denmektedir.

Görüldüğü gibi koruma tedbirlerinin doğrudan müdahale niteliği taşıdığı temel hak ve özgürlükler temelinde keyfilik ve hukuka aykırılık, uluslararası metinlerde kesin bir dille yasak olarak yerini bulmuştur. Türk Hukuku'nda da benzer yönde düzenlemeler mevcuttur. Anayasamızın 19. , 20. ve 21. maddelerinde kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı temel hakları düzenlenmiş, söz konusu maddelerde bu hakların nasıl sınırlandırılacağı, örneğin suç soruşturmasıyla ilgili arama kararının nasıl alınacağı genel ilkeleri ve hatlarıyla

AKSOY, Şemsettin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslar arası yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama; Ankara 2007; s. 15.

belirlendikten sonra konuyla ilgili asıl ayrıntılı düzenlemelerin CMK'nın 116. ve devamı maddelerinde yer aldığını görüyoruz.

1- Hukuki Niteliği:

Koruma tedbirleri muhakeme boyunca eski durumu yaşatmak veya verilecek kararın yerine getirilmesini sağlamak için kullanılan bir araçtır. Bu nedenle de geçicidir. İstenilen amaç gerçekleşince koruma tedbiri de sona ermelidir¹¹. Bu açıdan bakıldığında koruma tedbirleri müeyyide değil müeyyidenin uygulanmasını sağlamaya yönelik araçlardır.

2- Sınıflandırılması:

2.1. Amaç Açısından Koruma Tedbirleri:

Koruma tedbirleri delillerin elde edilmesi ve korunması, şüpheli veya sanığın yargılama faaliyeti sırasında hazır bulundurulması ya da hükmün infaz edilmesi
12
amaçlarına göre sınıflandırılabilir . Örneğin yakalama, tutuklama, zorla getirme ve gözaltı gibi tedbirler şüpheli ve sanığın hazır edilmesi ile ilgili tedbirlerdir. Arama, el koyma, iletişimin tespiti gibi tedbirler delil elde etmeye yönelik tedbirlerdir.

2.2. Yöneldikleri Değerler Açısından Koruma Tedbirleri:

Koruma tedbirleri özgürlüğe, vücut bütünlüğüne, özel hayatın gizliliğine ve zilyetliğe yönelik olabilir. Örneğin beden muayenesi veya kan örneği alınması tedbirleri vücut bütünlüğüne yönelik, gözaltı tedbiri özgürlüğe yönelik, teknik araçlarla izleme özel hayatın gizliliğine yönelik ve el koyma zilyetliğe yönelik tedbirlerdir.

AYDIN, Murat; Arama ve El Koyma; Ankara 2012; s. 23.

CENDEL, Nur - ZAFER, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku; İstanbul 2006; s. 279.

2.3. Uygulandıkları Kişiler Açısından Koruma Tedbirleri:

Koruma tedbirleri uygulandıkları muhakeme sjelerine göre farklılık göstermektedir. Örneğin tutuklama, gözaltı ve yakalama Şüpheli veya sanık hakkında uygulanan koruma tedbirlerindedir. Zorla getirme ise Şüpheli ve sanığın yanında mağdur, müşteki, sanık ve hatta bilirkişi hakkında bile uygulanabilir. Keza arama tedbiri üçüncü kişiler hakkında bile uygulanabilir.

2.4. Tedbir Kararını Verecek Kişi Bakımından Koruma Tedbirleri:

Ceza Muhakemesi sistemimizde sadece Hâkim tarafından hükmedilebilecek koruma tedbirleri olduğu gibi Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amiri tarafından karar verilebilecek koruma tedbirleri de vardır. Örneğin gözlem altına alma ve taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirlerine yalnızca Hâkim karar verebilir. Diğer yandan gözaltı tedbirine de yalnızca Cumhuriyet Savcısı karar verebilir. Arama, el koyma, vücuttan örnek alınması gibi tedbirlere Hâkim karar verebileceği gibi gecikmesinde sakınca varsa Cumhuriyet Savcısı da karar verebilir.

III. Koruma Tedbirlerinin Ortak zellikleri ve Koşulları:

1. Kanun ile öngörülme Zorunluluğu:

Temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerine ancak yasal bir dayanak varsa başvurulabilir. Bu husus Anayasamızın 13. maddesinde yerini bulmuştur. Bu doğrultuda da temel hak ve hürriyetleri sınırlayan koruma tedbirleri sistemimizde Anayasa'nın 13. maddesine uygun olarak Ceza Muhakemesi Kanunu ile düzenlenmiştir.

Kanunen var olmayan bir koruma tedbiri kıyas yoluyla uygulanamayacağı

13

gibi koruma tedbirlerinin yasal Şartları ve sebepleri de kıyas yoluyla geniŐletilemez¹³.

Çünkü koruma tedbirlerine başvurulması temel hak ve özgürlüklere bir müdahaledir; yani temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıdır. Bu da Anayasa'nın 13. Maddesi gereği ancak maddede sayılan şartlara uygun olarak kanunla yapılabilir. Ayrıca özgürlük esas, sınırlama istisna olduğu için uygulama yapılırken koruma tedbirine ilişkin yasal düzenlemeler dar yorumlanır.

2. Geçici Olma:

Koruma tedbirleri birer vasıta olmaları hasebiyle geçicidirler. Bu tedbirlerle ulaşılmak istenen amaç hâsıl olunca tedbir de sona erer. Bu husus, tedbirlerin yaptırım olmamasının da bir sonucudur. Amaca ulaşılmış olmasına rağmen tedbire devam edilmesi tedbiri hukuka aykırı hale getirecektir. Mevzuatta genellikle tedbirlerin ne kadar sürecekleri belirlenmiştir. Örneğin CMK'nın 102. maddesinde azami tutukluluk süreleri, 90. maddesinde gözaltı süresi, 135. maddesinde ise iletişimin denetlenmesi süreleri açık ve net şekilde düzenlenmiştir. Böylece keyfiliklerin önüne geçilmiştir.

3. Araç Olma:

Koruma tedbirleri daha önce de değinildiği gibi amaç değil hüküm vermenin bir aracıdır. Yöneldikleri kişilere karşı yaptırım niteliği taşımayan koruma tedbirleri delil temin ve muhafaza etme, muhakemenin yapılmasını sağlama, verilecek kararların ve muhakeme masraflarının kâğıt üzerinde kalmasını engelleme, hükmün infazını sağlama amaçlarına yöneliktir. Bu amaçlara ulaşıldığı halde örneğin el koyma tedbirine son vermemek somut olayın özelliklerine göre çeşitli suç tiplerine örneğin TCK 257'ye vücut verebilir¹⁴. Araç oluş ayrıca bir koruma tedbirinin başka bir koruma tedbirine geçişi gerektirmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Örneğin yakalanan kişinin gözaltına alınması, gözaltına alınan şahsın tutuklanması, arama

sonucu ele geçirilen suç eşyasına el konulması açısından önde gelen tedbir diğerinin aracı durumundadır¹⁵.

4. Henüz Hüküm Verilmeden Temel Bir Hakkı Sınırlama:

Koruma tedbirlerinin mutlaka kanunla düzenlenmesinin nedeni olarak bu tedbirlerin bireysel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliği taşıması olduğunu belirtmiştik. Daha üzerine atılı suçu işlediği yargı kararıyla kesinleşmeyen bir kimse hakkında örneğin tutuklama tedbirinin uygulanmasıyla kişi özgürlüğüne, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasıyla haberleşme özgürlüğüne müdahale edilmektedir. Bu özellik doğrudan veya dolaylı olarak tüm koruma tedbirlerinde vardır.

5. Bir Karara Dayanma:

Koruma tedbirlerine kural olarak Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine Hâkim veya Mahkeme re'sen karar verir. Soruşturma evresinde koruma tedbirine karar vermeye yetkili hâkim Sulh Ceza Hâkimidir. Bazen de tutuklamada olduğu gibi itiraz merciidir.(CMK 271/4) Tutuklama (CMK 101/1), adli kontrol (CMK 110/1), taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma(CMK 128/9), avukat bürolarında arama, el koyma ve postada el koyma (CMK 130/1), şirket yönetimi için kayyım tayini (133/1), moleküler genetik inceleme (CMK 79/1) gibi koruma tedbirlerine yalnızca Hâkim karar verebilir.

Bazı koruma tedbirlerine kural olarak Hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısı yetkilidir. Örneğin postada el koyma (CMK 129/1), arama (CMK 119/1), iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması (CMK 135/1) gibi tedbirler bu şekildedir.

Gözaltı (CMK 91/1) ve fizik kimliğin tespiti(CMK 81/1) tedbirlerine sadece Cumhuriyet Savcısı karar verebilir.

Bazı koruma tedbirlerine ise Hâkim ve Cumhuriyet Savcısı yanında, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamayan hallerle sınırlı olmak üzere kolluk amiri de yetkilidir. Örneğin arama ve el koymada olduğu gibi. (CMK 119/1 ve 127/1)

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus, görüldüğü gibi soruşturma evresinde çok sayıda işlem için Hâkim kararına ihtiyaç duyulmasıdır ki bu durum Cumhuriyet Savcısının konumu ve bazı ceza muhakemesi kurumları ile bağdaşmamaktadır. Gerçekten soruşturmada asıl yetkili ve sorumlu olan, kapsamlı bir soruşturma çerçevesinde gerekli bütün delilleri toplamakla yükümlü kılınan ve bunları yapmadığı takdirde iddianamesi iade edilen Cumhuriyet Savcısıdır. Hâkim önüne gelen her koruma tedbiri talebini kabul etmek zorunda olmadığı gibi Cumhuriyet Savcısı da Hâkimi bu konuda zorlayamayacağından ya kamu davası açılmayacak ya da toplanamayan deliller sebebiyle düzenlenen iddianame iade edilecektir. Bu noktada Cumhuriyet Savcısı yeniden delil toplama konusunda çaresiz kalacaktır¹⁶. Ayrıca koruma tedbirleri için gerekli olan "makul şüphe" veya "kuvvetli şüphe" kavramları pek tabidir ki her Hâkim tarafından somut olaya göre farklı yorumlandığından aynı şartları taşıyan bir soruşturmada gerekli koruma tedbiri kararları alınabilirken bir diğerinde alınamamış olması, hem bir karmaşa hem de soruşturmaya maruz kalan kişilerde bir güvensizlik oluşturmaktadır. Kapsamlı dosyalarda gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle Cumhuriyet Savcısının kararıyla uygulanan, örneğin arama ve el koyma işlemlerinden sonra, bunların 24 saat gibi kısa bir sürede Hâkim onayına sunulması gerektiğinden tahkikat evrakının ve el konulan eşyaların tam bir şekilde savcılığa intikal ettirilip hâkim onayına sunulması için acele edilmekte, bu da soruşturma işlemlerinin çoğu zaman eksiksiz bir şekilde yapılmasını engellemektedir.

CMK'nın 160. maddesinin 2. fıkrasına göre Cumhuriyet Savcısı şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlüdür. Bu durum soruşturma sistemimizi diğer sistemlerden ayırmaktadır. Cumhuriyet Savcısına yüklenen bu görev bir Hâkim gibi çalışmasını, sadece şüpheli aleyhine değil lehine olan durumları da gön önünde bulundurmasını gerektirmektedir. Bu nedendir ki sistemimizde Hâkim ve Savcılar hep birlikte anıla gelmiştir. Cumhuriyet Savcısının, şüphelinin hem lehine hem de aleyhine hareket ettiği bir sistemde bu kadar çok soruşturma işleminin Hâkim onayına tabi tutulması, bahsedildiği gibi soruşturmaları çıkmaza sokmaktadır. Bütün bu nedenlerle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile Anayasamızdan kaynaklanan zorunluluklar dışında koruma tedbirleri için Hâkim kararı gereken durumlar azaltılmalı veya Hâkim onayı için gereken kısa süreler uzatılmalıdır. Bir diğer çözüm ise Cumhuriyet Savcısının kararıyla yapılan işlemlere itiraz edilmediği sürece onaya sunulmaması, sadece ilgilisi itiraz ederse işlemin Hâkim önüne götürülmesi şeklinde olabilir ya da bu hususların tamamen kovuşturma aşamasında gözetilmesi gerektiğinden bahisle birçok koruma tedbirinde Hâkim kararı aranmasından vazgeçilmeli ve soruşturmanın asıl sorumlusu olan Cumhuriyet Savcısı bu konuda yetkili kılınmalıdır.

6. Gecikmede Tehlike:

Koruma tedbirleri temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığından ve henüz uyuşmazlık çözümlüp gerçek tam olarak ortaya çıkmadan başvuru araçları olduğundan hak ve özgürlüklere yönelik bu müdahale, dolayısıyla sınırlama koruma tedbirlerinin bedeli olarak kabul edilir. Bu bedel ise ancak tedbire gecikmeden, acil olarak başvurma zorunluluğu ile haklı görülebilir . Bir soruşturmada herhangi bir koruma tedbirine başvurulmadığında meydana gelecek zaman kaybının muhakemeyi güçleştirmesi hatta olanaksız hale getirmesi söz konusuysa, gecikmesinde sakınca bulunan hal şartı mevcuttur. Örneğin trafik kazası sonucu bir kişinin ölümüne neden olan sürücünün derhal alkol seviyesinin ölçülmesi gerekir. Çünkü alkol seviyesi her geçen dakika değişim göstermektedir. Bu nedenle böyle bir olayda sürücü alkol

ölçümünü kabul etmiyorsa gecikilmesi durumunda sürücünün kusur durumu net bir şekilde tespit edilemeyeceğinden kan örneğinin alınması bakımından gecikmede sakınca vardır. O anda tedbire başvurulmamada bir tehlike yoksa koruma tedbirine başvurmaya da gerek yoktur. Gecikmede tehlike bulunup bulunmadığı her olayın özelliğine göre belirlenecektir. Ayrıca birçok koruma tedbiriyle ilgili yasal düzenlemelerde hangi durumların gecikmede tehlike şartını oluşturacağı belirlenmiştir. Örneğin CMK'nın 100. maddesinde şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular ile delillerin yok edilmesi hususlarındaki kuvvetli şüphe gecikmede tehlike şartını oluşturan nedenler olarak düzenlenmiştir.

7. Görünüşte Haklılık:

Bir koruma tedbirine başvurulabilmesi için bir hakkın tehlikede olduğu veya bir haklılığın gerçekten var olduğu konusunda kuvvetli bir ihtimalin mevcut olması gerekir. Koruma tedbirine başvurmanın haklı olup olmadığı ancak yargılama sonunda anlaşılacaktır. Ancak bazen hemen muhakemenin başında bir koruma tedbirine başvurmak gerekecektir. Bu durumda kesin bir haklılık değil bir ihtimalden hareketle görünüşte haklılık ile hareket etmek gerekecektir. Her olayda kesin ve mutlak bir haklılık aranırsa yargılama bitmeden hiçbir koruma tedbirine başvurulamaz. Bu da soruşturmanın genel mantığına aykırıdır.

Koruma tedbirine görünüşte haklılık dahi olmadan başvurulması durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Devletimiz tazminata mahkûm edilmektedir. CMK'nın 143. maddesinin 2. fıkrasına göre Devlet bu durumda koruma tedbirine karar veren kamu görevlisine rücu edebilecektir. Ancak devletin rücu edebilmesi için kamu görevlisinin icrai bir davranışla görevini kötüye kullanmış olması gerekir. Böyle bir durumda da koruma tedbirine başvurmada görünüşte

18

haklılık dahi yoktur¹⁸.

8. Suç Şüphesinin Bulunması:

Görünüşte haklılık müessesesi ile ilgili olarak CMK'da koruma tedbirleri açısından bazı şüphe durumları ön görülmüştür. Şüphe bir insanın bir olay karşısında duyduğu emin olamama veya güvensizlik duygusudur¹⁹. Diğer bir tanıma göre

20

şüphe; zihnin birçok düşünce arasında bir tercih yapmasında duraksamasıdır . Ceza muhakemesinde söz konusu olan şüphe ise soruşturmada yetkililerin eldeki bulgulara dayanan bir var sayımından ibarettir. Şüphe soruşturma aşamasının vazgeçilmez bir unsurdur. Kovuşturma aşamasında ise amaç bu şüphenin yerini gerçekliğin almasını

21

sağlamaktır . Dolayısıyla delil olmadan ceza muhakemesi süreci başlamaz. Çünkü bir ceza muhakemesi yapılmasının nedeni suç şüphesidir. Bir hukuk devletinde bir

22

şüphe ancak delillerle tarif edilebilir . Bu anlatılanlar ışığında ceza muhakemesindeki koruma tedbirlerine de ancak bir suçun işlendiği veya en azından işlenmesine teşebbüs edildiği şüphesiyle başlatılan suç soruşturması kapsamında başvurulabilecektir. İşte bu doğrultuda kanun koyucu koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale seviyesine göre şüphe dereceleri belirlemiştir. Ancak bu şüphe dereceleri de her zaman uygulayıcıların her olaya göre farkı yorumlarına açıktır.

Şüphenin en basit derecesi olan basit şüphe soruşturmanın başlamasını sağlayan ve bir suçun işlendiği izlenimini veren belirti veya haldir. Bu belirti veya hal artık yalnızca tahminin ötesinde örneğin bir suç ihbarı veya şikâyet olarak karşımıza çıkar. Bununla birlikte Cumhuriyet Savcısının soruşturmayı başlatması için kural olarak suçtan zarar görenin bu yönde bir talebi aranmaz ve suçu öğrenen

23

Cumhuriyet Savcısı re'sen harekete geçmekle yükümlüdür . Basit şüphe iddianame ve mahkûmiyet için yeterli değildir. Yeterli şüphe ise failin mahkûm olma olasılığının beraat etme olasılığından fazla olmasını ifade eder. Bu noktada mutlaka somut bulgular mevcut olmalıdır. Yeterli şüphe ile iddianame düzenlenebilir. (CMK

¹⁹ www.turkcebilgi.com, erişim tarihi 22.07.2013.

²⁰ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e.; s. 380.

²¹ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, ; a.g.e.; s. 263.

²² ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e.; s. 380.

²³ PARLAR, Ali - HATİPOĞLU, Muzaffer - YÜKSEL, Erol Güngör; Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat; Ankara 2008; s. 500.

170/2) Koruma tedbirlerinde kanun koyucu makul şüphe ve kuvvetli şüpheli öngörmüştür.

Makul şüphe AiHM'nin Labita-İtalya Kararı'nda —*kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek yeterli olgu ve bilginin*

24

varlığı” olarak tanımlanmıştır . Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 6. maddesinde ise makul şüphe şu şekilde tarif edilmiştir:

Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.

Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.

Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.

Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.

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

Buna göre sadece soyut bir ihbar veya şikâyet makul şüphe için yeterli olmayacaktır. Bu ihbar ve şikâyeti destekleyen belirtilerin bulunması gerekmektedir. CMK'nın 116. maddesinde arama tedbiri için makul şüphe gerektiği düzenlenmiştir.

Kuvvetli şüphe ise elde bulunan delillerle yapılacak yargılama sonucunda şüpheli veya sanığın mahkûm olma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olmasıdır. İddiaya konu eylemle ilgili somut bulguların iddiayı aydınlatma açısından her türlü şüpheden uzak kesinlik boyutuna yaklaşmasıdır. Kuvvetli şüphe durumuna CMK'nın 90. maddesinde düzenlenen suçüstü hali verilebilir. İletişimin denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Teknik Araçlarla İzleme gibi pek çok koruma

www.yargitay.gov.tr/abroje/belge/aihm/19_LABITA-ITALYA.pdf; erişim tarihi 22.07.2013; s. 793. Ayrıca DOĞRU, Osman; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı; Ankara 2003; no. 1173.

tedbirinde kuvvetli şüphe aranmaktadır. Ancak bazen ispatı son derece zor olan, örneğin organize suçların söz konusu olduğu hallerde basit şüphe ile de yetinilebilmelidir. Bu ölçülülük ilkesinin de bir sonucudur²⁵. Nitekim bu gibi suçlarda eğer kuvvetli şüpheyi oluşturacak deliller elde edilmişse zaten koruma tedbirlerine gerek olmayacaktır. Dolayısıyla bu suçlarla mücadelede CMK'nın aradığı kuvvetli şüphe şartıyla ulaşılmak istenen amaç arasında uyum söz konusu değildir. Nitekim uygulamada da bu gibi suçların soruşturulmasında soruşturmanın en başında kuvvetli şüpheye ulaşmak mümkün olmamakta ve birçok koruma tedbirine başvurulamamaktadır.

9. Oranlık (Ölçülülük):

Koruma tedbirleri henüz iddiaya konu eylemle ilgili esastan bir çözüme ulaşılmadan başvurulduğu ve dolayısıyla suçluluğu henüz kesinleşmemiş kişilerin hak ve özgürlüklerini sınırladığı için bu tedbirlerin muhakeme yönünden doğuracağı zararın ağırlığı ve bunun gerçekleşmesi ihtimalinin yoğunluğu ile orantılı olması gerekir. Dolayısıyla daha hafif bir tedbire başvurmak suretiyle ulaşılabilecek bir amaç için daha ağır bir tedbir uygulanmamalıdır²⁶. Oranlık ilkesi birçok koruma tedbiriyle ilgili olarak CMK'da yerini almıştır. Örneğin CMK'nın 100 maddesinin 1. fıkrasına göre verilmesi beklenen ceza ve güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı alınmayacaktır. Ölçülülük de her somut olayın özelliğine göre uygulayıcılar tarafından belirlenecektir.

²⁵ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e.; s. 381.

²⁶ TOROSLU, Nevzat - FEYZİOĞLU, Metin; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara Ekim 2008; s. 215.

2. BÖLÜM

KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA

I.Tanım ve Kavram:

"Arama" sözlükte birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak; "aramak" ise bu iş için yapılan faaliyeti ifade eder. Bir hukuk terimi olarak arama ; "sanığın yakalanması veya suç belgelerinin elde edilmesi için bir kimsenin evinde, iş yerinde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırma işlemi" olarak tanımlanmaktadır²⁷.

CMK'nın 116 ve 117. maddelerinde belirtilen arama suç soruşturması ile ilgili olan adli aramadır. CMK hükümleri bir suç soruşturması ile ilgili olarak yapılan aramalarda uygulama alanı bulacaktır.

Madde 116 - (1) *Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*

Madde 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.

Görüldüğü gibi CMK'nın 116. maddesinde aramanın bir nevi tanımı yapılmış 117. maddesinde de sanık veya şüpheli dışındaki kişilerle ilgili benzer bir tanım yer almıştır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde adli arama şu şekilde tanımlanmıştır;

Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.

Arama doktrinde ise "kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunması 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 işlemi" , "Ceza muhakemesinin gayesine erişmesi maksadı ile saklanan sanığın, delillerin veya müsadere edilecek eşyanın elde edilmesi veya tehlikeyi önlemek için bir kimsenin meskeninde, etrafı çevrili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemi" şeklinde tanımlanmıştır²⁸.

Arama kişilerin durdurularak eşya veya üstlerinin aranması şeklinde olabileceği gibi kişilere ait ev, iş yeri, araç veya diğer kapalı yerlerin aranması şeklinde de olabilir. Sadece şahıslara ait yerlerde değil örneğin sokaklarda,

²⁸ ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 299, ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama; Ankara 1999, s. 17, KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e.; s. 1050.

caddelerde ve diğler açık alanlarda da arama yapılabilir. Ayrıca aramanın konusu menkul eşya olup gayrimenkul eşya aramanın konusu değildir²⁹.

Arama gizli, saklı olan şeyin ortaya çıkarılması için yapıldığından gözle görülen, koklanarak algılanan veya işitilerek varlığı anlaşılan delil veya emarelerin elde edilmesi arama kavramı içinde değerlendirilemez.

Teknik olarak aramadan söz edebilmemiz için kişilerin özel hayatlarına bir müdahale gerekmektedir. Özel hayatın gizliliğine bir müdahale yoksa arama söz konusu değildir. Bu hususta sınır bireyin özel hayatıdır. Bu nedenle trafik kontrolünde aracın arka koltuğundaki tabancayı gören kolluk görevlisinin bu tabancayı bulunduğu yerden alması, terminallerde bavulların detektörle kontrol edilmesi hallerinde arama işlemi söz konusu değildir. Bu işlemlerde dürbün, el feneri gibi suni araçların kullanılmış olması da işlemin niteliğini değiştirmez. Ancak kullanılan alet basit teknolojiyi aşan bir alet ise arama kararı alınmalıdır. Tabii ki bireylerin özel hayatlarının sınırları toplumdan topluma değişiklik gösterebilir. Bu noktada arama kavramı da buna göre belirginleşecektir. Kimi toplumlara göre evin dışına bırakılan çöplerde yapılacak arama, teknik anlamda arama niteliği taşımasa da bazı toplumlarda bu çöpler özel hayatın gizliliğinin devamı niteliğinde kabul edilmektedir. Ancak kural olarak ortalıkta olan ve gözle görülen bir şeyi almak, bahçeye bakmak, terk edilen çöp üzerinde sonradan inceleme yapmak arama sayılmaz³⁰.

Arama sayılmayan bir diğler hal de CMK'nın 90/2. Maddesi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8/1. maddesi uyarınca suçüstü durumlarda kolluk görevlilerinin şüpheliyi takip ederek şüphelinin girdiği evlere girmesi durumudur. Burada yapılan arama işlemi yakalama koruma tedbirinin bir parçası olduğundan yapılan işlem artık bir arama değil yakalamadır. Ancak suçüstü bile olsa kesintisiz takiple kovalanmakta olan şüphelinin gözden kaybolmasından sonra

ERYILMAZ; a.g.e.; s. 33.

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e.; s. 1051, 1052.

civardaki evlerde veya araçlarda yapılacak arama teknik anlamda arama olup gerekli kararların alınması gerekir.

Terk edilmiş evlere girilmesi, bir bahçeye girilmeden sadece bakılması, park yasağı olan bir yerde devlet müdahalesinin öngörülebileceği şekilde bırakılan aracın çekilmesi ve götürüldüğü yerde incelenmesi, terk edilen ve açıkta bırakılan eşyalar ile kalıntıların incelenmesi arama sayılmaz³¹.

İlgili kanun hükümlerine uygun olarak kolluk güçlerinin bir aracı durdurduktan sonra aracı dışarıdan incelemesi ve bu inceleme sonucunda şüphe sebebi olacak eşyaları bulması ve bunları alması hukuka uygundur³². Kolluk gücü dışarıdan yaptığı gözlem ile değerlendirme yapabilir. Ancak araca girerse bu artık teknik anlamda arama niteliğinde olur ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

Kolluk güçlerinin bazı emareler üzerine bir şahsın suç işleyip işlemediğini ortaya çıkarmak için kişinin bıraktığı izleri, onun yapmış olduğu davranışları ve hareketlerini, kimlerle görüştüğünü, nerelere gittiğini uzaktan izlemesi mümkündür. Kolluk güçleri bu araştırma yöntemini kullanarak hukuki arama sınırına kadar istediği şekilde araştırma ve inceleme yapabilir. Bu izleme faaliyeti teknik anlamda arama sayılmaz. Ancak bu izlemenin teknik araçlarla yapılması artık CMK'nın 140. maddesinde düzenlenen ayrı bir koruma tedbiri olduğundan ilgili kararların alınması gerekir. Örneğin kişinin aracının takip edilmesi arama izni alınmadan kolluk görevlilerinin yapabileceği bir işlemken, kişinin evinin uzaktan çeşitli aletlerle dinlenmesi veya gözetlenmesi, anahtar deliğinden evin içine bakılması artık özel hayata müdahale sınırını aştığından aramaya ilişkin usul hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Amerikan hukukunda şüpheli şahsın takibi amacıyla aracına izleme cihazı takılması arama olarak kabul edilmemektedir. Çünkü aracı ile aleni yollarda gezen bir kimsede gizlilik iradesi söz konusu olamaz³³.

YERDELEN, Erdal; Soruşturma ve Koruma Tedbirleri; Ankara 2006; s. 96.

AYDIN; a.g.e. ; s. 22.

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e.; s. 1053.

Bu husus sistemimizde yukarıda açıklandığı üzere arama olarak kabul edilmese de kanımca CMK'nın 140. maddesinde yer alan teknik araçlarla izleme tedbirine dâhil bir durumdur.

Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği 18. maddede yer alan suç işlenmesini önlemek amacıyla kimlik sorma, araçların detektör köpeğe koklatılması veya elektromanyetik araçlarla kontrol edilmesi gibi işlemler de arama sayılmayıp idari denetim olarak düzenlenmişlerdir.

Aynı yönetmeliğin 27. maddesinde düzenlenen umma derecesindeki makul suç şüphesi üzerine kolluk güçlerince yapılan kimlik sorma, durdurma, yoklama şeklinde üst araması ve soru sorma gibi işlemler de arama sayılmaz. CMK'nın 90/4. maddesi uyarınca yakalanan kişinin kendisine veya başkalarına zarar vermesini engelleyecek tedbirlerin alınması gerektiğinden şahsın üzerinde sıvazlama şeklinde yapılacak araştırma da teknik anlamda arama değil yakalama tedbirinin devamı niteliğindedir.

Tümü anayasalar ve uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığı temel haklarına müdahale niteliği taşıyan arama tedbiri bu temel hakların korunması amacıyla sıkı koşullara bağlanmıştır. Aramanın bağlı olduğu kurallar ve bu özgürlüklere verilen önem bir anlamda ülkenin demokrasi ve özgürlük seviyesini de göstermektedir³⁴.

II. Hukuki Niteliği:

Arama tedbiri başta Anayasa'nın 21. maddesi olmak üzere Ceza Muhakemesi Kanunu'nun koruma tedbirleri başlıklı 4. kısmında 116. madde ve devamında düzenlenmiştir. Bu itibarla arama bir müeyyide değil koruma tedbirlerinin bir

çeşididir. Dolayısıyla yukarıda sözü edilen koruma tedbirlerinin ortak özellikleri ve hukuki niteliği ile ilgili hususlar arama tedbiri için de aynen geçerlidir.

Arama şüphelinin yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi için yapılan bir soruşturma işlemidir. Bir tedbir olması sebebiyle arama kişilere gözdağı vermek veya onları cezalandırmak için kullanılamaz. İstenilen amaca ulaşılması halinde arama son bulacaktır, başka bir deyişle geçicidir³⁵. Bunun yanında kendisinden başka koruma tedbirlerini yerine getirmek amacını gütmesi bakımından araç tedbirlerdendir. Gerçekten de arama sonucunda ya şüpheli bulunarak yakalanacak ve ardından gözaltı, tutuklama gibi diğer tedbirlere maruz kalacak ya da aramada ele geçirilen delillere el koyma tedbiri uygulanacaktır.

Arama tedbiri de diğer koruma tedbirleri gibi birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale niteliğindedir. Vücut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve mülkiyet hakları arama tedbiri ile sınırlanmaktadır. Bu sebeple yasal mevzuatta bu husus için düzenlenen usul hükümlerine ve şartlara kesinlikle uyulmalı, gereken kararlar alınmalıdır. Bu şekilde güvenli bir yaşam için suçla mücadelede hukuka uygun ve bireylerin adalete güvenini sağlayıcı şekilde soruşturmalar yürütülmüş olacaktır. Bu durum arama tedbirinde de gecikmede tehlike, görünüşte haklılık ve ölçülülük şartlarının var olması gerektiğini göstermektedir.

III. Arama İşlemine Hâkim Olan İlkeler:

Arama işleminin hukuka uygun olmasını sağlayan bir takım usul ilkeleri mevcuttur. Bu ilkelerin arama işleminin her aşamasında gözetilmesi gerekir. Bu ilkelerin ihlali arama işleminin hukuka aykırı olmasına yol açacaktır.

1- Hukuk Devleti İlkesi:

Anayasamızın —*Cumhuriyetin Nitelikleri*” başlıklı 2. maddesi şu şekildedir:

Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Hukuk devleti yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan devlet düzeni demektir. Hukuk devletini polis devletinden ayıran başlıca özellik devlet etkinliklerinin belli kurallar içinde yürütülmesidir. Hukuk devletinde, devlet yalnızca kural koyucu değil aynı zamanda koyduğu hukuk kurallarına uyan, bu kurallarla kendini bağlayan bir kurumdur³⁶. Anayasa Mahkemesinin 11.10.1963 tarihli ve E 63/124 sayılı kararında hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır:

—Hukuk devleti insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde kanun koyucu organı da dâhil olmak üzere Devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lazımdır³⁷.”

Hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi temel hak ve hürriyetlerin anayasal güvence altına alınmış olmasıdır. Temel hak ve özgürlükler insan olmanın bir sonucu olarak sahip bulunulan dokunulmaz, vazgeçilmez ve devredilmez haklardır. Anayasamızın 12. maddesinde bu durum —*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*” şeklinde ifade edilmektedir. Arama tedbirinin yöneldiği konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, mülkiyet gibi haklar da anayasal güvence altında olan temel haklardandır.

³⁶ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; Yönetmelik Yargı; Ankara 2007; s. 1.

³⁷ Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi; sayı 22; s.115. Aktaran; GÖZÜBÜYÜK; a.g.e. ; s. 1.

Her hak gibi temel hakların da bir sınırının olması gerekmektedir. Toplum halinde yaşamının ön şartı güvenlik ve sosyal düzen aynı zamanda hukuk devletinin de olmazsa olmazıdır. Bu noktada daha önce de üzerinde durduğumuz özgürlük ve güvenlik dengesi karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal güvenliğin sağlanamadığı bir toplumda insan haklarının yaşatılması da söz konusu olamaz. Bu sebeple güvenlik ve sosyal düzen insan haklarının korunup yaşatılmasının güvencesi ve hukuk

38

devletinin temel amaçlarından . işte güvenlik ve sosyal düzenin sağlanabilmesi adına suçla mücadele için bazı temel hak ve özgürlükler Anayasa ve yasalarla belirlenen kurallar çerçevesinde sınırlandırılacaktır. Suçla mücadelede yapılacak bu sınırlamalar ve temel haklara müdahalelerde devlet toplum menfaati adına uyguladığı gücün ölçüsünü iyi ayarlamalı, toplum menfaati adına bireylerin menfaatlerini sınırsızca ihlal etmemelidir. Bu denge de ancak hukuk devleti ilkesi ile hayat bulacaktır.

Suçla mücadele ve dolayısıyla ceza muhakemesi açısından baktığımızda hukuk devleti ilkesi suçla mücadeleyi insan hakları ihlallerine yol açmadan yapan, olayın gerçeğine bu tür ihlallere sebep olmadan ulaşmaya çalışan devlet olarak karşımıza çıkmaktadır. Suçla mücadelede başvurulan tedbirlerden birisi olan arama işlemi ile bireylerin bir takım hakları ihlale uğrar ise de bunları hukuk kuralları içerisinde kalarak yapan devlet bu işlemi ile başka kişilere ait hakları korumayı amaçlar³⁹.

Hukuk devletinde, devlet faaliyetlerinin belirliliği ve öngörülebilirliği esastır. Buna göre kişilerin hangi koşullarda arama tedbirine maruz kalacaklarını önceden bilmeleri ve bu konudaki belirsizlik nedeniyle her an arama korkusuyla yaşamamaları gerekir. Hukuk devletinde hukuki güvenlik sağlanmalı, temel haklara müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerinin şartları net ve anlaşılabilir şekilde belirlenmeli, bu sayede öngörülebilirlik ve adalet gerçekleştirilmeli, keyfiliğin önüne geçilmelidir. Böylelikle bireyler koruma tedbirlerine maruz kalsalar da bunun

AKSOY; a.g.e. ; s. 28.

AYDIN; a.g.e. ; s. 25.

kurallara uygun ve toplum refahı için yapıldığının farkında vararak güven içerisinde olduklarını bilmelidirler⁴⁰.

Bütün bu anlatılanlar ışığında belirtmek gerekir ki ceza muhakemesinde arama işlemi yapılırken Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği olarak anayasa ve yasalarda belirlenmiş arama tedbiri kuralları çok iyi bilinmeli ve yasal zeminde hareket edilmelidir. Maddi gerçeğe ulaşmaya çalışırken her delil değerli olup bu delillerden bir veya birkaçının işlemi uygulayanların hukuka aykırı davranışları ile kullanılamaz hale getirilmesi suçla mücadelede özgürlük ve güvenlik dengesi için son derece sakıncalıdır. Ceza adaletinin etkinliği ancak uygulayıcıların hukuka uygun işlemleri ile sağlanabilir. Bilindiği gibi uygulamada arama işlemi kolluk görevlilerince yapılmaktadır. Bu sebeple delil toplama aşamasında Cumhuriyet Savcısının talimatıyla hareket eden kolluk güçlerine verilecek talimatlarda yapılacak arama işleminin konusu ve şartları net bir şekilde anlatılmalı, tedbirin özellikle insan haklarına uygun bir şekilde, keyfilik ve aşırılıktan kaçınarak uygulanması için yol gösterilmeli, arama sürecinden her an haberdar olunmalı ve hatta hassas konularda imkân var ise mutlaka Cumhuriyet Savcılarının aramalara bizzat katılması gerekmektedir. Ancak bu konularda azami hassasiyet gösterilerek hukuk devleti ilkesine uygun arama işlemleri yapılabilir.

2- İnsan Haklarına (İnsan Onuruna) Uygun İşlem Yapma İlkesi:

Anayasamızın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti "*insan haklarına saygılı*" bir devlettir. Gene Anayasamızın 117. maddesinde "*kimse insan onuru ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*" hükmü bulunmaktadır. İnsan haklarının amacı insan onurunu korumaktır. İnsan onuru bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh, manevi güç, son tahlilde hür irade olarak tanımlanmaktadır⁴¹.

ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama; Ankara 1999, s. 24.

⁴¹ AYDIN; a.g.e. ; s. 25.

Hukuk devletinin temel değeri insan onurudur. Bu sebeple devletin hiçbir faaliyeti insan onuruna ve dolayısıyla insan haklarına aykırı şekilde geręekleřtirilemez. Toplum düzenini sağlamak için kanun koyucu tarafından hukuk devleti ilkesine uygun olarak düzenlenen yasalarda öngörölen suçları işlediği anlaşılan kişiler hakkında yürütölen ceza muhakemesi faaliyeti kapsamında kişilerin evlerinin aranması, yakalanmaları, yurt dışına çıkışlarının yasaklanması insan onuruna ve hukuk devletine aykırı değildir. Burada önemli olan Ceza muhakemesinin bir süjesi olan şüpheli veya sanığın da muhakeme işlemleri sırasında insan olduğu, dolayısıyla insan onuruna sahip olduğu gerçeğinin unutulmaması gerektiğidir. Bu sebeple yapılan arama işlemleri sırasında insan onurunu sarsar şekilde evi birbirine katarak ve eve zarar vererek arama yapılması, kişilerin arama sırasında hırpalanması insan onurunu zedeleyecek ve bireylerin adalete olan inancını sarsacaktır. Suça konu olayın aydınlatılması için yasalar çerçevesinde tanınan yetki insan hakları ve onuru ile hukuk devleti ihlal edilmeden uygulanmalı, sadece müdahale edilmesi gereken hususlara müdahale edilmeli, bunun dışındaki noktalarda şahısların haklarına saygı gösterilmeli ve insan onurunu zedeleyecek işlemlerden

42

uzak durulmalıdır⁴². Sonuç olarak arama ile bir hak ihlali geręekleřtirildięi her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Arama kararını verenlerle bu kararı uygulayanlar amaca uygun ve amaçla orantılı şekilde davranarak ihlali en az düzeyde bırakmalıdırlar. Bunun için de muhakeme işlemlerinin hukukçu olması hasebiyle sözü geçen insan onuru ve hukuk devleti ilkesini en iyi şekilde bilmesi gereken ve muhakeme işlemlerinin soruşturma aşamasında asıl yetkilisi olan Cumhuriyet Savcısının bizzat kontrol ve denetimi altında yapılması gerekmektedir.

3- Özel Hayatın Gizliliği İlkesi:

Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddi ve manevi varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri hür bir hayat alanı tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve bireyin küçük dünyası olarak tanımlanabilecek bu alan temel hak ve özgürlükler ile ülkenin siyasi rejimi

⁴² ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama; Ankara 1999, s. 27.

bakımından hassas bir göstergedir. Bu özel hayat alanı ne kadar geniş ise ülkede mevcut siyasi rejim o kadar hürriyetçi ve demokratik, ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoriterdir⁴³. Bu sebeple arama tedbirinin doğrudan yönelmiş olduğu özel hayat kavramı soruşturma için son derece önemlidir.

Bağımsız bir varlık olarak kendi kendini yönetme hakkı olduğu kabul edilen insanın özel hayatını kendi tercihleri ile nasıl şekillendirdiği (dinlediği müzik, giydiği kıyafetler, okuduğu kitaplar, ibadet...) kural olarak devletin veya bir başka kişinin müdahalesine kapalıdır⁴⁴. Sosyal bir varlık olan insanın yaşamını ancak diğer insanlarla birlikte devam ettirebileceği bilinen bir gerçektir. Bu sebeple insan hayatının genel ve özel olmak üzere iki yönü vardır. Hayatın özel yönü özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere ikiye ayrılır. Hayatın genel yanı kamuya açık alandaki davranışlar olduğundan bir gizliliği bulunmamaktadır. Hayatın özel yanı ise her hukuk sisteminde koruma altına alınmıştır. Hayatın gizli alanı mutlak şekilde korunurken özel hayat nispi şekilde korunmaktadır. Özel hayat dar bir çerçevede örneğin aile içinde söz konusu olabilirken, hayatın gizli alanı kişinin sadece kendisini ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez; bu nedenle de dokunulmazdır⁴⁵. Örneğin kişinin suç teşkil etmemek kaydıyla cinsel hayatı, dini inanışları hayatın gizli alanı içinde kalır ve sadece kendisini ilgilendirir. Çünkü bu durumlarda çekirdek alana müdahale söz konusudur. Bu sebeple usulüne uygun alınmış bir kararlarla bile olsa aile mahremiyeti ile ilgili konuşmaların kayda alınmış olması hukuka aykırı delil niteliğindedir ve bu delillerin verilecek hükümde değerlendirilmesi mutlak yasaktır⁴⁶. Özel hayata ise Anayasada belirtilen sebeplerle ve ancak kanunla ve zorunluluk hallerinde müdahale kabul edilmektedir.

Daha önce de belirtildiği üzere İHEB'nin 12. maddesi ve AİHS'nin 8. maddesi gibi birçok uluslararası belgede özel hayat kavramı yerini almıştır. Bu husustaki en kapsamlı düzenleme AİHS'nin 8. maddesinde yer almaktadır. Şöyle ki; *"Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi*

⁴³ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e. ; s. 132.

⁴⁴ ERYILMAZ; a.g.e. ; s. 65.

⁴⁵ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e. ; s. 133.

⁴⁶ AKSOY; a.g.e. ; s. 42.

hakkına maliktir. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak milli güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilir" Anayasamızda da bu uluslararası belgeler doğrultusunda 20 ve 21. maddelerde özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı düzenlenmiş olup kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş bir hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutu aranamaz; bu eşya ile konutta bulunan eşyaya el konulamaz. Demek oluyor ki arama ve el koymanın kanunlarda ve kanun haline getirilmiş uluslararası sözleşmelerde aranan şartları gerçekleşmedikçe bu koruma tedbirine başvurulamayacaktır. Bu şartların gerçekleşmiş olup olmadığı yetkililerce hukuk devleti ilkesi esaslarına uygun olarak titiz bir şekilde araştırılarak şartlar mevcut

47

değilse arama ve el koyma yapılmayacaktır⁴⁷. Bunun gerçekleşebilmesi için de daha önce belirtildiği gibi soruşturmanın asıl yetkilisi olan ve hukuk devleti ilkesini en iyi şekilde bilmesi gereken Cumhuriyet Savcısının arama ve el koyma sürecine mümkün olduğunca bizzat temas etmesi gerekecektir.

4- Ölçülülük İlkesi (Gereklilik, Zorunluluk, Oranlilik):

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, sınırlandırmanın sınırı olarak belirlenmiş olan oranlilik ilkesine göre koruma tedbirine başvurmakla elde edilecek yarar ile temel hak ve özgürlük kısıtlaması dolayısıyla

48

ortaya çıkacak zarar arasında makul bir ölçü olması gerekir⁴⁸. Öncelikle, bu tedbire başvurulması adli soruşturma açısından zorunlu olmalı, başka türlü suç delillerinin elde edilebilmesi mümkün olamamalıdır. Ayrıca ceza muhakemesinde bir koruma tedbirine başvurulurken öncelikle temel hak ve özgürlüklere en az müdahaleye yol açacak koruma tedbiri seçilmelidir. Özgürlüğe yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir oran olmalıdır.

⁴⁷ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e. ; s. 133.

⁴⁸ ŞAHİN; a.g.e. ; s. 208.

Amacı yakalama veya delil elde etme olan arama tedbirine, şüpheli yakalanmış veya delil elde edilmişse başvurulmamalıdır. Çünkü bu durumda koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinde de değinilen gecikmede tehlike şartı yoktur. Şayet gecikmede tehlike olmamasına rağmen tedbire başvurulur ise temel hak ve özgürlükler ihlal edilmiş olur. Zira ancak tedbire başvurmak gerekli ise temel haklara müdahale meşru hale gelir⁴⁹. iddia konusu suç ne kadar ağır bir suç olursa olsun bir yerde yapılacak arama sonucunda uygun delillerin bulunacağı ihtimalinin yüksek olması ve bu delillerin önemi dikkate alınmalıdır.

Ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ne pahasına olursa olsun ulaşılması gereken bir gaye değildir. Bu sebeple muhakeme işlemlerinin yapılması ile elde edilmesi umulan yarar ve meydana gelecek zarar arasında bir denge bulunmalıdır. Örneğin olayın özelliğine göre bir şahsın evinde gece yapılacak arama ile elde edilebilecek bir delil gündüz yapılacak bir aramayla da elde edilebilecek durumdaysa bireylerin özel hayatları ile mahremiyetin daha üst seviyede olduğu ve kendilerini daha güvende hissettikleri gece vakti yerine gündüz vakti arama yapılması tercih edilmelidir. Çünkü her zaman için gece vakti yapılan arama gündüz vakti yapılana göre daha çok rahatsızlığa ve kişinin haysiyeti ile güven duygusunda daha çok zarara neden olur. Böyle bir durumda aramanın gündüz vakti yapılması olaya uygun düşecek ve ölçülü olacaktır. Nitekim CMK' da da gece vakti kapalı yerlerde yapılacak arama daha zor koşullara tabi tutulmuştur.

5- Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi:

Suç soruşturmasının asıl amacı hukuk yargılamasındaki şekli gerçeğin ötesinde maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Ceza Muhakemesi ile ulaşılan maddi gerçek sadece yargılama sonucunda ulaşılmış olan ve ancak başka bir yargılama sonucu verilebilecek bir hükümlerle gerçekliği ortadan kalkabilecek bir gerçektir⁵⁰.

ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama; Ankara 1999, s. 34.

⁵⁰ AKSOY; a.g.e. ; s. 36.

Arama tedbiri de bu maddi gerçeğin hayat bulması için gerekli olan delillerin toplanması veya şüphelinin yakalanmasına hizmet eder.

Ceza yargılaması hukukumuzda delillerle ilgili geçerli ilke "*delil serbestisi*" prensibidir. Bu nedenle ceza yargılaması hukukunda medeni yargılama hukukundan farklı olarak, her şey delil olarak kabul edilebilmektedir. Hâkim bu deliller ışığında vicdani kanaatine göre hüküm verecektir. Ancak hem delil serbestisi hem de delillerin yargıçların kanaatine göre takdir edilmesi ilkelerinin belli sınırları bulunmaktadır. Bunlardan biri de mahkemenin ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabileceğidir. Başka bir deyişle hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan deliller mahkemece dikkate alınmazlar. Temel hak ve hürriyetlere yasa dışı müdahale suretiyle elde edilen delillerin davalarda hükme esas alınmasının hukuka aykırı sayılması ise çağdaş hukuk sistemlerinin bazılarında içtihadi ilkeler, kimilerinde de pozitif hukuk normları sayesinde mümkün olabilmektedir⁵¹. Dolayısıyla ceza muhakemesi hukukumuzda maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun araştırılması kabul edilmemektedir. Bu doğrultuda Anayasa'nın 38. ve CMK'nın 206/2. maddelerinde kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin hükme esas alınamayacağı temel bir hukuk kuralı olarak benimsenmiştir. Ayrıca Maddi gerçeğin araştırılması CMK'nın 160. maddesi ile Cumhuriyet Savcısının re'sen yürüteceği bir görev olarak tanımlanmıştır.

6- Dürüst İşlem İlkesi:

Ceza Muhakemesi işlemleri hukuk devleti ilkesine uygun olarak aldatma, yanlış yönlendirme, yanıltma, hak ve sorumlulukları yanlış anlatma yollarına başvurmaksızın önceden yasalarca belirlenmiş çerçeveye uygun şekilde yapılmalıdır. Muhakeme sürecinde başta şüpheli ve sanık olmak üzere tüm ilgililere doğru, insafli, anlayışlı ve ahlaki davranılmalı, sanığın savunma hakkı engellenmemelidir.

⁵¹ ŞİRİN, Osman - AŞANER, Halim - GÜVEN, Özcan - YALVAÇ, Gürsel - ÖZDEMİR, Muzaffer - EREL, Kemalettin; Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu; Ankara 2008; s.821; YCGK - 29.11.2005 - 144/150 sayılı kararı.

Delillerin toplanmasında şüpheli ve sanık aleyhine hileli, dürüst olmayan yöntemler kullanılmamalı, kandırma, yanıltma, zorlama gibi irade serbestisini engelleyen yollara başvurulmamalıdır. Zira bu şekilde elde edilecek deliller zaten ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Dolayısıyla tüm muhakeme işlemlerinde olduğu gibi arama tedbirinde de dürüstlük ilkesi temel alınmalıdır. Arama tedbiri maddi gerçeğe ulaşmada sıklıkla kullanılan bir tedbirdir. Daha önce de değinildiği gibi maddi gerçeğe ulaşmak; ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşmak değildir. Dürüst işlem ilkesi bunu engellemeye yönelik bir ilkedir.

Dürüst işlem ilkesi Anayasa ve yasalarda açıkça düzenlenmiş bir ilke değildir. Bu ilke hukukun temel prensiplerinden olan adil yargılanma hakkının doğal bir sonucudur. Adil yargılanma hakkı da Anayasamızın 36. maddesinde ve AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Diğer yandan adli arama yetkisini kullanan ve uygulayan makamlar açısından Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenen iyi niyet kavramı dürüst işlem ilkesinin de bir belirleyicisi olarak düşünülebilir.

IV. Adli Aramanın Amacı:

Arama işlemi saklı olan ve delil olabilecek bir eşyanın veya suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin planlı bir şekilde aranmasıdır. Bu itibarla daha önce bahsedildiği gibi arama tedbiri yakalama ve el koyma tedbirlerine aracılık eder. Bu

52

özelliği aramanın araç koruma tedbiri olmasından kaynaklanmaktadır . Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre ise adli aramanın bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser ve emare ve delillerinin elde edilmesi amacıyla yapılacağı belirtilmiştir. Şüphelinin bulunduğu yerde yapılacak olan arama çoğu zaman hem şüphelinin yakalanması hem de suç delili elde edilmesi için gerçekleştirilecektir. Şüpheli dışındaki kişilere yönelik aramalar ise genellikle delil elde etme amacıyla yapılır.

Aramanın, delil elde etme amacının konusunu oluşturan delilleri belgeler, görüntü veya ses kaydeden araçlar olabilir. İddiaya konu olayla ilgili delil niteliği taşıyan bir fikri içeren her türlü yazılı materyal belgedir. Ufak bir yazı parçası bile belge sayılmalıdır. Bunların özel veya ticari içerikli olması önemli değildir. Görüntü ve ses kaydeden araçlar ise filmler, fotoğraflar, teyp bantları, videokasetler gibi araçlardır. Belirti ise ispata dolaylı olarak yardımcı olan vakialardır. Örneğin fren izi, parmak izi, kan izi, saç, kıl, tüy gibi... Teknolojinin ulaştığı nokta da göz önünde bulundurulduğunda kan izi, saç teli gibi belirtiler günümüzde belki soruşturmaların en önemli ve vazgeçilmez delil araçları olarak kabul edilmektedir. Ayrıca suçtan elde edilen kazanç, suç aletleri ya da suç ürünleri de delil sayılmalı ve bu yönüyle aramanın delil elde etme amacının konusunu oluşturmalıdır⁵³. Arama ile elde edilen bu delillere el konulması ayrı bir başlık altında incelenecektir.

V. Adli Aramaya Maruz Kalacak Kişiler:

Şüpheli veya sanık dışında iddiaya konu olayla ilgili üçüncü kişiler de arama tedbirine maruz kalabilirler Bu husus CMK'nın "*Diğer Kişilerle İlgili Arama*" başlıklı 117. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir;

(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.

Bu maddeye göre şüpheli dışındaki kimselerle ilgili arama yapılabilmesi için arama konusu olan kişinin veya delil olabilecek eşyanın üçüncü bir kişinin konutunda, aracında veya üstünde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların var olması gerekmektedir. Bu olayların ne olduğu ise kanunda belirlenmemiştir. Dolayısıyla uygulayıcılar her somut olayın özelliğine göre bu durumu takdir edeceklerdir. Bu hüküm suçla ilgisi olmayan kişiler açısından arama tedbiriyle ilgili olarak teminat niteliğindedir⁵⁴.

Burada daha sonra detaylı şekilde açıklanacak olan —*makul şüphe*”ye ek olarak şüpheli veya sanık ile suç delillerinin üçüncü kişilere ait yerlerde olduğunu gösteren somut bulguların diğer kişilerle ilgili arama için şart olduğunu görüyoruz. Dolayısıyla kanun koyucu bu noktada şüpheden ziyade bir belirlilik aramaktadır⁵⁵. Bu belirlilik sayesinde suçla ilgisi olmayan üçüncü kişilerin hak ve hürriyetleri ile kamu yararı arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır⁵⁶.

Maddenin 3. fıkrasında şüpheli ve sanığın içinde bulunduğu anlaşılan yerler veya kaçarken gizlendiği bir yer söz konusu ise ve bu yer üçüncü bir kişiye ait ise aranan kişinin veya delillerin o yerde olduğunun kabul edilmesini sağlayan 2. fıkradaki olay şartı var kabul edilecektir. Burada şüpheli veya sanığın izlendiği sırada girdiği yer kavramı anlaşılır bir kavramdır. Örneğin; suçüstü eyleminden dolayı takip edilmekte olan şüphelinin üçüncü bir kişinin konutuna girmesi veya suç eşyasını bu konutun bahçesine atması durumlarında 117/2. maddedeki şart var kabul edildiğinden üçüncü kişilere ait bu yerler aranabilecektir. 3. fıkrada bahsedilen şüpheli veya sanığın bulunduğu yerler ise kısa süreli olarak bulunulan yerlerdir. Diğer bir ifadeyle bu yerler şüpheli veya sanığın yerleşmek veya kalmak amacıyla bulunduğu yerler değildir. Örneğin şüphelinin suçu işlerken görüldüğü kahvehane şüphelinin bulunduğu yerdir. 3. fıkranın uygulanabilmesi için mutlaka suçüstü hali gerekmez, şüpheli veya sanığın bu yerlerde yakalanması da yeterlidir⁵⁷.

⁵⁴ AYDIN; a.g.e. ; s. 28.

⁵⁵ HAKERİ, ÜNVER; a.g.e. ; s. 197.

⁵⁶ KAHRAMAN, Mehmet; —Koruma Tedbiri Olarak Arama” , Yargıtay Dergisi, Cilt 33, Sayı 3, Temmuz 2007; s. 359.

⁵⁷ ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 316, 317.

CMK'nın 117. maddesinde dikkat edilmesi gereken son husus "diğer kişiler" olarak belirtilen kişilerin iddiaya konu suça iştirak etmemiş olan kişiler olmasıdır. Evi aranacak olan üçüncü kişinin iddiaya konu eyleme iştirak ettiğine dair şüphe söz konusuysa artık bu yerlerle ilgili arama CMK'nın 116. maddesine göre yapılacaktır. Çünkü artık muhatap şüpheli konumundadır. Diğer yandan CMK'nın 117. maddesinde bahsi geçen üçüncü kişilerin suçluyu kayırma kastıyla hareket ettiklerine dair somut bulgular mevcut ise bu durumda da üçüncü kişiler şüpheli konumunda olacaklarından bu kişilerle ilgili aramanın 116. madde kapsamın uygulanması gerektiği kanaatindeyim.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus CMK'nın 119/2-b maddesine göre arama kararında aranılacak kişinin kimliğinin açık şekilde gösterilmesi zorunlu olduğundan 117. maddeye göre yapılan aramada kararda belirtilmeyen kişilerin üstü, aranacak yerde bulunmalarına rağmen aranmamaları gerekir. Ayrıca diğer kişilerle ilgili yapılacak aramada örneğin çekmecelere sığmayacak türden bir delil için yapılan aramada bütün çekmecelerin aranması veya üçüncü kişilerin üstlerinde taşımalarının imkânsız olduğu bir eşya için onların üstlerinin aranması gibi durumların dürüst işlem ve ölçülülük ilkeleri açısından hukuka aykırı olacağı unutulmamalıdır. Ancak çoğu zaman kolluğun kendi güvenliğini sağlamak gerekçesi ile konutta bulunan kişilerin üzerlerini aradığı bilinen bir gerçektir. Bu halde dahi kişiler üzerindeki arama silah aramasından öteye

58

gitmemelidir⁵⁸. Bununla birlikte bu şahısların üzerlerinde suç delillerini gizlediklerine dair makul şüphe mevcutsa üstlerinin aranabileceği kanaatindeyim. Çünkü aranan evle ilgili hukuka uygun alınmış bir yazılı karar mevcut ise ve böyle bir şüphe varsa delili gizleyen şahıs artık şüpheli statüsünde olduğundan üzeri de aranabilecektir.

VI. Adli Aramanın Şartları:

1. Makul Şüphenin Bulunması:

Ceza muhakemesindeki şüphe kavramına ve şüphe türlerine yukarıda değinmiştik. CMK'nın 116. maddesinde şüphelinin yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe söz konusuysa şüphelinin konutu, iş yeri, üstü, eşyası ve ona ait diğer yerlerin aranabileceği belirtilmiştir.⁵⁹

Hukukumuzda makul şüphe en detaylı şekilde Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 6. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre;

Düzenleme böyle iken çalışmamız sırasında 6 Mart 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6526 sayılı yasanın 9. maddesi ile CMK'nın 116. maddesi değiştirilmiş olup, yeni düzenlemeye göre artık ancak şüphelinin yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe mevcutsa şüphelinin konutu, iş yeri, üstü, eşyası ve ona ait diğer yerler aranabilecektir. İlk bakışta yeni düzenlemenin adli soruşturmalar açısından delil elde etmeyi zorlaştırdığı söylenebilir. Amacı maddi gerçeği açığa çıkarmak olan ceza muhakemesi uygulamasında en çok başvurulan koruma tedbirlerinden olan adli arama için somut delillere dayanan kuvvetli şüphe bulunması şartı aslında kendi içinde çelişkili gibi gözükmemektedir. Zira adli bir soruşturma dosyası kapsamında iddiaya konu eylemle ilgili şüpheli hakkında somut deliller ve bu delillere dayanan kuvvetli şüphe söz konusuysa zaten daha fazla delil elde etmeye gerek bulunmadığından kamu davası doğrudan açılabilir ve adli arama da yapmaya gerek yoktur. Adli aramanın en önemli amacı zaten somut delilleri elde etmek olduğu halde arama tedbirinin somut deliller var ise aramanın yapılacağına düzenlenmiş olması bu açıdan çelişkili gözükmemektedir. Mevcut düzenlemenin bu haliyle uygulamada birçok soruşturmada delil elde imkânı kalmamaktadır. Diğer yandan temel hak ve hürriyetlere müdahale ve anayasal özgürlüklerin istisnası olan adli arama için makul şüphenin ötesinde kuvvetli şüphe şartının öngörülmüş olması hukuk devleti, özel hayatın gizliliği ve ölçülülük ilkeleri açısından olumlu bir gelişmedir. Ancak bu olumlu gelişmeyle birlikte maddi gerçeğin açığa çıkarılması dengesinin bozulmaması adına kolluk güçlerinin her olayda kuvvetli şüpheyi oluşturabilecek somut delilleri elde etme konusunda başarıyla çalışabilecek şekilde donatılmış olmalı ve basit soruşturmalarda bile arama yapılmasını sağlayacak kuvvetli şüpheyi Cumhuriyet Savcısına sunabilmelidir. Ülkemizde özellikle ilçe düzeyindeki kolluk yapılanmalarının bu konuda ne kadar yeterli olduğu tartışmalıdır. Dolayısıyla mevcut değişiklikte birlikte kolluk güçlerinin de geliştirilmesi yönünde olumlu adımlar atılmalıdır. Bu açıklamalarımızla birlikte değişiklik çok yeni olduğundan ve uygulamada ne gibi olumlu veya olumsuz sonuçlara yol açacağı henüz bilinmediğinden burada sadece adli arama tedbirinin artık somut delillere dayanan kuvvetli şüphe söz konusuysa yapılabileceğini belirtmekle yetiniyoruz. (Yasal düzenlemeye paralel olarak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde de henüz bir değişiklik yapılmamıştır. Değişiklik sonrası CMK hükümleri ile yönetmelik tamamen birbiriyle çelişir hale gelmiştir. Yönetmeliğin de bir an önce CMK'ya paralel şekilde güncellenmesi gerekmektedir.)

Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.

Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.

Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.

Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.

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

Makul şüphe akla uygun şüphedir. Yönetmeliğin 6. maddesi de dikkate alındığında makul şüphe sebeplerinin somut olgulara dayanması ve arama sonucunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla makul şüpheye esas teşkil eden kıstaslar objektif bir gözlemciyi ikna edecek vakıa ve bilgiler olmalıdır. Makul şüphenin kişilerin hareketlerinden kaynaklanan objektif bilgi ve bulgulara dayanması, akla yatkın ve uygun olması gerekir. Günlük hayat tecrübelerine göre şüpheli veya suç delilinin, aranan yerde bulunabileceğine dair delil, iz, emare bulunmalıdır. Bu doğrultuda bazı etnik kökenlerden gelen kişilerin fazla suç işledikleri sayısal bir veri olsa da kişinin söz konusu etnik kökene mensup olması makul şüphe için yeterli değildir. Aynı şekilde giyim tarzı, saç tipi, sabıka kaydı gibi hususlar da makul şüphe için tek başına yeterli değildir. Bununla birlikte zaman, mekân, kişinin tavırları gibi faktörler makul şüphenin oluşumuna katkıda bulunabilir. Gizli ve ihtiyatlı hareketler, hırsızlığın yaygın olduğu bir bölgede geceleyin eşya taşınması gibi durumlar makul şüphe için yeterli sayılabilir⁶⁰. Dolayısıyla bu anlatılanlar ışığında sadece ihbar ve şikâyete dayanarak soyut iddialar için arama kararı verilmemelidir. Örneğin bir hırsızlık eylemiyle ilgili olarak benzer şekilde hırsızlık yaptığı söylenen kişilerin evlerinde, sadece bu hususa dayanılarak arama yapılması hukuka aykırıdır. Çünkü bu kişilerin iddiaya konu eyleme karıştıklarına, evlerinde bu eylemle ilgili suç

delillerinin bulunduğu dair somut bir olgu yoktur ve bu konudaki şüphe makul şüphe değildir. Bir diğer örnek bir köyde düğünde havaya ateş edilmesi iddiasıyla ilgili olarak köydeki tüm evlerin aranmasına karar verilmesi mümkün değildir. Bunun için arama yapılacak kişilerin olayın meydana geldiği köyde yaşamak dışında olayla bağlantısını açıklayacak, bu kişilerden makul derecede şüphe edilmesini sağlayacak somut olguların, emarelerin ortaya konulması gerekir⁶¹.

Somut olaylarda makul şüphenin var olup olmadığına karar verebilmek için olayın bütün şartlarının objektif olarak değerlendirilmesi gerekir. Kolluk görevlisi için makul şüphenin anlamı; olayın şartlarını bilen ve kendisini kolluk görevlisinin yerine koyan makul orta zekâda birisinin, durdurulan ve aranan kişinin önceden işlenen bir suçun faili olduğunu veya işlenen bir suçla ilgili bazı delilleri üzerinde veya eşyasında bulundurduğunu veya suç işlemekte olduğunu düşündürecek somut vakıaların olduğuna objektif olarak inanmasıdır. Örneğin kolluk tarafından güvenilir biri olarak tanınan bir şahsın az önce görmüş olduğu bir kişinin üzerinde tabanca olduğunu kolluk görevlilerine söylemesi duruma göre makul şüphe oluşturabilir. Ancak bir şahsın sadece otomobil hırsızlığından sabıkasının bulunması makul şüphe için yeterli değildir. Sabıkalı bu şahsın gece geç saatlerde araçların yoğun olduğu bir yerde görülmesi makul şüpheyi oluşturur⁶².

Uygulamada makul şüphenin var olup olmadığı hususunda en çok karşılaştığımız durum belirli bir kişinin evinde uyuşturucu kullanmakta olduğu veya hint keneviri yetiştirdiği yönünde kolluk güçlerine telefonla yapılan ihbarlardır. Ne yazık ki kolluk bu gibi durumlarda sadece ihbara dayanarak arama talep etmektedir. Bu noktada ihbarda bulunan kişinin kim olduğu ve güvenilirliği önem kazanmaktadır. Bunun belirlenmesinde de ihbarcının güvenilir olduğunu gösteren ve olayın bütünlüğü içinde çıkan sebeplere ve bilgi veren kişinin verdiği bilgilere ilişkin yan gerçeklere bakmak gerekir. Dolayısıyla ihbarcının verdiği bilgiler ışığında kolluk güçlerinin şüphelinin belirtilen adreste gerçekten var olup olmadığı, bu şahsın iddia edilen eylemi gerçekleştirdiğine dair yaşadığı muhitte başka tanıklar olup olmadığı,

⁶¹ AYDIN; a.g.e. ; s. 30.

⁶² ERYILMAZ; a.g.e. ; s. 149.

benzer suçlardan kaydının olup olmadığı, ihbarın en azından görünüşte haklı görülmesini sağlayacak maddi vakıaların bulunup bulunmadığı yönünde bir ön inceleme yapması ve bunları tutanağa bağlayarak somutlaştırması gerekir⁶³.

ihbarda bulunan kişi suçun mağduru veya tanığı ise genelde makul şüphe var sayılmalıdır. Ancak bu durumda bile verilen bilgilerin ayrıntı ve hayatın olağan akışıyla uyumluluk içerip içermediği değerlendirilmelidir. Diğer yandan ihbarcı kimliğini açık bir şekilde beyan ediyorsa gene makul şüphe var sayılmalıdır. Çünkü bir kişi gerçek olmayan bir olayla ilgili ihbarda bulunduğunda duruma göre iftira veya suç uydurma suçunu işlemiş olacağından kişinin kimlik bilgilerini vererek böyle bir ihbarda bulunması genel olarak beklenmeyen bir durumdur. ihbarda bulunan kişi kimliğini açıklamamakla birlikte iddiaya konu olayla ilgili somut ayrıntılar veriyorsa yukarıda bahsettiğimiz gibi kolluğun verilen bilgileri teyit için ön araştırma yapması ve elde edeceği bilgileri arama talebini içeren raporuna yazması gerekir.

Kolluk güçlerinin arama talebi için hazırlayacakları tahkikat evrakında iddiaya konu olayla ilgili makul şüphenin ne olduğuna dair bilgi ve emareleri, bilginin kaynağını, aranacak kişinin kim olduğu ve neden aranması gerektiği, aranacak şeyin ne olduğu, şüphelinin iddia edilen suçu işlediği ve aranacak şeyin belirtilen adreste bulunduğu dair inancın nedenleri somut şekilde açıklanmalıdır. Kararı verecek olan Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı bu evraka göre makul şüphenin var olup olmadığına ve nihayet arama kararına karar verecektir. Makul şüphenin var olmadığından bahisle talep reddedilirse yeni bulgularla talep yenilenebilir. Kolluk güçleri arama taleplerini kural olarak Cumhuriyet Savcısına iletirler. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 7. maddesinin son fıkrasına göre Cumhuriyet Başsavcılıklarınca, arama ile ilgili kararları vermek üzere, yirmi dört saat süreyle nöbetçi Cumhuriyet Savcısı görevlendirilir. Nöbetçi Savcı kolluktan gelen talebi değerlendirip kendi kanaatine göre Sulh Ceza Hâkiminden arama talep edecektir veya yeni araştırmalar isteyecektir. Hâkimin talebi reddetmesi

durumunda Savcı kendi arama yapamayacağı gibi arama emri de veremez. CMK'nın 163. maddesine göre suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibariyle Cumhuriyet Savcısının iş gücünü aşıyorsa Sulh Ceza Hâkimi de soruşturma işlemlerini yapabileceğinden böyle bir durumda arama talebi doğrudan Hâkime yapılacaktır. Burada Hâkim bir Savcı gibi yazılı emri değil kendi yetkisinde olan arama kararını verecektir.

CMK'nın 116. maddesinde suçun şüphelisinin evinin, üstünün, eşyasının aranması düzenlenmiştir. Bunun için aranacak kişinin Ceza Muhakemesi kapsamında şüpheli sıfatını alması, yani hakkında bir ceza soruşturması başlatılması gereklidir. Buradaki makul şüphe suçun şüphelisinin evinde, iş yerinde, üstünde ve eşyasında kendisinin veya suç delillerinin bulunduğu dair şüphedir. CMK'nın 117. maddesinde ise şüpheli dışında, diğer bir ifadeyle suç şüphesi altında bulunmayan, üçüncü kişiler hakkında yapılacak arama düzenlenmiştir. Maddeye göre diğer kişilerle ilgili arama yapılabilmesi için ise aranan kişinin veya suç delillerinin belirtilen yerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığı gerekmektedir. Burada makul şüpheyi aşan bir belirlilik bulunmalıdır. Bu konuyla ilgili "Aramaya Maruz Kalan Kişiler" başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz⁶⁴.

Bilindiği gibi terör ve organize suçlarla mücadele büyük uğraşlar gerektirmektedir. Bu zorluk karşısında makul şüphe standardından vazgeçilerek arama için daha düşük bir şüphe seviyesinin kabul edilmesi hakkaniyete ve hukuka uygun olmayacaktır. Çünkü bu tip suçların faillerinin bir an önce bulunması noktasında kolluk görevlilerinin üzerindeki toplumdan, medyadan ve idareden kaynaklanan baskı, kolluğu bir suçlu yaratma psikolojisine sokmaktadır. Bu baskı ile hareket eden kolluk görevlileri bir an önce sonuca ulaşabilmek adına hareket ettiğinden haksız arama ihtimalleri de artmaktadır. Dolayısıyla bu tip suçlarda makul şüphe standardında daha da ısrarcı olunmalıdır. Çünkü ciddi bir suçtan dolayı haksız

Bkz. s. 34 vd.

bir arama işleminin kişi üzerinde oluşturacağı maddi ve manevi zarar düşünülduğünde kişiler için oluşturulan güvencelerin sulandırılarak etkisinin azaltılması değil böyle suçları işleme şüphesi altında bulunan kişilerin haksız olarak durdurulup aranmasının önlenmesi adına kanuni şartlara daha sıkı şekilde bağlı kalınması gerekmektedir⁶⁵.

2. Yetkili Mercii Tarafından Verilmiş Bir Arama Kararı veya Arama Emrinin Bulunması:

2.1. Hâkim Kararı:

**CMK Madde 119 - (1) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.*

**Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Madde 7 - Adli aramaya karar vermek yetkisi hâkimindir. Kolluk, arama kararı alınmasını talep ettiği durumlarda, makul şüphe sebeplerini belirten ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet savcısına başvurur.*

Hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabilir.

Anayasanın 20 ve 21. maddeleri ile CMK'nın 119. , Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 7. maddelerine göre ceza muhakemesi sistemimizde arama kararı verme yetkisi kural olarak Hâkime aittir. Konut dokunulmazlığı, özel

hayatın gizliliği gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan arama tedbiri Hâkim kararına bağlanarak toplum düzeni ve birey hakları arasındaki dengenin sağlanması adına bağımsız ve tarafsız kimliği ile Hâkimin bu hususta teminat olması öngörülmüştür⁶⁶. Aramanın Hâkim kararına bağlanması hukuk devletinin de bir gereğidir. Hâkim bir arama talebi karşısında yukarıda açıklanan şekilde makul şüphenin olup olmadığını hukukçu kimliği ile değerlendirerek bağımsız ve tarafsız kimliği ile de aramayla amaçlanan toplum menfaati ile ihlal edilecek kişi haklarını karşılayacaktır. Arama kanundaki şartlara uygunsuz ve toplum menfaati ağır basıyorsa arama kararı verecek, kişilerin temel haklarına Hâkim kararı doğrultusunda hukuka uygun şekilde müdahale edilecektir⁶⁷.

CMK'nın 162/1. maddesi uyarınca soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine Hâkim kararı ile yapılacak işlemler hakkında işlemin yapılacağı yerin Sulh Ceza Hâkimi karar verme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla soruşturma sırasında arama kararı vermeye yetkili Hâkim, işlemin yapılacağı yerin Sulh Ceza Hâkimidir. Soruşturmanın nerede yapıldığının önemi yoktur⁶⁸. Örneğin Yalova Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülmekte olan bir soruşturma kapsamında suç delillerinin elde edilmesi amacıyla Bursa ilinde belirli bir adreste ve belirli bir kişi hakkında arama yapılacaksa soruşturmayı yürüten Yalova Cumhuriyet Savcısının istinabe (uygulamada talimat) ile Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı'na ilgili evrakları da göndererek arama yapılması talebinde bulunur, istinabeye (talimata) bakan Bursa Cumhuriyet Savcısı da, arama Bursa'da yapılacağından Bursa Nöbetçi Sulh Ceza Hâkiminden arama talebinde bulunur ve karar verilirse arama Bursa Emniyet veya Jandarma görevlileri tarafından yapılır.

Kural bu olmakla birlikte bazı kanunlara göre hazırlık soruşturması sırasındaki Hâkim kararları için farklı merciler öngörülmüştür. Örneğin 4483 sayılı yasanın 12/2. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler hakkındaki arama kararı

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1063.

AKSOY; a.g.e. ; s. 70.

AYDIN; a.g.e. ; s. 34.

Yargıtay'ın ilgili ceza dairesince ilk derece mahkemesi olarak, kaymakamlar hakkındaki arama kararı ise aramanın yapılacağı yerin Asliye Ceza Mahkemesince verilecektir.

Kovuşturma aşamasında ise arama nerede yapılacak olursa olsun arama kararını yargılamayı yürüten mahkeme vermeye yetkilidir. Ancak Mahkeme bu kararı verirken mutlaka CMK'nın 33. maddesi uyarınca Cumhuriyet Savcısının yazılı veya sözlü görüşünü almalıdır. Mahkeme arama kararını verdikten sonra kararı aramanın yapılacağı yerin Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderir. Kararı bu yer Cumhuriyet Savcısı bizzat katılarak veya talimat vererek kolluk aracılığı ile yerine getirecektir. Arama kararının ilgiliye tebliğ edilmesi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceğinden mümkün değildir. Hâkim ve mahkeme kararları kural olarak ilgilisine tebliğ olunmakla birlikte koruma tedbirleri CMK'nın 35/2. maddesi uyarınca bu kuralın dışında tutulmuştur. Dolayısıyla CMK'nın 120/2. maddesine göre aramanın hemen öncesinde ilgiliye verilecek bilgi dışında aranacak kişiye tebligat yapılmaz⁶⁹.

Hâkimin vereceği arama kararı her mahkeme kararında olduğu gibi yazılı ve gerekçeli olmalıdır. Kanun koyucunun, Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amirinin arama emrinin bile yazılı olmasını düzenlediğine göre Hâkim kararının sözlü olması düşünülemez. Anayasanın 20 ve 21. , CMK'nın 119/2. maddelerinde arama kararında yazılı olma kuralının benimsenmesi temel hak ve özgürlükler açısından teminat niteliğindedir. Yazılılık arama işleminden sonra hukuka aykırılık iddiaları açısından da belirlilik arz eder⁷⁰.

Son olarak değinilmesi gereken husus temyiz incelemesinde arama kararı verilip verilemeyeceğidir. Yargılamayı yürüten Mahkemenin yetkisi hüküm kesinleşene kadar sürdüğünden bundan sonra arama kararı verilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir. Ancak istinaf mahkemeleri nitelikleri itibariyle bazı

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 350.
ERYILMAZ; a.g.e. ; s. 153.

durumlarda ilk derece mahkemeleri gibi çalıştıklarından bu mahkemelerin arama kararı verebilecekleri kanısındayım.

2.2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri:

Adli arama tedbirinde kural, arama kararının Sulh Ceza Hâkimi tarafından verilmesidir. Ancak Anayasa ve kanunda bu kuralın bazı istisnaları öngörülmüş ve belirli durumlarda istisnai olarak Hâkim dışında kanun ile yetkilendirilmiş mercilerin arama emri verebilecekleri düzenlenmiştir. Arama koruma tedbiri başlı başına Anayasal temel hak ve özgürlüklerin istisnası olmakla birlikte istisnanın istisnası şeklinde yetkilendirilmiş merciler tarafından başvurulacak arama işlemlerinde daha önce bahsedilmiş ölçülülük ilkesi temel alınmalı, bu şekildeki arama işlemlerine sadece kanunla öngörülmüş zorunluluk hallerinde başvurulmasına dikkat edilmelidir.

Bazı soruşturmalarda olayın aciliyeti karşısında arama için Hâkim kararı alınması delillerin kaybolması ihtimalini doğurur. Mahkemelerin işleyişindeki kurallar, çalışma saatleri gibi Hâkim kararı almaya imkân bulunamayabilir. Oysa Nöbetçi Cumhuriyet Savcısı yirmi dört saat boyunca kolluk güçleri ile irtibat halinde olduğundan her an şartları varsa arama kararı verebilecek imkâna sahiptir. İşte bu sebeple Anayasamızın 20. maddesinde aramanın Hâkim kararının yanında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri ile yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu merci CMK'nın 119. maddesine göre Cumhuriyet Savcısıdır.

AİHS'nin 8/2. maddesine baktığımızda arama için Hâkim veya kanunla yetkili kılınmış merciinin yazılı emri gibi kavramlara yer verilmediğini görüyoruz. Maddede sadece özel hayatın korunmasıyla ilgili sınırlama nedenleri sayılarak sınırlama için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olma şartları getirilmiştir. Dolayısıyla her ülke çizilen bu çerçevede sistemini yasalarla öngörerek farklı şekillerde oluşturmuştur. Bizim sistemimizde de arama emri konusunda kanunla yetkili kılınan mercilerden birisi Cumhuriyet Savcısıdır.

Bu bilgiler ışığında soruşturma sistemimize göre şüphelinin veya delillerin elde edilebileceği yönünde makul şüphe sebebiyle Cumhuriyet Savcısının emriyle arama yapılabilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir hal ile yazılı emir şartları gerçekleşmelidir.

2.2.1. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal

Adli aramalar bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hal Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde ; *"derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli"* şeklinde tanımlanmıştır. Gerçekten de bazen çok ivedi hallerde arama yapmak zorunluluğu söz konusu olmaktadır. Derhal arama yapılmazsa şüphelinin veya suç delillerinin elde edilme imkânı kalmamaktadır. İşte bu gibi durumlardan dolayı Hâkim dışında kanunen yetkili kılınmış mercilerin arama emri verebilecekleri kabul edilmiştir⁷¹.

Soruşturma evresinde arama tedbirine başvurulmasının sebebi şüphelinin veya suç eşyaları ile delillerinin elde edilmesini sağlamaktır. Şüpheli kaçtıktan veya deliller kaybedildikten sonra arama yapılmasının veya bu hususta Hâkim kararı alınmasının bir anlamı yoktur. İşte somut olayın özelliklerine göre hâkimden karar alınmasının beklenmesi durumunda şüpheli kaçacak veya suç delilleri yok edilecek ise gecikmesinde sakınca bulunan hal var demektir. Örneğin mesai saatleri dışında gerçekleşen bir cinayet olayında, olayı gören tanıkların beyanlarıyla şüphelinin kimliği tespit edilmiş ve şüpheli olay yerinden suç aletiyle kaçmış ise olaya ilk elden müdahale eden Cumhuriyet Savcısı açısından suç aleti ile şüphelinin bulunması için tespit edilen adreslerinde arama yapılmasına yönelik olarak gecikmesinde sakınca bulunan hal doğmuş demektir.

Uygulamadan verebileceğimiz bir diğer örnek de Hâkim kararı alınarak yapılan arama sırasında şüphelinin bu kararda geçen adresi dışında aynı muhitte bir başka adresinin daha olduğunun tespit edilmesi durumudur. Böyle bir tespit üzerine kanımca tekrar Hâkim kararı alınması artık delillerin kaybolma ihtimalini doğuracaktır. Çünkü aramaya maruz kalan kişi veya yakınları bir şekilde arama ve soruşturma işlemlerinden haberdar olmuşlardır. Bu sebeple ilk adresle ilgili arama sırasında tespit edilen aynı muhitteki diğer arama için gecikmesinde sakınca bulunan hal mevcuttur ve Cumhuriyet Savcısı arama emri düzenleyebilir. Ancak arama sonucunda ele geçirilecek deliller mutlaka Hâkim onayına sunulmalıdır.

Uygulamada gecikmesinde sakınca bulunması şartı yazılı emirde gerekçelendirilmemektedir. Bu sebeple de istisna kural haline gelmektedir. Her somut olayda gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı Cumhuriyet Savcısı tarafından gerekçelendirilmeli ve doğru yorumlanmalı, gecikmede tehlike gerçekten var ise arama emri verilmelidir . Aksi halde Hâkimden arama talep edilmelidir.

2.2.2. Arama Emrinin Yazılı Olması

Her ne kadar CMK'nın 161/3. maddesine göre Cumhuriyet Savcısının adli kolluk görevlilerine emirlerini acele hallerde sözlü olarak vereceği, sözlü emirlerin en kısa sürede yazılı olarak da bildirileceği düzenlenmiş ise de; arama tedbiri açısından Anayasanın 20 ve 21. maddeleri ile CMK'nın 119. , Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 7. maddelerine göre arama emrinin yazılı olacağı açık şekilde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde arama emrinin sözlü olabileceğine dair bir istisna getirilmemiştir. Dolayısıyla arama emri mutlaka yazılı olarak verilmelidir ve

73

bizzat aramayı yapacak kolluk görevlisine ulaştırılmalıdır . Zira hem CMK'nın 120/2 hem de Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 30/5. maddelerine göre belirli istisnalar dışında arama öncesi ilgiliye arama emri gösterilmelidir⁷⁴. Bu

⁷² KAHRAMAN; a.g.m. ; s. 348.

⁷³ ERYILMAZ; a.g.e. ; s. 153.

⁷⁴ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Madde 30 - Kolluk, arama yapılacak kapalı yerlerde ve eklentilerinde gerekli güvenlik önlemlerini alarak kapıyı çalar.

anlatılanlar ışığında arama emrinin "Savcı görüşme tutanağı" gibi tutanaklara bağlanarak yazılı hale getirilmek suretiyle sözlü olarak verilmesi mümkün değildir. Arama emrinin yazılı olması hem belirliliği ve hukuka aykırılık iddialarının karşılanması hem de aramanın hukuka uygun yapılması için gerekli bir husustur. Aramanın sözlü emirle verildiği durumlarda yaşanacak hukuka aykırılık durumlarında sorumluluk tamamen kolluğun üzerinde kalacak ve bu da keyfi uygulamalara yol açacaktır.

Arama emrinin yazılı olması aslında gecikmesinde sakınca bulunan hal şartıyla çelişmektedir. Daha önce değinildiği gibi gecikmede sakınca bulunan hal derhal işlem yapılmasını gerektiren bir durumdur. Hal böyleyken yazılılık şartı sebebiyle kolluk kuvvetleri yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında Cumhuriyet Savcısından yazılı emir almak için olaya müdahale edemeyeceklerdir. Bu açıdan temel hak ve özgürlüklerin korunması adına suçla mücadelenin güçleştirildiği söylenebilir.

2.3. Kolluk Amirinin Yazılı Emri:

CMK'nın 119/1. maddesine göre arama tedbirine başvurulması için gecikmesinde sakınca bulunan bir halde kolluk güçleri Cumhuriyet Savcısına ulaşamıyorsa kolluk amirinin de yazılı olarak arama emri verebileceği düzenlenmiştir. Ancak bunun için arama yapılacak yerin konut veya iş yeri veya kamuya açık olmayan kapalı bir yer olmaması gerekmektedir. Günümüzdeki imkânlar düşünüldüğünde kolluk güçlerinin 24 saat esasına göre görevde olan nöbetçi Cumhuriyet Savcısına ulaşamaması pek de sık rastlanılan bir durum değildir.

Hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle yapılan aramalarda veya karar alınmasını gerektirmeyen işlemlerde, mümkünse o yere girme izni verme yetkisine sahip kişilerle iletişim kurulmasına çalışılır, kolaylık gösterilmesi istenir.

Aşağıdaki hâllerde iletişim kurmadan arama amacıyla kapalı yerlere ve eklentilerine girilir:

- a) Arama yapılacak olan yerin konut veya yerleşim yeri olarak kullanılmadığının bilinmesi,*
- b) Arama esnasında bu yerlerde kimsenin olmadığını anlaşılması,*
- c) Bu yerlerde oturan veya izin vermeye yetkili kişinin arama öncesinde bilgilendirilmesinin, delil karartmasına yol açarak aramanın amacını tehlikeye sokacak veya kolluk memurlarını veya diğer bireyleri tehlikeye düşürebilecek olması.*

Diğer hâllerde, kolluk memurları arama kararını gösterirler.

Nöbetçi Savcıya ulaşılamasa bile aynı yerde görev yapan diğer savcılara ulaşılabilecektir.

CMK'nın 119. maddesinin ilk halinde kolluk amirlerine bahsi geçen arama emri verme yetkisi tanınmamıştı. Bunun sebebi gecikmede sakınca bulunan hal kavramının soyut olmasından ötürü kolluğa böyle geniş bir yetki verilmek istenmemesiydi. Özellikle kolluğun geçmişteki insan hakları ihlalleri de düşünülerek bir tepki sonucu maddenin ilk halinde kolluk amirlerine bu yetki tanınmamıştı. Ancak daha sonra 119. maddede 5353 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile sıkı şartlarda kolluk amirlerine de bu yetki verilmiştir⁷⁵.

Kolluk güçleri arama işlemi için Cumhuriyet Savcısına ulaşarak ondan yazılı arama emri alıp ilgili birime ulaştırmak için yeterli zamana sahip değilse gecikmede sakınca var demektir. Kolluğun Cumhuriyet Savcısına neden ulaşamadığının denetime imkân verecek şekilde arama tutanağında veya bu hususta ayrıca düzenlenecek tutanakta işleme ilişkin saatler de gösterilmek suretiyle belgelenmesi gerekmektedir⁷⁶. Ayrıca kolluk amirinin emriyle yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilmelidir. (CMK'nın119/1-son cümle) Aramada hiçbir şey ele geçirilmemiş olsa bile bildirim yapılmalıdır.

Kolluk amirinin de vereceği arama emri yazılı olmalıdır. Zira bu husus kanunda açıkça dile getirilmiştir. Kolluk görevlilerinin amirleri ile yaptıkları telefon görüşmesinde arama konusunda onay almaları arama için yeterli değildir. Sözlü olarak verilen arama emri sonradan yazı ile onaylansa bile bu emre dayanılarak arama yapılamaz. Bu hususun nedenleri ve yararlarına yukarıda değinilmişti.

Kolluk amirinin arama emrinin yazılı olması hususuyla ilgili olarak yeri gelmişken 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 2/3-VÜ1 Maddesinde yer alan *"Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda zabita tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak*

⁷⁵ ÇOLAK, TAŞKIN; a.g.e. ; s. 534.

⁷⁶ AYDIN; a.g.e. ; s. 37.

aramalar için yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir" hükmüne dikkat etmek gerekir. Buna göre kolluk amirinin arama emri için yazılı bir belge gerekmemektedir. Ancak sonradan yürürlüğe giren Anayasanın 20 ve 21. maddeleri, CMK'nın 119. maddesi, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun ek 6/8. maddeleri karşısında bu hükmün mülga olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla kolluk amirinin arama emri de mutlaka yazılı olmalıdır⁷⁷. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da bu konuyla ilgili bir kararı mevcuttur⁷⁸. Bu kararın konusu oluşturan olayda bir pazaryerinde akrabaları ile birlikte tezgâh açan bir şahsın uyuşturucu madde bulundurduğuna ilişkin olarak alınan ihbar üzerine emniyet güçleri olay yerine giderek hakkında arama kararı alınmış şahsın üzerini ve tezgâhını aramış fakat bir suç unsuruna rastlamamışlardır. Bu sırada aranan şahsın yanında bulunan akrabalarından bir tanesinin şüpheli hareketler sergilemesi ve oradaki vatandaşlar tarafından bu şahsın da esrar sattığı yönünde yeniden ihbarda bulunulması üzerine emniyet amiri vekiline haber verildiği ve emniyet amiri vekilinin verdiği sözlü emir üzerine bu kişinin de üzerinin arandığı, arama sonucunda uyuşturucu ele geçirildiği anlaşılmıştır. YCGK verdiği kararda elde edilen delilin sonradan hâkim onayına sunulmuş olması sebebiyle geçerli olduğuna ancak yine de kolluk amirinin arama emrini yazılı vermesi gerektiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla PVSK'nun 2. maddesindeki sözlü emir artık uygulama alanı bulamayacaktır⁷⁹.

Bahsi geçen YCGK kararında her ne kadar elde edilen delilin Hâkim onayına sunulmuş olması gerekçesiyle geçerli olduğuna karar verilmiş ise de bu olayda aslında polisin yapmış olduğu işlem PSVK kapsamındaki durdurma ve üstte yoklama yapma işlemi olup bunun için ayrıca arama kararı ve emrine gerek duyulmamaktadır. Örneğin bu yoklamaya rağmen kişi hakkındaki şüphe giderilememiş ve aracında arama yapmak gerektiği anlaşılmış ise ancak bu halde arama kararı veya emri gerekecektir ki bu durumda da kolluk amirinin yazılı arama emri verme yetkisi bulunduğu ve emir gelinceye kadar araç tutulacağından delillerin kaybolması

AYDIN; a.g.e. ; s. 38.

YCGK'nun 15.03.2005 tarihli, 2005/10-15 E, 2005/29 K sayılı içtihadı. (Meşe içtihat programı)

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1067.

söz konusu olmayacaktır. Karara konu olaydaki arama işlemi işte bu sebeple PVSK kapsamında yapılan bir yoklama olduğu için geçerli kabul edilmelidir⁸⁰.

CMK'nın 119. maddesine göre kolluk amirinin yazılı arama emri verebilmesi için gereken bir diğer şart aranacak yerin konut, iş yeri veya kamuya kapalı bir yer olmamasıdır. Buna göre kolluk amirleri 119. madde kapsamında üst araması, araç araması, kamuya açık olan kapalı yer araması hususlarında yazılı arama emri verebileceklerdir. Bu şekildeki Cumhuriyet Savcıları için benzer bir sınırlama ilginç şekilde Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 7/4. maddesinin son cümlesinde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre ; *"4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçlar bakımından, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz"*. Her ne kadar 4926 sayılı kanun 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış olsa da 5607 sayılı yasanın geçici 1. maddesine göre eski kanuna yapılan atıfların bu kanuna yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Bahsi geçen düzenleme bu şekilde olmasına rağmen Cumhuriyet Savcısının yazılı emir vermesinin sınırlandırılmasına ilişkin bir hükmün CMK' da ve 5607 sayılı yasada yer almamasına rağmen bu kanun hükümleriyle çelişir şekilde bir yönetmelikle düzenlenmiş olması kabul edilemez. Zira 5607 sayılı yasanın 9. maddesinde Kaçakçılıkla Mücadele kapsamında yapılacak aramalarda CMK hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla yönetmelikteki aksi hükme rağmen Cumhuriyet Savcısı CMK ve 5607 sayılı yasa hükümleri doğrultusunda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde özel konut ve eklentilerinde de yazılı arama emri verebilecektir⁸¹.

Adli Kolluk amirleri il ve ilçe emniyet müdürleri ile jandarma komutanlarıdır. (Adli Kolluk Yönetmeliği 3/2. madde) İlgili kurumların yönetmeliklerine göre müdür yardımcısı, şube müdürleri, karakol amir ve komiseri, jandarma karakol komutanı kolluk amiri olarak kabul edilmelidir . Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 2005-69 numaralı genelgesinde il merkezlerinde ağırlıklı olarak adli kolluk görevini ifa eden

AYDIN; a.g.e. ; s. 38.

ERYILMAZ; a.g.e. ; s. 152.

AKSOY; a.g.e. ; s. 75.

şube müdürlüklerindeki (asayiş, narkotik, kaçakçılık ve organize suçlarla mücadele, siber suçlarla mücadele, vb...) kolluk amirlerinin (komiserlerin) CMK'nın 165. maddesi uyarınca bu görevlerin ifası süresince adli kolluk amiri oldukları bu şubelerin müdürlerinin de adli kolluk sorumlusu olarak kabul edilecekleri belirtilmiştir⁸³.

Son olarak hem gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı hem de kolluk amirinin arama emri verme yetkisi açısından şu YCGK kararının açıklayıcı olacağı kanaatindeyim:

"Somut olayda şüphelinin iş yeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbarı üzerine hâkim kararı alınmaksızın yapılan aramada birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde safalkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zapt edilmiş ise de; düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğu ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi dosya içeriğinde de gerçekleştirilen arama için Hâkim kararı alınmasının gecike yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır⁸⁴."

2.4. Arama Kararının ve Emrinin İçeriği:

CMK'nın 119/2. maddesi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 7/7. maddesine göre Hâkim tarafından verilen arama kararı ile Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen arama emrinin neler içermesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre arama kararı veya emrinde;

- Aramanın nedenini oluşturan fiil,
- Aranacak kişi,
- Aramanın yapılacağı yerin adresi veya eşyanın ne olduğu
- Karar veya emrin geçerli olacağı süre
- Aranılacak eşyanın ele geçirilmesi durumunda el konulup konulmayacağı,

Açıkça gösterilmelidir. Arama kararı veya emri için bu şekilde sıkı şekil şartı öngörülmüş olmasının sebebi aramanın sınırlarının kesin olarak belirlenmesi ve keyfilik önlenmek istenmesidir. Dolayısıyla bahsi geçen belirlilikleri taşımayan

85

genel nitelikteki arama kararı veya emri hukuka aykırıdır⁸⁵.

2.4.1. Aramanın Nedenini Oluşturan Fiil

CMK kapsamında düzenlenen arama adli arama olduğundan işlenmiş bir suçla ilgili yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında arama yapılmaktadır. Dolayısıyla burada iddianın konusunu oluşturan fiilin ne olduğu arama kararında veya emrinde gösterilmelidir. Soruşturma aşamasında bu yapılırken çoğu kez henüz araştırmanın başında bulunduğu için fiil tüm ayrıntılarıyla belli olamayacağından kesin hukuki nitelendirmelerde bulunmamak gerekir. Bu yüzden sadece şüphe edilen suçun genel olarak yazılması yeterlidir⁸⁶. Çünkü arama yapıldıktan sonra ele geçecek bulgularla eylemin niteliği ve oluşturacağı suç değişebilir. Örneğin bir şahsın ruhsatsız silah bulundurduğu iddiasıyla ilgili olarak yapılacak aramada eylem 6136 sayılı yasanın 13/1. maddesi kapsamında kalıyor gibi

⁸⁵ ERYILMAZ; a.g.e. ; s. 151.

⁸⁶ AYDIN; a.g.e. ; s. 39.

görünse de, yapılacak aramada ele geçirilecek silahların fazlalığı ve vahim nitelikleriyle eylem aynı yasanın 12. maddesi kapsamındaki silah ticareti suçuna dönüşebilir. Bu durumda da arama geçerli olacaktır çünkü arama öncesinde eylemin silah ticareti olduğuna dair bir bulgu söz konusu değildi.

2.4.2. Aranacak Kişi

Arama özellikle yakalama amacıyla yapılıyorsa karar veya emir muhatabın kimlik bilgilerini içermelidir. Ancak soruşturmaların başında uygulanan arama tedbirinde çoğu zaman şüphelinin açık kimlik bilgileri belli olmayabilir. Örneğin suçüstü bir eylemi sebebiyle kim olduğu bilinmeyen şüphelinin kime ait olduğu da bilinmeyen bir eve gizlenmesi durumunda olduğu gibi. Uygulamada sahte kimlik kullanımları da sıkça karşılaşılan bir durumdur. Dolayısıyla elde net bilgiler olmasa da, başkaları hakkında haksız şekilde arama yapılmasına fırsat vermemek adına gerekli dikkat ve özeni göstererek aranacak kişinin bilinen tüm bilgileri ve gerekiyorsa eşkâli karar veya emirde yazılmalıdır.

2.4.3. Aramanın Yapılacağı Yerin Adresi ve Eşyanın Ne Olduğu

Kolluğun hazırlayacağı arama talebinde mutlaka arama yapılacak yerin açık adresi mevcut olmalıdır. Bazı soruşturmalarda işin karmaşıklığı ve aciliyeti sebebiyle arama yapılacak yerin açık adresi belirlenememiş olabilir. Özellikle uygulamada uyuşturucu ticareti ve hint keneviri ekimi suçlarında şüpheliler belirli bir mahalle, cadde veya sokağın olmadığı kırsal alanlarda gözden uzak evler kullanmaktadırlar. Bu gibi durumlarda arama yapılacak yer karar veya emirde mevki olarak elden geldiğince belirli şekilde yazılmalıdır. Bu gibi durumlarda kesin bir adres belirli olamayacağından bu şekilde yazılacak arama kararı veya emri de geçerli olacaktır.

Arama yapılacak yerin adresi çoğunlukla belirlidir. Burada dikkat edilmesi gereken adresin daire numarasına kadar belirli olmasına özen göstermektir. Bir karar veya emirde birden fazla konut söz konusuysa hepsi ayrı ayrı belirtilmelidir. Bir apartmanın veya bir sokağın tümü için arama kararı verilemez. Arama kararında

veya emrinde gösterilen adresin daire numarası gibi bir hususunun yanlış yazılmış olması durumunda o yerde değil de örneğin bir üst katındaki dairede arama yapılacağı sırada daire numarasının farklı olduğunun anlaşılması üzerine kanımca doğru adreste var olan yazılı karar veya emre dayanılarak arama yapılabilir.

87

Burada basit hata, arama kararını hukuka aykırı hale getirmeyecektir⁸⁷. Kaldı ki böyle bir durumda kolluk güçleri belirtilen adreste artık arama yapılacağı hissini uyandırdığından yeniden karar alınması için geçecek sürede suç delilleri de yok edilebilecektir. Bu da arama kararı için geçerli olan şekil şartının soruşturmanın asıl amacının önüne geçmesi demek olacaktır⁸⁸.

Arama otomobil veya tır gibi gir araçta, tren vagonunda, barakada yapılacaksa bu gibi eşyaların da arama kararı veya emrinde yer alması gerekmektedir. Her ne kadar doktrinde CMK'nın 119. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde yer alan eşya kavramı üzerinde arama yapılacak eşya olarak tanımlanmış ise de kanımca burada eşya kavramı arama tedbiriyle elde edilmesi beklenen suç delilini de içeren bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla arama kararı veya emrinde iddiaya konu eylemle ilgili elde edilmesi beklenen deliller de genel hatlarıyla yazılmalıdır.

2.4.4. Karar veya Emrin Geçerli Olacağı Süre

Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik adına arama kararı sadece belirli bir süre için verilebilir. Zaten aramanın doğası gereği de bir an önce uygulanıp delil elde etme veya şüphelinin yakalanması amaçlandığından arama kararı, bu amaca uygun ve işin niteliği gereği kısa bir süre için verilmelidir. Bu sebeple amaca aykırı şekilde belirli olmayan ve geniş bir zaman dilimini kapsayan arama kararları hukuka aykırı ve uygulanamaz olacaktır. Bununla birlikte Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amiri tarafından verilecek arama kararı gecikmesinde sakınca bulunduğu için verildiğinden ayrı bir süre belirlemesine gerek yoktur. Çünkü bu arama emirleri nitelikleri gereği derhal uygulanacaktır.

⁸⁷ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1065.

⁸⁸ Aksi görüş için Bkz. AYDIN; a.g.e. ; s. 40.

2.4.5. Aranılacak Eşyanın Elde Edilmesi Durumunda El Konulup Konulmayacağı

Bu şart yönetmelikte öngörülmüştür. CMK' da belirtilmeyen bu hususun yönetmelikle düzenlenmiş olması açıkça Anayasa ve Kanuna aykırılık

89

içermektedir . Çünkü yasa ile çizilen çerçeve normlar hiyerarşisinde yasaların altında olan yönetmelikle genişletilemez. Yönetmeliğin sadece kanunun nasıl uygulanacağını göstermesi gerekmektedir.

CMK'nın 119/2-b maddesinde yer alan eşya kavramının yukarıda açıkladığımız üzere suç delili olan eşyayı da kapsar şekilde kullanıldığı kabul edildiği takdirde yönetmeliğin ilgili düzenlemesi daha anlamlı olacaktır. Yönetmeliğin bu hükmünün diğer bir sakıncası da arama tedbirindeki amacın sadece delil elde etme ve el koyma ile sınırlanmış olmasıdır. Oysa bilindiği gibi arama delil elde etmenin yanında şüphelinin yakalanması amacıyla da yapılmaktadır.

2.5. Yazılı Emir ile Yapılan Aramanın Onaylanması:

Her ne kadar Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde hâkim kararı olmaksızın kanunla yetkili kılınmış merciiler tarafından verilen yazılı emir ile yapılan aramaların 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması düzenlenmiş ise de CMK' da buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. CMK'nın 127. maddesinde sadece aramanın el koyma ile sonuçlanması durumunda hâkimin onayına sunulması konusu açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla CMK' ya göre gecikmesinde sakınca bulunan bir halde el koyma işlemi ile sonuçlanmamış bir arama işleminin Hâkim onayına sunulmasına gerek yoktur⁹⁰. Yine de Anayasada bu hususta yer alan hükmün CMK'daki boşluğu doldurduğu, bu kuralın Anayasanın kendiliğinden uygulanabilecek nitelikteki hükmü olması sebebiyle hükmün doğrudan uygulanarak yazılı emir üzerine yapılmış aramaların da hâkim onayına sunulabileceği doktrinde savunulmaktadır⁹¹. Kanımca

HAKERİ, ÜNVER, a.g.e. ; s. 199.

YERDELEN; a.g.e. ; Ankara 2006; s. 95.

KUNTER, YENİSEY, NUHOGLU; a.g.e. ; s. 1066.

böyle bir durumda muhakemede kullanılacak bir bulgu elde edilemediğinden ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğu iddia edilecek bir delil de bulunmadığından yapılan işlemin onaya sunulması da gerekmemektedir. CMK da bu düşünceyle işlemin onaya sunulmasını öngörmemiştir. Nitekim CMK'nın 119. maddesinin 3. fıkrasının ilk halinde yer alan "arama sonucunda bazı eşyaya el koyma söz konusu olduğunda 127. maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır" ibaresi 5353 sayılı yasa ile metinden çıkartılmış olup bu değişiklik gerekçesinde şunlar belirtilmiştir : "Bu değişiklikte arama sonucunda gerçekleştirilecek el koyma işlemin işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır. Böylece, arama sonucunda bazı eşyaya el koyma söz konusu olduğunda bunun için ayrı bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek kalmayacak, arama karar veya emrinde el koyma yetkisi de verilebilecektir⁹² ."

2.6. Arama Kararı veya Emri Alınmaksızın Arama Yapılabilecek Haller:

Bazı durumlarda somut olayın özelliklerine göre arama yapacak kolluk görevlisinin yazılı emir alma imkanı bulunmayabilir. Bu gibi durumlarda gecikmesi sakıncalı hal bulunmasından öte ciddi bir tehlike söz konusudur ve derhal arama yapılması zorunludur⁹³. Diğer yandan kolluğun gerçekleştirdiği bazı işlemler arama işlemi gibi görünse de aslında niteliği itibariyle arama olmayıp yakalama yetkisine girmektedir. İşte bu hususlarla ilgili aşağıda açıklanacak durumların varlığı halinde kolluk görevlileri bir arama kararı veya arama emri beklemeden arama yapmak, delilleri toplamak ve şüphelileri yakalamakla görevlidirler. Bu hususlar aynı zamanda kolluk görevlilerinin görevleri olarak da karşımıza çıktığından bunların ihmali sonucunda delillerin yok olması veya şüphelinin kaçması gibi durumlarda görevlilerin sorumlulukları da doğacaktır. Bu sebeple hangi durumlarda arama kararı ve emri gerekmeden arama yapılabileceğinin iyi bilinmesi, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte olması nedeniyle bu istisnaların dar yorumlanması gerekmektedir⁹⁴.

YALVAÇ, Gürsel; Gerekçeli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar; Ankara 2011; s. 653, 654.

⁹³ AKSOY; a.g.e. ; s. 77.

⁹⁴ AYDIN; a.g.e. ; s. 42.

2.6.1. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. Maddesinde Öngörülen Haller

Yönetmeliğin 8. maddesi şu şekildedir;

Aşağıdaki hâllerde ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmaz:

a) *Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, (İptal ibare: Danıştay IO.Dairesinin 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı Kararı ile: "...yakalanması amacıyla konutunda işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada," ibaresi iptal edilmiştir.),*

b) *Hâkim 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,*

c) *Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,*

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

e) 1) *4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphelenilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda hemen yapılan aramalarda,*

2) *4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17nci maddesinin altıncı fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında;*

3) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 18inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek ve bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurulmasında ve bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,

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 26ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve (İptal ibare: Danıştay 10.Dairesinin 13.03.2007 tarihli ve 2005/6392 E.2007/948 K. sayılı Kararı ile: "...ilgilinin rızası..." ibaresi iptal edilmiştir.) 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 çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için.

Şimdi bu hususları ayrı ayrı inceleyelim.

2.6.1.1. Hakkında Yakalama, Zorla Getirme ve Gıyabi Tutuklama Kararı Bulunanlarla İlgili Arama :

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (a) bendinde; yurt dışında kaçak olduğu için gıyabi tutuklama kararı (CMK 248/5), yakalama emri (CMK 98 ve 94), zorla getirme kararı (CMK 146) ile aranan kişinin yakalandığında yapılacak üst aramasında ayrı bir arama kararı ve emrine gerek olmadığı düzenlenmiştir. Bu şekilde aranmakta olan kişilerin soruşturma ve kovuşturmanın tamamlanabilmesi için bulunup yetkili makamlar huzuruna çıkartılması gerekmektedir. Bu sebeple yönetmeliğin adı geçen 8. maddesinin a bendinin önceki halinde bu şekilde aranmakta olan kişilerin yakalanabilmesi amacıyla bu kişilerin konutları, iş yerleri ve eklentileri ile araçlarında arama kararı veya emri gerekmeksizin arama yapılabileceği düzenlenmişti. Bu düzenlemenin mantığı sözü geçen şekillerde aranmakta olan kişiler hakkında zaten bir hâkim veya mahkeme

tarafından verilmiş yakalama, tutuklama kararı olduğundan bu kararın kişinin evi, iş yeri ve araçlarının aranmasını da kapsadığı düşüncesinde yatmaktadır. Ancak konuyla ilgili açılan iptal davasında Danıştay 10. Dairesi; şüpheli hakkında tutuklama, zorla getirme veya yakalama kararı verilmesinin aynı zamanda özel hayatının gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının da sınırlandırılabilmesine dair Anayasa ve CMK' da herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, bu sebeple yönetmeliğin üst kurallar olan Anayasa ve kanunlara aykırı olmaması gerektiği gerekçeleriyle hükmü iptal etmiştir⁹⁵. Kanımızca da söz konusu hükmün Anayasa ve CMK'nın ilgili maddelerinde belirlenen adli arama kurallarına başlı başına ve temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı bir istisna getirmesi sebebiyle iptal edilmesi doğru olmuştur. Bu sebeple yakalama amacıyla da olsa, kişiler hakkında yapılacak arama için mutlaka arama kararı ve emri bulunması zorunludur. Yönetmeliğin 8/a maddesi bu haliyle sadece yakalama, zorla getirme ve gıyabi tutuklama kararı ile aranmakta olan kişilerin yakalanması durumunda üstlerinin karar veya emre ihtiyaç duyulmaksızın aranabileceğini öngörmektedir.

2.6.1.2. Yakalanan Kişi Üzerinde Yapılacak Kaba Üst Araması:

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (b) bendinde; yakalanan kişi üzerinde yapılan kaba üst araması için arama kararı veya emrine gerek olmadığı düzenlenmiştir. CMK'nın 90. ve 98. maddelerine göre bir kişinin yakalanabilmesi için ya o kişi hakkında Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından yakalama emri çıkartılmış olması ya da kişinin suç teşkil eden eyleminin suçüstü tespit edilmesi gerekmektedir. İşte Yönetmeliğin 8/b maddesi ile bu şekilde yakalama emri ile veya suçüstü eylemi sebebiyle doğrudan yakalanan kişi üzerinde kişinin kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst araması için bir arama kararına veya arama emrine ihtiyaç olmadığı hükmüne bağlanmıştır. Bu husus aslında dayanağını CMK'nın 90/4. maddesinden almaktadır. Buna göre; *"Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini*

⁹⁵ Danıştay 10. Dairesi - 13.03.2007 tarihli ve 2005/6392 esas 2007/948 karar sayılı içtihadı; aktaran AYDIN; a.g.e. ; s. 251.

önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir". Aynı hususla ilgili bir başka düzenlemeye de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 6/2. maddesinde yer verilmiş olup ve yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst aramasının yapılarak silah ve bunun gibi aletlerden arındırılmasının sağlanacağı belirtilmiştir.

Bir koruma tedbiri olması itibariyle temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı bir işlem olan yakalamanın şartları CMK'nın 90 ve 98 maddelerinde düzenlenmiştir. Yakalama koşulları oluştuğunda kişi yakalanabilir. Bu sebeplerle yakalama üst aramasına göre daha geniş kapsamlı işlemdir. Dolayısıyla kişinin yakalanması şartları oluştuğunda üstünün aranması da doğaldır, ayrıca bir arama kararı almaya gerek yoktur⁹⁶. Buradaki arama aslında yakalama tedbirinin devamı ve doğal bir sonucu gibidir.

Örneğin kolluk görevlisi bir okul önünde uyuşturucu satan birini görmesi durumunda CMK'nın 90. maddesinin 1 ve 2. fıkraları uyarınca bu kişiyi yakalayacaktır. Çünkü yakalamanın şartları mevcuttur. Yakalama sonrasında da bu şahsın kendisine ve başkalarına zarar vermesini engellemek adına kaba üst aramasını yapacaktır. Ancak şahıs artık etkisiz hale getirildiğinden yanındaki çantasının aranması için artık CMK'nın 119. maddesi kapsamında arama kararı alınması gerekmektedir. Zira artık çanta kolluğun denetiminde olduğundan delillerin

97

kaybolmasına neden olacak bir tehlike yoktur .

Bu madde kapsamında yapılacak arama sadece yakalanan kişinin kendisine, çevresindekilere ve yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar verebilecek tabanca, bıçak gibi eşyalardan arındırılması için yapılır. Kaba üst araması denen bu durumun amacına uygun olması için en kısa zamanda ve azami dikkatle elle yoklama şeklinde yapılmalıdır. Bu işlem kişinin vücudunun mahrem bölgelerini kapsamaksızın üzerindeki ceket, palto, kazak ve pantolon gibi elbiselerinin genel

⁹⁶ AYDIN; a.g.e. ; s. 46.

⁹⁷ AKSOY; a.g.e. ; s. 77.

olarak aranması şeklinde yapılır. Yönetmeliğin 8/b maddesine göre yapılacak kaba üst araması elle yoklama şeklinde elbiselerin aranması olduğundan bu işlem için *–yoklama* teriminin kullanılması daha doğru olabilir. Zira *"kaba üst araması"* kavramı belirsiz bir kavramdır. Yönetmelikte hangi uygulamanın üst araması hangisinin kaba üst araması olduğu belirlenmemiştir. Dolayısıyla CMK' da yer almayan bu hususun keyfiliğe yol açabilecek şekilde belirsiz biçimde yönetmelikte düzenlenmiş olması uygun düşmemiştir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlamaya yönelik bu gibi düzenlemelerin muğlâk ve kötüye kullanılabilir şekilde yönetmelikle düzenlenmesi arama tedbirinin genel ilkelerine de aykırıdır⁹⁸.

Bu noktada şunu da belirtelim ki kaba üst aramasının bir ileri safhası olarak kabul edebileceğimiz ince üst aramasında kişinin artık kıyafetlerinin de çıkartılması gerektiğinden bu husus için mutlaka arama kararı veya emri gerekmektedir. Daha detaylı şekilde yapılacak bu aramada suç delillerinin ele geçirilmesi amacıyla vücudun mahrem bölgelerini de kapsayan ve vücut boşluklarının da aranmasını gerektiren aramadır⁹⁹.

2.6.1.3. Gözaltına Alınan Kişinin Nezarethaneye Konulmasından Önce Üstünde Yapılacak Arama:

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (c) bendinde; gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konulmasından önce üstünde yapılacak arama için arama kararı veya emrine gerek olmadığı düzenlenmiştir. Aynen ceza infaz kurumuna giren şahıslarda olduğu gibi Nezarethaneye alınan şahsın hayatı ve vücut bütünlüğü de artık devletin sorumluluğundadır. Bu sorumluluk şahsın kendisine verebileceği zararları da kapsamaktadır. Diğer yandan kişinin kendisine zarar verebileceği şeylerden arındırılması işkence iddiaları açısından da belirleyici olacaktır.

⁹⁸ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 350, ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 259.

⁹⁹ AKSOY; a.g.e. ; s. 180.

CMK'nın 91/1. maddesine göre gözaltına alma kararını Cumhuriyet Savcısı verir. Gözaltına alınan kişiyle ilgili tüm adli işlemler Cumhuriyet Savcısının emri ile yapıldığı için nezarethaneye alınacak kişi üzerinde yapılacak aramada yazılı emir şartı da gerçekleşmiş sayılacaktır¹⁰⁰. Zira gözaltı kararı da yazılı şekilde verilmelidir. Diğer yandan hukuka uygun şekilde şartları olduğundan yakalanan ve Cumhuriyet Savcısının emriyle gözaltına alınan kişinin vücut dokunulmazlığına ve özgürlük hakkına zaten müdahale edilmiştir ve hukuka uygun olarak yapılan bu müdahale kişinin kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek şekilde aranması yetkisini de kapsamalıdır. Gözaltına alınacak kişinin üstünün aranması hem kendi güvenliği hem nezarethanedeki diğer kişilerin güvenliği hem de var ise suç delillerinin elde edilmesi için gereklidir.

Konuyla ilgili benzer bir düzenleme de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 10. maddesinde yer almaktadır. Buna göre nezarethaneye alınmadan önce kişilerin üzerinde kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, delici ve kesici alet gibi nesnelere arındırılır. Bu aramanın bir kadın şahsa uygulanması durumunda aramayı da kadın görevlinin yapacağı düzenlenmiştir. Söz konusu arama kaba üst aramasından daha detaylı bir arama olduğundan kişilerin ar ve hayâ duyguları açısından hem cinsleri tarafından aranmaları doğru bir düzenleme olmuştur.

Yukarıda Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (a) bendi için açılan iptal davasından bahsedilmiştir.¹⁰¹ Bu dava kapsamında c bendinin de iptali istenmiş olup Danıştay CMK'nın 90/4. maddesinde yer alan yakalanan kişinin kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirlerin kolluk tarafından alınacağına dair hükme dayanarak davanın reddine karar vermiştir¹⁰².

¹⁰⁰ ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 267.

¹⁰¹ Bkz. 59,60.

¹⁰² Danıştay 10. Dairesi - 13.03.2007 tarihli ve 2005/6392 esas 2007/948 karar sayılı içtihadı; aktaran AYDIN; a.g.e. ; s. 244.

2.6.1.4. Kaçmakta Olan Kişinin Takibi Sonucu Girdiği Yerlerde Yapılacak Arama:

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (d) bendinde; kaçan kişinin takibi sonucu girdiği yerlerde arama için karar veya emre ihtiyaç olmadığı düzenlenmiştir. Maddede hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kaçan veya suçüstü eylemi sonucu kesintisiz şekilde takip edilmekte olan kişilerin girdikleri yerlerde yapılacak aramalardan bahsedilmektedir. Söz konusu takip işlemi sırasında zaten bir arama kararı veya emri almaya işin doğası gereği olanak yoktur. Burada yapılacak arama hem suç delillerinin elde edilmesine hem de kaçan kişinin yakalanmasına yöneliktir¹⁰³.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4/son, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4/16 ve CMK'nın 2/ maddelerine göre suçüstü hali işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin bulunduğu suçları ifade eder.

Örneğin boşanmış olduğu eşini sokak ortasında bıçaklamakta olan şahsa müdahale edilmesi durumunda işlenmekte olan suç olarak suçüstü hali mevcuttur. Şahıs eşini henüz bıçaklayıp olay yerini terk ederken bıçaklanan kişinin bağıarak yardım istemesi durumunda henüz işlenmiş bir suç olarak suçüstü hali mevcuttur. Nihayet kişi eşini bıçaklayıp olay yerini terk ettikten sonra olayı görenlerin failin kaçtığı yönü göstermeleri üzerine kişiyi takip edenlerin de faili bir sokak ötede, elleri kanlı şekilde ve yanında suç aleti bıçakla bulmaları durumunda ise failin pek az önce işlendiğini gösteren eşya ve delille yakalanan kimsenin işlediği suç olarak suçüstü hali mevcuttur. Bu örnekte eşini bıçaklayan şahsın suçüstü eylemi sonucu elinde bıçakla panik halinde kaçarak başkalarının evine veya işyerine girmesi halinde kolluğun bu yerlere herhangi bir arama emri veya kararı gerek duymaksızın girerek arama yapması hem işin doğasından hem de PVSK'nun 1 ve 20/1. maddeleri uyarınca elinde bıçakla kaçan kişinin panik halinde girdiği yerlerdeki insanlara zarar

vermesi ihtimali de yüksek olduğundan bu kişilerin emniyeti açısından da son derece gereklidir. Bu şekilde suçüstü eylemi sebebiyle veya hukuka uygun şekilde yakalanıp ta kaçmakta olan kişinin girdiği yerlere giren kolluk görevlileri şahsı yakaladıktan sonra aynı zamanda suç delilini de girilen yerde arayacaktır. Çünkü kaçan kişinin girdiği yere suç delili saklamış olması ihtimali yüksektir. Örneğimize göre fail suç aleti bıçağı girdiği eve saklamış olabilir. Burada zaten failin yakalanması için evine veya işyerine girilen kişinin konut dokunulmazlıkları ile özel hayatlarının gizliliği hukuka uygun şekilde ihlal edildiğinden artık iddiaya konu eylemle ilgili tüm işlemlerin tamamlanması gerekir. Fail yakalandıktan sonra suç delillerinin elde edilmesi için tekrar arama kararı alınması beklenirse delillerin kaybolma ihtimali doğacağı gibi ev veya işyerinde bulunanların haklarının ikinci kez ihlal edilmesi söz konusu olacaktır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin d bendinde düzenlenen bu durum daha önce değindiğimiz CMK'nın 117. maddesindeki şüpheli dışındaki kişilerle ilgili arama hususuyla çelişen bir düzenleme olduğu görülmektedir. CMK 117/3'te yer alan şüphelinin veya sanığın bulunduğu yer ve izlendiği sırada girdiği yerler ile yönetmelikte sayılan yerler büyük ölçüde aynıdır. Bu gibi yerlerde arama yapılması CMK'nın 119. maddesi uyarınca mutlaka Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından verilecek karar veya emre bağlıyken Yönetmelikle bu şartın tamamen kaldırılması yönetmeliğin hem Anayasaya hem de CMK'ya aykırı olduğunu göstermektedir¹⁰⁴. Kanımca yönetmeliğin bu hükmüyle CMK'nın 117. maddesi arasındaki fark kaçan kişinin bizzat kolluk kuvvetlerince kesintisiz şekilde, sıcak takiple izlendiği sırada girdiği yerler açısından oluşmaktadır. Burada CMK'nın 117. maddesinde yer alan bir belirlilik değil neredeyse kaçan kişinin arama yapılacak yerde bulunduğu dair bir kesinlik var olmalıdır. İşte ancak bu hallerde Yönetmeliğin 8/d hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Kolluk kaçan kişinin girdiği yeri kendisi bizzat değil de etraftan edindiği bilgilerle öğrenmişse CMK'nın 117. ve 119. maddeleri uyarınca gerekli karar veya emir alınmalıdır. Çünkü CMK'nın 117. maddesi sadece şüphenin yoğunluğu bakımından getirilen

sınırlamayı kaldırmakta, yoksa aramanın diğer koşullarını değiştirmemekte, bu arada arama kararı veya emrinin gereksiz olduğu sonucunu doğurmamaktadır¹⁰⁵.

2.6.1.5. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Yapılacak Bir Takım Aramalar:

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (e) bendinde; Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KMK) kapsamında yapılacak bir takım arama işlemleri için arama kararı veya emrine gerek olmadığı düzenlenmiştir. Yönetmelikte 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu temel alınmışsa da 21.03.2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile bu kanun yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen Yönetmeliğin ilgili hükümleriyle yeni KMK arasında uyum sağlanamamıştır. Yönetmeliğin 8/e maddesi yeni KMK'nun 9. maddesinde yerini bulmuştur ve uygulamada işlemler bu maddeye göre yapılmalıdır çünkü hem normlar hiyerarşisine göre yeni KMK yönetmelikten üstündür hem de sonraki tarihli olması sebebiyle günceldir.

5607 sayılı yasanın arama ve el koyma başlıklı 9. maddesi şu şekilde kildedir;

(1) Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphelenen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve el koymalar, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirilir.

(2) Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal el konulur.

(3) Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde

rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal el konulur.

Maddeye göre her türlü kaçak eşyaya ilişkin aramanın CMK'nın ilgili maddelerine göre yapılacağı belirlendikten sonra gümrük kapıları ile gümrük salonlarında ve gümrük kapıları ve yolları dışından gümrük bölgesine giriş yapanlar hakkında karar ve emre gerek duyulmaksızın yapılacak aramalar istisna olarak düzenlenmiştir.

2.6.1.6. Hukuka Uygunluk Sebepleri Doğrultusunda, Hayati Tehlikeyi Kaldırmak Amacıyla, Yardım Çağruları Üzerine Yapılacak aramalar:

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (f) bendinde; TCK'nın 24, 25 ve 26. maddelerindeki hukuka uygunluk sebepleriyle, toplum ve kişiler bakımından hayati tehlikeyi kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağruları üzerine konut, iş yeri ve yerleşim yerlerinde yapılacak aramalarda arama kararı veya emrine gerek olmadığı düzenlenmiştir.

TCK'nın 24. maddesine göre kanunun hükmü veya amirin emrini yerine getirme hali söz konusu olduğunda arama kararı veya emrine ihtiyaç yoktur. Kanunun hükmü gereği arama kararı veya emrine ihtiyaç duyulmayan halleri bu bölümde açıklamaktayız. Doğrusu bu hükümler kendileri birer istisnadır. Bu istisnanın bir de bu hükümle düzenlenmesi anlamsız olmuştur. Amirin emrinin yerine getirilmesi de gene üzerinde detaylarıyla durduğumuz arama emri müessesesidir. Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amiri tarafından şartları oluştuğunda verilen arama emrini yerine getiren kolluk görevlisinin ayrıca karar veya emir almasına gerek olmadığı düzenlenmiştir ki bu da anlamsız bir düzenleme olmuştur. Emir şartları mevcut iken Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amirinden geliyorsa esasen Anayasaya ve CMK' ya uygundur ve bunun bir kez de bu hükümle dile getirilmesi gereksizdir.

TCK'nın 25. maddesinde düzenlenen meşru savunma ve zorunluluk hali durumlarında arama kararı ve emrine gerek olmadığı düzenlenmişse de hangi koşullarda meşru savunma ve zorunluluk halinin arama işlemi gerektireceği genel ve soyut kalmıştır. Bu da arama ile ilgili tüm düzenlemeleri anlamsız kılmakta, adeta bu hüküm ile arama için karar ve emir alınması istisna haline getirilmektedir. Bu şekilde temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde her türlü yoruma açık bir düzenlemenin yönetmelikle öngörülmüş olması da açıkça Anayasa ve CMK' ya aykırıdır. Yönetmelikle bu hususa hiç değinilmeseydi de zaten bu konuyla ilgili uyuşmazlıklar TCK'nın 25. maddesi kapsamında genel suç kuramı içinde çözüme kavuşabilirdi¹⁰⁶. Örneğin bir evde bir kadının elleri ve ayakları bağlanmış halde zorla tutulmakta olduğu ve öldürüleceği ihbarının görgü tanıkları tarafından kolluk güçlerine bildirilmesi üzerine görevlilerin eve karar veya emir beklemeksizin girmesi durumunda olduğu gibi. Burada eve girilmesi teknik anlamda arama niteliğinde değildir, amaç mağduru kurtarmaktır. Dolayısıyla girilen evin şüpheliye veya üçüncü bir kişiye ait olmasına göre eve girme eylemi ya meşru savunma ya da zorunluluk hali sebebiyle hukuka uygun olacaktır. Yönetmelikle bu durumun bir koruma tedbiri olan arama müessesesi için ayrıca düzenlenmiş olması belirsizliğe yol açmıştır. Sanki görevlilerin meşru savunma veya zorunluluk hali şartlarının bulunduğunu düşündükleri her yerde karar veya emir almadan arama yapabilecekleri sonucunu doğurmuştur. Hâlbuki bahsedilen durumda asıl amaç mağduru kurtarmaktır, yoksa arama yapmak değildir.

Aynı açıklamalar ışığında hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıyla ilgili TCK 26. maddeye yapılan atıfta belirsizliğe yol açmaktadır. Rızanın nasıl sağlanacağı da açık değildir. Uygulamada rıza, yasal koşulun sağlanması için belki de aldatma gibi hukuka aykırı şekilde sağlanacak ve adil yargılanma hakkı engellenebilecektir.

Mağdur açısından yapılacak aramada rıza kabul edilebilir¹⁰⁷. Ancak rıza yazılılık şartına da aykırıdır¹⁰⁸. Daha önce bahsi geçen Yönetmeliğin 8. maddesinin a bendi için açılan iptal davasında ilgilinin rızası ibaresinin de iptali istenmiş olup Danıştay;

AYDIN; a.g.e. ; s. 55.

HAKİRİ. ÜNVER; a.g.e. ; s. 198.

ERYILMAZ; a.g.e. ; s. 191.

ilgilinin rızası istisnasına Anayasa ve CMK' da yer verilmemişken yönetmelikte de böyle bir istisnanın getirilemeyeceği ve rıza müessesesinin temel hakların ihlalini kolaylaştıracağı gerekçeleriyle yönetmelikteki ilgilinin rızası ibaresini iptal etmiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla ilgilinin rızası ile arama yapılması hukuka aykırı olacaktır. Mutlaka bahsi geçen şartlarla birlikte yazılı karar veya emir söz konusu olmalıdır. Kanımca da rıza hususu her zaman inkâr edilebileceğinden baştan alınacak karar veya emir ile belirsizliklere ve hukuka aykırılık iddialarına fırsat vermeden yapılacak arama işlemleri en uygunu olacaktır.

Yönetmeliğin 8. maddesinin f bendinin sonunda dile getirilen toplum veya kişiler için oluşan hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak veya kapalı yerlerden gelen yardım çağruları üzerine konut, iş yeri ve eklentilerine girmek için arama kararı veya emrine ihtiyaç olmadığı belirtilmiştir. Bu husus aslen PVSK'nun 1. ve 20. maddelerine dayanmaktadır¹¹⁰. Aslında yönetmelikte bahsi geçen durumlarda kolluk güçlerinin asıl yapacağı tehlikeyi bertaraf etmek olacağından bu, teknik anlamda bir arama değildir ve bunun yönetmelikte düzenlenmiş olması değinilen açıdan yerinde olmamıştır. Zaten kolluğun yardım talebi üzerine bir eve girmesi gene meşru savunma ve zorunluluk hallerine göre hukuka uygunluk sebebinden dolayı suç teşkil etmeyecektir. Kolluğun bu gibi durumlara müdahale etmesi PVSK kapsamında görevi gereğidir. Dolayısıyla bu düzenleme özü itibarıyla yerinde olsa da bahsi geçen hükümler karşısında tekrar niteliğindedir ve teknik anlamda arama teşkil etmeyen durumları öngörmektedir. Örneğin bir kolluk görevlisi büyük bir alışveriş merkezinde kitlesel katliam yapmak üzere olan bir teröristi fark etmesi durumunda, bu şahsın üzerinde veya alışveriş merkezinde kurmuş olduğu bomba düzenine patlatmaya yarayan eşyaları ele geçirmek üzere arama yapmak yerine ilk olarak şahsı

¹⁰⁹ Danıştay 10. Dairesi - 13.03.2007 tarihli ve 2005/6392 esas 2007/948 karar sayılı içtihadı; aktaran AYDIN; a.g.e. ; s. 244.

¹¹⁰ PVSK Madde 1 - Polis, asayışı amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatını temin eder.

Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerinin kendisine verdiği vazifeleri yapar.

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

derhal etkisiz hale getirmek için yakalama işlemi yapacaktır. Çünkü artık burada suçüstü hali mevcuttur ve kolluk görevlisinin yakalama yetkisi vardır, bu bağlamda bir arama kararı veya emrine de gerek yoktur. PVSK'nun 1 ,2 ve 20. maddeleri ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 5. maddeleri uyarınca polisin bu şahsı etkisiz hale getirmesi aynı zamanda görevidir. Burada şahıs etkisiz hale getirildikten sonra yapılacak arama ise CMK'nın 90/4. maddesinde düzenlenen yakalanan kişinin kendisine ve başkasına zarar vermesini engelleyecek tedbirler kapsamındadır. Bu işlem daha önce üzerinde durduğumuz kaba üst aramasıdır.

2.6.1.7. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. Maddesinin Anayasa ve CMK Açısından Değerlendirmesi:

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesiyle ilgili, CMK' da yer almayan kurumlar oluşturması ve CMK ile çelişen düzenlemeler içermesi açılarından yukarıda yapmış olduğumuz tüm eleştiriler dikkate alındığında bu hükümlerin çoğunlukla uygulamada karşılaşılabilecek güçlükleri aşmak adına ve hayatın olağan akışına uygun olmaları sebebiyle TCK'nın genel hükümleriyle ilgili yapılan gereksiz açıklamalardan arındırılmış şekilde Anayasa ve CMK' ya uygun halde kanunlaştırılması gerekmektedir. Aksi halde yönetmeliğin mevcut hali Anayasaya ve CMK' ya aykırılıklar içerdiği açık olduğundan her an iptal edilme durumu söz konusudur. Danıştay 10. Dairesi'nin birçok kez bahsetmiş olduğumuz kararı bunu kanıtlamaktadır. Konuyla ilgili söylenmesi gereken bir diğer husus bu hükümlerin sadece arama kararı veya emri açısından zorunluluğu kaldırdığı, yoksa yapılacak aramalar bakımından CMK ve yönetmelikteki diğer kuralların geçerli olduğudur. Örneğin aramanın makul şüpheyeye dayanması gibi¹¹¹.

2.6.2. Durdurma ve Kontrol Araması

Arama kararı veya emri alınmaksızın arama yapılabilecek bir diğer hal 2559 sayılı PVSK'nun 1. maddesi doğrultusunda aynı kanunun 4/A maddesinde düzenlenmiştir:

PVSK Madde 1 - *Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatını temin eder.*

PVSK Madde 4/A - *Polis, kişileri ve araçları;*

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

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.

Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.

Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.

Durdurma sebebini ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmalarına izin verilir.

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine

veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.

Bu Kanun ve diğer kanunların verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, polis tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümler saklıdır.

Polis, görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir. Bu kişilere kimliğini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir.

Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılıncaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

Kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve talepte bulunması halinde, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verilir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.

Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, 5 inci maddeye göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek kayda alınır.

Kimliği tespit edilemeyen kişinin yabancı olduğunun anlaşılması halinde, 5682 sayılı Pasaport Kanunu ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye 'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.

Maddenin 2. fıkrasına göre polisin durdurma yetkisini kullanabilmesi için tecrübesine ve içinde bulunduğu durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Makul sebep her somut durumun özelliğine göre değişecektir. Bu işlem belirli bir yerden geçen herkesi kapsayacak ve süreklilik arz edecek şekilde uygulanamaz. Böyle bir uygulama için kontrol noktası oluşturmak adına Hâkim tarafından verilecek bir önleme araması kararı bulunmalıdır.

Örneğin yolda yavaş şekilde seyretmekte olan bir aracın içerisinde iki kişinin kavga ettiğini gören polis memuru 4/A maddesine göre bu aracı durdurabilir ve araçta bulunanlara kimlik sorabilir. Polis durdurduğu kişilere önce polis olduğunu belirleyen kimliği gösterip kendini tanıttıktan sonra şahısları niçin durdurduğunu kısaca açıklayıp durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir. Polis ayrıca durduğu kişilerin kimliklerini de göstermelerini isteyecektir. Şahıslar kimlik göstermek zorundadırlar. Şahısların kimlikleri belirlenemezse Cumhuriyet Savcısının kararıyla gözaltına alınabilirler.¹¹²

4/A maddesinin 4. fıkrasına göre durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz. Polisin durdurduğu kişilerin kimlikleri üzerinden uygulamada GBT (Genel Bilgi Tarama) denilen işlemi derhal gerçekleştirip aranan kişilerden olup olmadıklarını belirleyip en kısa sürede gitmelerine izin vermesi gerekir. Bu sebeple de buna uygun teknolojik donanıma sahip olmalıdır. Yoksa sistemin çalışmadığından bahisle durdurduğu şahısları saatlerce bekletemez.

Maddenin 6. fıkrasına göre polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Örneğin polisin durdurduğu aracın arka camının önünde, bir örtü altından sarkan bir kablo görmesi gibi. İşte kolluk görevlisi böyle bir durumda mesleki tecrübesine dayanarak izlediği davranışlardan silah veya patlayıcı gibi tehlikeli bir eşyanın varlığı konusunda makul bir şüpheye ulaşır ise durdurduğu kişilerin kaba üst aramalarını yapabilir ve bulunan tehlikeli eşyaların etkisiz hale gelmesi için gerekli önlemleri alabilir¹¹³. 6. fıkranın son cümlesine göre görevli bu

Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesi.
AYDIN; a.g.e. ; s. 44.

işlemleri yaparken durdurduğu kişilerin elbiselerini çıkaramaz ve aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görülmeyen yerlerini açamaz ve açılmasını isteyemez.

Aynı hususlarla ilgili olarak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 27. maddesinde şu düzenlemeler mevcuttur:

Madde 27 - *Bir kişiyi geçici olarak durdurmak, yakalama sayılmaz; yakalama sayılması için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir. Denetim için araçların durdurulması da mümkündür.*

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, "umma" derecesinde makul şüphe bulunmalıdır. Kolluk görevlisi, tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlarından, o kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde eder veya kişinin silâhli olduğu ve hâlen tehlike yarattığı kanaatine varırsa kişi durdurulabilir.

Somut emarelerle desteklenen şüphe bulunmadan, süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma ve kontrol işlemi yapılamaz.

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

Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır:

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

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

c) *Yapılan kontrolün konusu ve sebepleri ilgiliye açıklanır.*

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

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

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

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

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

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

j) Kontrolten sonra talep üzerine olay yerinde derhâl bir tutanak düzenlenir.

Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir.

Görüldüğü gibi PVSK'nun 4/A maddesi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 27. maddesi koşut düzenlemeler içermektedir. Ancak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 27. maddesinin 5. fıkrasının g, h ve i bentlerindeki düzenleme polisin durdurma ve kimlik sorma yetkisini hem PVSK hem de CMK' ya aykırı ve temel hak ve hürriyetleri yönetmelikle sınırlar şekilde genişletmektedir. PVSK'nun 4/A maddesinde uyuşturucu bulmak amacıyla geniş çaplı kontrol, durdurulan kişinin başkalarının göremeyeceği şekilde kolluk aracına veya yakındaki kapalı bir yere götürülmesi hususları söz konusu değildir. Öngörülen derecede suç işlendiğine dair deliller mevcutsa ve bahsi geçen işlemlere ihtiyaç varsa artık nöbetçi Cumhuriyet Savcısı bilgilendirilmeli ve Savcının takdirıyla başlatılacak adli soruşturma kapsamında talimatları doğrultusunda işlem yapılmalıdır. Bu durumda başlatılacak soruşturmaya işlemler artık CMK kapsamında yapılacağından yönetmeliğin bu hükümlerinin de uygulama alanı kalmayacaktır. Dolayısıyla bu noktada yapılacak işlemler için mutlaka arama kararı ve emri alınarak adli soruşturma kapsamında işlemler yürütülmelidir. Daha önceki eleştirilerimizle birlikte bu açıdan da Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin değiştirilmesi veya bu sakıncalı hükümleri açısından CMK' ya uygun şekilde kanunlaştırılması gerektiğini bir kez daha vurgulayalım.

2.6.3. Orman Kanunu Kapsamında Yapılacak Aramalar:

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 88. maddesine göre orman suçları için yapılacak aramalarda CMK hükümleri uygulanacaktır. Ancak CMK 119. maddesine göre Cumhuriyet Savcısına ulaşılamayan hallerde aramanın orman şefinin yazılı emriyle de yapılabileceği düzenlenmiştir. Maddede orman şefiyle ilgili konutta arama emri verme yetkisinde sınırlamaya gidilmemiş olması Orman Kanunu'na göre genel nitelikteki CMK' da yer alan diğer kolluk amirleriyle ilgili konutta arama emri verilemeyeceği sınırının orman şefi hakkında uygulanmayacağı sonucuna ulaşılamaz. Orman şefleri de CMK'nın amir emri uyarınca konutta, iş yerlerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama emri veremeyeceklerdir.

VII. Adli Aramanın İcrası:

1. Aramanın Zamanı:

Soruşturmanın başlamasından hükmün verilmesine kadarki her aşamada uygulanabilecek olan arama koruma tedbiri buna ilişkin karar veya emirde belirtilen süre içerisinde yapılmalıdır. (CMK'nın 119/1-c ve Arama Yönetmeliği'nin 31/1. maddeleri) Bu sebeple arama kararı veya emrinde aramanın yapılacağı süre gün ve zaman dilimi olarak mutlaka belirlenmelidir. Örneğin 28.07.2012 tarihinde gündüz vakti saat 14.00 ile 17.00 arasında gibi. Mevzuatta aramanın yerine getirileceği sürenin açıkça belirtilmemesi yerinde olmuştur. Bu her somut olaya göre uygulayıcılar tarafından belirlenecektir. Ancak belirlenecek zaman dilimi aramanın makul bir süre içerisinde yerine getirilmesine olanak verecek nitelikte olmalıdır. 24 saat makul süreye örnek olarak verilebilir. Örneğin 28.07.2012 tarihi saat 10.00'dan itibaren 24 saat içerisinde gündüz vakti gibi. Arama kararının amaca uygun düşmeyecek ve belirsizlik oluşturacak şekilde uzun bir süre içermesi "*Demokles'in kılıcı*" gibi şüphelinin tepesinde bekletilmesine ve bu da aramaya hâkim olan ilkelere özellikle hukuk devleti ve dürüst işlem ilkesine aykırı olacaktır¹⁴. Arama

kararının sınırlandırılması bu nedene dayanıyor olabileceği gibi aramaya esas olan makul şüphenin kararın verilmesinden sonra uzun bir süre geçmesi durumunda ortadan kalkma tehlikesine karşı olarak düzenlenmiş olabilir. Gerçekten de arama tedbiri niteliği itibariyle delillerin ortadan kaybolmaması amacıyla yapıldığından olabilecek en kısa sürede yapılması hem soruşturmanın geleceği hem de aramaya maruz kalacak kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin en az düzeyde ihlali açısından olumlu olacaktır. Bu bağlamda arama işlemi ile temel hak ve özgürlüklere müdahale edildiğinden aramanın yapılacağı zamanın açıkça gösterilmesi kuralı hukuk devleti ilkesi temelinde de bir gerekliliktir.

Yukarıda verilen örneklerdeki gibi bir zaman dilimi arama kararı veya emrinde belirtilmemiş olsa bile arama hukuka aykırı olmayacaktır. Böyle bir durumda aramayı yapacak kolluk görevlileri işlemi mümkün olan en kısa sürede, örneğin bir veya iki gün içerisinde yapmaları gerekir¹¹⁵. Bununla birlikte karar veya emirde süre belirtilmediğinde kolluk görevlilerinin haklı neden olmaksızın arama işlemini örneğin 15 gün gibi uzun bir süre sonra uygulamaları halinde arama hukuka aykırı olacaktır. Bu bahsedildiği şekilde aramanın niteliği ile de bağdaşmamaktadır.

Her ne kadar 24 saat veya belirli bir gün içerisindeki belirli bir zaman diliminin arama işlemi için makul olacağını belirtmişsek de; uygulamada bazen içerisinde aranacak yüzlerce yer olan tersane, şirket binaları gibi yerlerde yapılacak arama işlemlerinin bu gibi kısa sürelerde bitirilmesi imkânsızdır. Dolayısıyla bu gibi aramalarda uzun süreyi haklı gösteren sebepler kararda gerekçelendirilerek örneğin belirli bir tarihten itibaren bir hafta boyunca her gün gündüz vakti şeklinde bir arama kararı verilebilecektir.

Aramanın kural olarak gündüz yapılacağına dair CMK'nın 118. maddesi şu şekildedir;

(1) Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.

(2) Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

Kanun koyucu bireylerin özel hayatları ile mahremiyetin daha üst seviyede olduğu ve kendilerini daha güvende hissettikleri gece vakti arama yapılmasına kural olarak müsaade etmemiştir. Buna göre belirli istisnalar dışında konutta, iş yerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz¹¹⁶.

TCK'nın 6/1-e maddesi uyarınca gece vakti; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat önceye kadar devam eden zaman süresini ifade etmektedir. Bu sürelerin tespiti her türlü güneş ve doğuş vakitlerini gösteren takvimlerden mümkün olduğu gibi internetteki resmi siteler üzerinden de gerçekleştirilebilir.

Gündüz vakti yapılacak aramanın ilgilinin rızası ile gece vakti yapılabileceği

¹¹⁷
ileri sürülmüş ise de ; Anayasa ve CMK' da böyle bir istisna getirilmemişken bu durumun kıyas yoluyla genişletilmesi suretiyle rızanın gece vakti yapılacak olan aramayı mümkün kıldığı sonucuna varmak mümkün değildir. Burada ilgilinin rızasının arama işleminde geçerli olmadığına dair Danıştay kararıyla ilgili açıklamalarımıza atıfyarak bu hususun gece vakti yapılacak arama için de geçerli olacağını belirtmek isteriz¹¹⁸.

ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 326.

CENTEL, ZAFER; a.g.e. ; s. 338.

Bkz. s. 68, 69.

Aramanın gündüz yapılması demek aramaya gündüz başlanması ve işlemin gündüz tamamlanması demektir. Ancak nitelikli olaylarda arama teferruatlı olmasından dolayı makul sınırı aşmamak ve dürüstlük kuralına aykırı olmamak koşuluyla gündüz başlayan aramaya gece vakti de devam edilebilir¹¹⁹. Aksi halde gündüz vakti bitirilemeyen arama işlemi sonrası ertesi gün için de tekrar arama kararı almak gerekecek ve bu hem delillerin kaybolma ihtimalini doğuracak hem de aramaya maruz kalan kişinin temel haklarına bir kez daha müdahaleye sebep olacaktır.

Görüldüğü gibi aramanın kural olarak gündüz yapılacağı hususu sadece konut, iş yeri ve kapalı yerler için düzenlenmiştir. Kişilerin üstü ve eşyasında yapılacak arama için böyle bir sınırlama söz konusu değildir.

Aramanın gündüz yapılmasının istisnaları CMK'nın 118. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre suçüstü ve gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla konut, işyeri ve kapalı yerlerde yapılacak aramalar gece vakti de yapılabilir.

CMK'nın 2/ maddesinde suçüstü hali işlenmekte olan, henüz işlenmiş olan veya fiilin işlenmesinden hemen sonra takip edilerek yakalanan kişi tarafından veya fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya ve delille yakalanan kişi tarafından işlenen suçlar olarak tanımlanmıştır. Daha önce de açıklandığı üzere Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8/d maddesine göre suçüstü hallerinde işin doğası gereği bir arama kararı ve emrine ihtiyaç olmadığı gibi işlem gece vakti de yapılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus kolluk görevlisinin tanımı yapılan suçüstü haline bizzat vakıf olması gerektiğidir. Suçüstü halinde yapılacak arama hem suç delillerinin elde edilmesi hem de şüphelinin yakalanması amacıyla hizmet eder.

YURTCAN, Erdener; Cumhuriyet Savcısının ve Cumhuriyet Yargıcının Başvuru Kitabı; Ankara 2007; s.77; **POLAT**, Halil; Teori ve Uygulamada Cumhuriyet Savcısının El Kitabı; Ankara 2009; s. 715.

Hukuka uygun şekilde yakalanmış ve gözaltına alınmış olup ta firar eden şüpheliler ile firar eden tutuklu ve hükümlülerin yakalanması amacıyla konut, işyeri ve kapalı yerlerde yapılacak aramalar için de gece vaktinin sona ermesi beklenemez. Buradaki arama ancak firar eylemi sonrasında söz konusu olabilir. Firar durumundan ayrı olarak kişi hakkındaki yakalama kararının icrası için yapılacak arama mutlaka gündüz vakti olmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi Yönetmeliğin 8/d maddesinde bu durumlarda arama kararı veya emrine de ihtiyaç olmadığı gibi işin doğası gereği arama işlemi gece vakti yapılabilecektir. CMK'nın 90/1. maddesine göre herkes tarafından yakalama yapılabilen durumlarda yakalanan kişinin yetkililere teslim edilmesine kadar geçen sürede kaçması durumunda gece vakti arama yapılamayacağı kanısındayım, çünkü burada tutulan kişi henüz yetkili mercilere teslim edilmediğinden yakalanmasının hukuka uygun olduğu da belirsizdir ve teknik olarak firar söz konusu değildir.

Gece vakti konut, işyeri ve kapalı yerlerde arama yapılabilecek istisnaların sonuncusu gecikmesinde sakınca bulunan durumlardır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlinde gecikmesinde sakınca bulunan hal söz konusudur. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluğun veya Savcının Hâkimden karar almasının beklenemeyeceği acele bir durum söz konusu olduğundan Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle gece vakti konut, işyeri ve kapalı yerlerde arama yapılabilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramıyla ilgili daha önce yapmış olduğumuz açıklamaları tekrar etmekle yetiniyoruz¹²¹.

Adli aramanın gece vakti yapılabileceği bu istisnalar Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 31. maddesinde aynen sayıldıktan sonra maddenin 1. fıkrasının d bendinde geceleyin herkesin girip çıkabileceği 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 7. maddesinde sayılan umuma açık istirahat ve eğlence

¹²⁰ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1068.

¹²¹ Bkz. s. 46 vd.

yerlerinde de gece vakti adli arama yapılabileceği düzenlenmiştir. CMK'nın 118. maddesinde böyle bir istisna söz konusu değilken yönetmelik ile bu hususun düzenlenmiş olması gene yerinde bir uygulama olmamıştır. Yönetmeliğin aynı maddesinin 2. fıkrasında aramanın amacını tehlikeye sokan acil bir durum yoksa aramanın gündüz vakti yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hüküm aramanın gece vakti yapılabileceği istisnai durumları düzenleyen CMK 118. maddeden tamamen farklı bir yorum ile gece vakti arama yapılabilecek halleri genişletebilecek muğlak bir ifade içermektedir. CMK'nın 118. maddesinde gece vakti arama yapılacak haller tek tek sayılmışken aramanın amacını tehlikeye düşürecek durumların göz önünde bulundurulması gerekmemektedir. Kişi hak ve özgürlüklerini sınırlayan kanun hükümlerinin bu şekilde yönetmelikle genişletici yoruma tabi tutulması mümkün

122

değildir¹²². Normlar hiyerarşisinde kanunların altında ve onlara uygun olmak zorunda olan yönetmelik ile istisnai bir durumun bu şekilde genişletilmesi hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla bu husustaki daha önceki eleştirilerimiz de dikkate alınarak düzenlemenin kanuna uygun hale getirilmesi veya kanunlaştırılması gerektiği kanaatimizi bir kez daha dile getiriyoruz.

2. Arama Yapılacak Yer:

CMK'nın 116 ve 117. maddelerinde kişilerin konutları, iş yerleri, üstleri, eşyaları ve bu kişilere ait diğer yerlerin aranabileceği belirtilmiştir.

2.1. Konut Araması:

123

Konut kavramı kişinin fiilen oturduğu yeri ifade etmektedir¹²³. Burada ikamet yerine konut kavramının öngörülmesi yerinde olmuştur. Zira ikametgâh bir kişinin sürekli olarak yerleşmek niyetiyle ve fiilen bulunduğu yeri ifade etmektedir ki bu kavramın kabul edilmesi arama açısından konut dokunulmazlığı hakkının alanını daraltır. Konutun fiilen kullanılıyor olması yeterlidir, yoksa bu kullanmanın hukuka aykırı olması önemli değildir. Örneğin işgal suretiyle yaşanmakta olan bir kulübe de

¹²² AYDIN; a.g.e. ; s. 58.

¹²³ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 336.

konut sayılır. Konut diğ er bir tanıma göre ; etrafı çevrili, üstü örtülü olan ve barınma,

124

gece dinlenmesi veya oturmak amacıyla kullanılan yerlerdir. Konutun devamlı veya geçici olarak kullanılmasının bir önemi yoktur. Mutlaka gece yatısına tahsis edilmiş olması gerekmez. Aynı zamanda mutlaka taşınmaz olması da gerekmez. Örneğin çadır veya karavan da konut olabilecektir. Bununla birlikte terk edilmiş bir eve girmek teknik anlamda bir muhatap olmadığından arama sayılmayacağı gibi sokaktaki araba da konut sayılmaz. Müştemilat konut kavramına dâhildir. Önemli olan müştemilatın konutla bağlantılı veya konutla müşterek olarak inşa edilmiş olmasıdır. Örneğin kiler, bodrum, garaj, bahçe, depo gibi. Müştemilat dış dünyadan belirli işaretlerle ayrılan ve rıza dışında girildiğinde konuttakilerin huzur ve sükûnunun bozulduğu yerlerdir. Bir yerin konut sayılabilmesi için de bu şekilde dış dünyadan belirli işaretlerle ayırmaya yönelik bir tahsis gereklidir. Bu tahsis iradesi sürekli ve anlaşılabilir olmalıdır. Bir kişinin birden fazla konutu varsa bu yerlerin fiilen yaşanmaya tahsis edilmiş ve sürekli bir nitelik göstermesi halinde her biri

125

konuttur . Konut dokunulmazlığı hakkıyla korunmak istenen kişinin mülkiyet hakkından çok kişilerin özel yaşamları olduğundan konut kavramının geniş tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla sadece ev kavramı özel hayatı karşılamadığından kişinin özel yaşamını devam ettirdiği her yer konut sayılabilir.

2.2. İş Yeri Araması:

İş Kanunu'nun 2. maddesine göre işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime iş yeri denir. Diğ er bir tanıma göre ise iş yeri kişinin mesleki faaliyetlerini sürdürdüğü yerler ile bunların eklentilerini ifade eder. Örneğin fabrika iş yeri ise ürün tanıtma salonu da eklentisidir¹²⁶. İş yeri kavramının söz konusu olabilmesi için faaliyetin devamlılık göstermesi zorunludur ancak geçimin sağlanması amacıyla

127

kazanç elde edilmesi şart değildir . İş yerleri kural olarak taşınmazlardan oluşur

ŞAFAK, BIÇAK; a.g.e. ; s. 168.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 336, 337.

ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e. ; s. 439.

ŞAFAK, BIÇAK; a.g.e. ; s. 168.

ancak örneğin bir minibüs aynı zamanda yiyecek ve içecek satmak için kullanılıyorsa iş yeri sayılmalıdır¹²⁸.

2.3. Konut ve İşyeri Dışında Diğer Yerlerin Araması:

CMK'nın 116. maddesinde bahsi geçen "*diğer yerler*" ise yukarıda bahsettiğimiz konut ve iş yeri kavramına dâhil olmayan özel mülkiyete ait yerlerdir. Bu yerler ancak taşınmaz olabilir. Bir bina ile fiziksel bağlantısının olması gerekmez. Aynen konut ve müstemilat kavramlarında olduğu gibi bu yerlerin de özel mülkiyete dâhil olduğuna dair tahsis iradesi bulunmalıdır. Bunun için de fiziksel olarak engellerle çevrilmiş olması gerekir¹²⁹. Henüz taşınılmamış yeni inşa edilmiş bir ev, ardiye, samanlık gibi yerler buna örnek olarak gösterilebilir. İnfaz kurumları da diğer yerlerden sayılırlar ancak buralardaki aramalar İnfaz Kanunu'nun 36. maddesine göre yapılır¹³⁰.

2.4. Üst Araması:

Üst araması kişinin üzerindeki elbiseler içinde veya altında, kişinin vücudu üzerinde ve doğal vücut boşluklarında, tıbbi araçlar kullanılmaksızın gözle ve elle yapılan delil araştırmasıdır . Üst araması yapılırken kişinin vücut bütünlüğüne, ar ve hayâ duygularına saygı gösterilmelidir. Üst araması kural olarak kıyafetlerin üzerinden elle yoklama şeklinde yapılır ancak aramanın amacına başka şekilde ulaşılamıyorsa veya kıyafetlerin altında da delil elde edileceğine dair makul şüphe varsa arama giysiler çıkartılmak suretiyle de yapılabilir . Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 28. maddesi çıplak üst aramasını detaylı şekilde düzenlemiştir. Buna göre çıplak üst araması aranacak kişinin hem cinsi tarafından utanma duygusunu en az ihlal edecek şekilde mümkün olan en kısa sürede yapılacaktır. Ayrıca üst araması mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 337

ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 320.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 338.

ŞAHİN; a.g.e; s. 246.

AKSOY; a.g.e. ; s. 59.

duyu organı ile yapılacaktır. Arama kararı ve emri gerekmeden yapılabilecek üst aramalarını yukarıda belirtmiştik¹³³. Bu durumlar herhangi bir karar veya emir olmadan kişi özgürlüklerine yapılan müdahale niteliğinde olduğundan mümkün olduğunca keyfilikten uzak ve hukuka uygun şekilde yapılmalıdır. Kişinin üstünün aranması bedenine müdahale anlamına gelmemektedir. Örneğin üstü aranacak şüphelinin küçük boyuttaki suç delilini yuttuğu anlaşılırsa bu durumda arama değil CMK'nın 75. maddesi kapsamında bedenden örnek alınması tedbirine başvurulacaktır. Kişinin üstü aranırken vücut tamlığına saygı gösterilmelidir. Bu nedenle üst aramasında kişinin rızası dışında saç ve sakal kestirmek, ilaç şırınga etmek mümkün değildir. Bu işlemler de beden muayenesi tedbirleriyle gerçekleştirilmelidir¹³⁴.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 30/7. maddesine göre konutta veya işyerinde yapılacak bir arama sırasında orada bulunan kişilerin üstü gerek güvenlik gerekse de suç delillerinin elde edilmesi amacıyla aranabilir¹³⁵. Ancak bu aramada bile şüphe açısından aramaya maruz kalan kişinin sıfatına göre CMK'nın 116 ve 117. maddelerindeki şartlar dikkate alınmalıdır¹³⁶. Yönetmeliğin aynı maddesinin 8. fıkrasına göre arama, bulunması istenen şeyin boyutu ve niteliği göz önüne alınarak, amaca ulaşmak için gerekli olan ölçüde gerçekleştirilir. Kişilerin üzerinde aramaya konu olan eşyanın bulundurulması mümkün değilse ve güvenlik açısından da bir şüphe söz konusu değilse üstte arama yapılması hukuka aykırıdır. Burada bahsedilen arama işlemi adli arama niteliğinden çok kolluğun alması gereken tedbir niteliğindedir.

2.5. Kişilerin Eşyaları Üzerinde Arama:

Bu başlık altında son olarak üzerinde duracağımız konu kişilerin eşyaları üzerinde yapılacak aramadır. Maddi varlığı olan, taşınabilir ve delil niteliğindeki her şey aramanın konusunu oluşturan eşyadır. Eşyanın mutlaka aranacak kişinin

¹³³ Bkz. s. 60 vd.

¹³⁴ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 341.

¹³⁵ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1081, 1082.

¹³⁶ ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 325.

mülkiyetinde olması gerekmez, hâkimiyetinde bulunması yeterlidir. Dolayısıyla emanetçideki eşya da aranabilir. CMK' da açık bir hüküm bulunmamasına rağmen Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde kişilerin araçlarının da aranacağı düzenlenmiştir. Her türlü nakil araçları da taşınabilir eşya olduğundan

137

aranabilecektir . Eşyalarla ilgili dikkat edilmesi gereken durum daha önce de bahsedildiği gibi işlemin arama sayılabilmesi için özel hayata müdahale edilip

138

edilmediğinin belirlenmesi gerektiğidir¹³⁸. Eşyanın terk edilmiş olması halinde terk edilen eşya üzerinde yapılacak incelemeler teknik anlamda arama sayılmayacaktır. Çünkü bu eşyalarla ilgili özel hayat beklentisi yoktur. Örneğin apartmanın dışına bırakılan çöplerle ilgili incelemelerde olduğu gibi. Ayrıca örneğin park yasağı olan bir yerde devlet müdahalesinin öngörülebileceği şekilde bırakılan aracın çekilmesi ve

139

götürüldüğü yerde incelenmesi de arama sayılmayacaktır .

3. Aramada Hazır Bulunacak Kişiler:

3.1. Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı

CMK'nın 119/4. maddesine göre Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. Bu maddeye göre aramanın kural olarak Cumhuriyet Savcısının katılımıyla yapılacağı ancak Savcı katılmıyorsa maddede belirtilen işlem tanıklarının hazır bulundurulması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu noktada Cumhuriyet Savcısının arama işlemine katılması güvence olarak düşünülmüştür. Cumhuriyet Savcısının katıldığı aramaya CMK'nın 169/2. maddesi uyarınca zabıt kâtibi de katılmalıdır. CMK' da aramaya Hâkimin katılmasıyla ilgili bir düzenleme mevcut değildir ancak özellikle arama kararının Hâkimden alındığı durumlarda Savcı huzurunda yapılabilecek arama öncelikle kararı veren Hâkim huzurunda da yapılabilecektir¹⁴⁰. Görüldüğü gibi mevzuatımıza göre arama bizzat Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılabilmektedir ancak

¹³⁷ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 342.

¹³⁸ Bkz. s. 21 vd.

¹³⁹ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1052.

¹⁴⁰ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1083.

uygulamada Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarının aramalara katıldıkları pek sık rastlanan bir durum değildir. Özellikle hassas ve nitelikli olaylarda gecikmesinde sakınca bulunan hal sebebiyle arama emrini veren Cumhuriyet Savcısının aramaya bizzat katılarak kendi denetiminde bütün işlemleri yaptırması hem işlemin hukuka uygun yapılmasıyla insan hakları ihlallerinin engellenmesi hem de aramanın daha titiz yapılmasıyla delillerin kaybolmasının önüne geçilmesi adına yararlı olacağı kanısındayım. Cumhuriyet Savcısı aramada hazır olsa bile işlemleri kolluk görevlileri yapacaktır çünkü bedeni güç kullanma yetkisi sadece kolluğa, silahlı kuvvetlere ve sınırlı sayıda yetkiliye tanınmıştır¹⁴¹.

CMK' da Cumhuriyet Savcılarının aramaya katılması zorunlu olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen 130. maddede avukat bürolarında, 119/5. maddede ise askeri mahallerde yapılacak arama işlemlerinin mutlaka Cumhuriyet Savcısının katılımıyla gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Bu emredici bir şekil şartıdır. Bu durumlarda Cumhuriyet Savcısının katılmadığı arama işlemleri hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca Çocuk Koruma Kanunu'nun 15. maddesine göre suça sürüklenen çocuklarla ilgili soruşturma işlemlerinin bizzat Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılması öngörüldüğünden bu çocukların işlediği suçlarla ilgili arama işlemlerine de Cumhuriyet Savcısının katılması gerekmektedir.

3.2. İşlem Tanıkları (CMK 119/4)

CMK'nın 119/4. maddesine göre Cumhuriyet Savcısının katılmadığı konut, iş yeri veya diğer kapalı alanlarda yapılacak arama işlemlerinde o yer ihtiyar heyeti veya komşularından iki kişinin hazır bulunması gerekmektedir. Bu yukarıda da belirtildiği gibi emredici bir hükümdür. İşlem tanığı olarak adlandırılan bu kişilerin her ikisi komşulardan veya ihtiyar heyetinden olabileceği gibi biri ihtiyar heyetinden diğeri komşulardan da olabilir. İşlem tanıkları yapılacak arama işlemleri için hep aramaya maruz kalacak kişiler hem de aramayı gerçekleştirecek görevliler açısından güvence niteliğindedir. Bu husus arama işlemiyle ilgili hukuka aykırılık iddialarının

da aydınlatılmasını sağlar. Örneğin arama sırasında ele geçirilen uyuşturucu maddenin aslında aramayı yapan görevliler tarafından oraya bırakıldığı iddialarında işlem tanıkları çok faydalı olacaktır¹⁴².

Cumhuriyet Savcısının katılmadığı arama işleminde işlem tanıklarının hazır edilmesi zorunludur. Köy Kanunu 36/13. maddesi ile 72. maddesine göre köy muhtarları ile köy korucularının jandarmaya vazifelerinde yardım etme görevleri söz konusudur. Dolayısıyla arama işleminde hazır bulunmayan bu kişiler hakkında jandarma gerekli işlemleri yapabilecektir. Nitekim Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 115/1 -c maddesinde de jandarma görevlilerinin bu işlem tanıklarını arama yerine getirmeye ve bu emre uymayanlar hakkında gerekli kanuni işlemi yapmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bu yetkiye bahsedildiği gibi korucular ile muhtar kanunen dâhildir ancak komşular bu kapsamda sayılamaz. Komşuların tanık olma istekleri yoksa bu durumda tanıklar hakkındaki zorla getirme tedbiri uygulanamayacaktır çünkü bu tedbir ancak Cumhuriyet Savcısı ve Hâkim huzuruna getirilecek durumlarda uygulama alanı bulabilir. Dolayısıyla böyle durumlarda kolluğun işlem tanıkları ile düzeyli ve çağdaş bir diyaloga girerek işbirliği yapılmasını sağlaması gerekecektir. Bu da mümkün olmaz ise konu nöbetçi Cumhuriyet Savcısına aktarılarak aramaya bizzat katılması sağlanmalıdır. Böylece işlem tanıklarına da gerek kalmayacaktır¹⁴³.

Uygulamada tüm arama işlemleri olay yeri inceleme ekipleri tarafından kamera kaydına alınmaktadır. Ancak bu durum işlem tanıklarının hazır bulunmaları zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde aramaya maruz kalan kişinin veya aranacak yerin sahibinin de işlem tanıklarının bulunmaması yönündeki rızasına bakılmadan işlem tanıkları hazır bulundurulmalıdır. Çünkü işlem tanıklarının asıl işlevlerinden birisi işlemi yapan kamu görevlilerinin hukuka uygun hareket ettiklerine tanıklık etmelidir. Bu sadece aramaya maruz kalan kişi lehine düzenlenmiş bir teminat değildir. Dolayısıyla rıza bu hususta da geçerli olmayacaktır. Ayrıca işlem tanıklarının mutlaka kanunda sayılan kişilerden

¹⁴² ÇOLAK, TAŞKIN; a.g.e. ; s. 538.

¹⁴³ AKSOY; a.g.e. ; s. 103.

seçilmeleri gereklidir. Bu tanıkların Savcılık ve kolluk personelinden olmadığına dikkat edilmesi tanıkların tarafsızlıkları açısından önemlidir.

Bazı durumlarda işin aciliyeti veya haberleşme imkânsızlıkları sebepleriyle işlem tanıklarının aramanın hemen başında hazır bulundurulmaları mümkün olmayabilir. Özellikle aranacak yere kuvvet kullanılarak girileceği durumlarda işlem tanıklarının güvenliği sağlandıktan sonra aranacak yere getirilmeleri gerekebilir. Bu gibi durumlarda tanıkların neden sonradan hazır edildikleri tutanağa geçirilmelidir. Gerçekten de kırsal kesimlerde yapılan birçok aramada yakınında hiçbir yerleşim yeri bulunmayan evlerde yapılan aramalarda işlem tanığı bulmak kolay kolay mümkün olmamaktadır. İşlem tanıklarının uzun mesafelerden gelmeleri gerekmektedir. Bu gibi durumlarda işlem tanığı kuralını katı şekilde uygulamak amaca aykırı olacağı gibi şekil kuralını işin esasına tercih etme sonucunu doğuracaktır ki bu da soruşturmanın geleceğini tehlikeye düşürür. Dolayısıyla işlem tanıklarının beklenmesi aramanın sonucunu olumsuz yönde etkileyecekse bu hususta görevliler tarafından yapılacak objektif değerlendirmeyle arama işlemine kanunda sayılanın dışında var olan tanıkların hazır edilmesiyle başlanabilir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 30/son maddesine göre geceleyin herkesin girip çıkabileceği lokanta, bar, pavyon, gazino, meyhane gibi yerler ile kıraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlerin aranmasında tanık bulundurulması gerekmez. Yönetmeliğin diğer birçok hükmünde olduğu gibi bu düzenlemeye de CMK' da yer verilmemiş olmasına rağmen işlem tanığı müessesesinin alanını daraltacak şekilde yönetmelikle böyle bir belirleme yapılması yerinde olmamıştır. Bu nedenle arama yapılacak yer yönetmelikte belirtilen yerlerden olsa dahi CMK'nın 118, 119 ve 120. maddelerinde yer alan amir hükümleri uygulanmalıdır.

3.3. Aranacak Yerin Sahibi veya Eşyanın Zilyedi

CMK'nın 120/1. maddesine göre aranılacak yerin sahibi veya zilyedinin aramada hazır bulunabileceği ancak hazır değilse temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip hısımlarından birisi, kendisiyle birlikte oturmakta olan kişi veya komşusunun hazır

bulundurulacağı düzenlenmiştir. Buradaki düzenleme CMK 119/4'te yer alan Cumhuriyet Savcısının hazır bulunmadığı aramalardan farklıdır. CMK 120/1'e göre Cumhuriyet Savcısının aramaya katılıp katılmadığına bakılmaksızın aranacak yerin sahibi veya zilyedi ile bunlar yoksa yukarıda sayılan diğer kişilerden birinin bulundurulması zorunludur. Bu durum aranacak yerin sahibi açısından bir hak olmakla birlikte aramayı yapacak görevliler açısından da bir zorunluluktur. Arama yapılacak yerin sahibi veya zilyedi arama yapılan yerde ise kendisinin hazır bulunmasıyla arama yapılır ancak bu kişi hazır bulunmak istemiyor ise veya arama sırasında kaçarsa arama tanıklarının hazır edilmesi gerekir¹⁴⁴.

3.4. Arama Tanıkları (CMK 120/1)

Arama tanıkları CMK'nın 120/1. maddesine göre aramada aranılacak yerin sahibi veya zilyedinin hazır bulunmadığı durumlarda hazır edilmesi zorunlu olan kişilerdir. Bu arama tanıkları CMK'nın 119/4. maddesinde yer alan Cumhuriyet Savcısının hazır bulunmadığı aramalarda hazır edilecek işlem tanıklarından farklıdır. CMK'nın 119/4 ve 120/1. maddeleri birbirlerinden bağımsızdır. Buna göre Cumhuriyet Savcısının aramaya katılıp katılmadığına bakılmaksızın aranılacak yerin sahibi veya zilyedi aramada hazır değilse temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip hısımlarından birisi, kendisiyle birlikte oturmakta olan kişi veya komşusunun hazır bulundurulması zorunludur. Maddede sayılan bu kişilerden yalnızca birisinin hazır bulundurulması yeterlidir. Görüldüğü gibi Cumhuriyet Savcısının ve aranacak yerin sahibi veya zilyedinin katılmadığı bir aramada aranacak yerin sahibi veya zilyedinin komşusu hem CMK'nın 119/4 hem de 120/1. maddelerinde belirtilen tanıklık görevini üstlenebilecektir.

Aramada hazır bulundurulacak bu kişiler aramaya gözlemci olarak katılırlar¹⁴⁵. Bu kişilerin aramada hazır bulunmaları hem işlemi yapan kolluk görevlileri hem de aramaya muhatap kalan kişi için teminat niteliğindedir. İleride aramada usulsüzlükler yapıldığı iddia edilirse işlem tanıkları bu hususta gördüklerini anlatarak gerçeği ortaya koyacaklardır. Dolayısıyla görevliler de işlem tanıkları

¹⁴⁴ AYDIN; a.g.e. ; s. 61.

¹⁴⁵ CENTEL, ZAFER; a.g.e. ; s. 340.

sayesinde işlerini hukuka uygun yaparak keyfilikten uzak dururlar. Aranacak yerin sahibi veya zilyedi yokken yapılacak aramalarda maddede belirtilen diğer kişilerin hazır edilmesine ilişkin kural genellikle suçun şüphelisi olan sahip veya zilyedin hazır bulunmadığı soruşturma işlemleri için savunma hakkının sınırlandırılmaması ve bu işlemlere de itiraz edebilmesi amacını taşımaktadır¹⁴⁶.

Aramaya başlanacağı sırada aranacak yerin sahibi veya zilyedinin beklenmesi zorunlu değildir. Kısa sürede hazır bulunabilecek ise beklenir ancak makul süre geçerse işlemin doğası gereği acil olması sebebiyle CMK'nın 120/1. maddesinde sayılan diğer işlem tanıkları sırasıyla bulunmaya çalışılır. Zira kanunda da aranacak yerin sahibi veya zilyedinin mutlaka bekleneceğine dair bir düzenleme mevcut değildir. İşlem tanıkları maddede ilgiliye olan yakınlıkları dikkate alınarak sayılmıştır. Bu yüzden işlem tanıklarının da bu sıraya göre hazır edilmesi gerekir. Örneğin sahip veya zilyedin temsilcisi mevcut ise komşusuna gerek kalmayacaktır. Arama tanıkları sözlü davet ile çağrılabilirler. Uygulamada genellikle aranacak yerin sahibi veya zilyedi iddiaya konu eylemin şüphelisi olduğundan kendisine ulaşılamamaktadır. İşte bu durumlarda maddede belirtilen diğer kişiler hazır edilerek arama icra edilecektir. Bu düzenleme delillerin kaybolması ve soruşturmanın geleceğinin tehlikeye düşmesi açısından da bir güvence niteliğindedir.

CMK'nın 120/1. maddesinde sayılan işlem tanıkları aramada hazır bulunmak istemezlerse yerine bir diğeri bulunabiliyorsa tanıklık yapmak istemeyen kişinin zorla hazır bulundurulması yerine temin edilebilecek diğer şahsın hazır edilmesi gerekmektedir. Maddede sayılan kişilerden hiçbirisi arama tanığı olmak istemiyorsa bu durumda kolluk bunlardan birisini arama tanığı olarak tutanağa yazacak ancak şahıs tutanağı imzalamak istemezse bu durumu da nedenleriyle birlikte tutanağa geçirecektir. (CMK 169/6) Baskın şeklinde yapılan aramalarda da arama tanıkları mutlaka aranacak yerin güvenliği sağlandıktan sonra hazır bulundurulmalıdır¹⁴⁷.

ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 343.
AYDIN; a.g.e. ; s. 62.

Aranılan yerin sahibi kavramındaki sahip kelimesini geniş yorumlamak gerekir. Bu sebeple hükümde sahip kelimesiyle birlikte zilyet kelimesi de kullanılmıştır. Buna göre aramada hazır bulunacak kişinin mutlaka o yerin maliki olması gerekmez. Kişinin o yeri fiilen kullanıyor olması yeterlidir. Örneğin aranacak ev kiradaysa kiracı da aramada hazır bulunabilir. Aynı durum taşınır eşyalar için de geçerlidir. Örneğin aranacak araba bir başkasında emanet olarak bulunuyorsa bu kişi de aramada hazır bulunabilir. Sahip ve zilyet birden fazla kişiye hepsi birlikte aramada hazır bulunabilirler.

CMK'nın 120/1. maddesinde belirtilen sahip veya zilyedin temsilcisi de geniş bir kavramdır. Bu temsil ilişkisi vekâletname ile verilmiş olabileceği gibi velayet veya vesayetten de kaynaklanıyor olabilir. Avukat bu kapsamda değildir çünkü bununla ilgili ayrı bir hüküm mevcuttur. Ayrıca arama yapılacak iş yerinin sorumlu müdürü, yetkilisi de temsilci kapsamındadır.

Maddede geçen hısım kavramı kan veya kayın hısımı şeklinde bir ayrıma tabi tutulmamıştır. Bu sebeple her türlü hısım bu kapsama dâhildir. Arama yapılacak yerin sahibi veya zilyedi ile birlikte oturan kişilerden kasıt, aramaya maruz kalacak kişi ile birlikte oturanlardır. Örneğin aynı evi paylaşan öğrenciler gibi. Bu kişilerin aramaya muhatap kişi ile birlikte oturması zorunludur ancak aramaya konu olan yerin birlikte oturulan bu yer olması gerekli değildir. Örneğin birlikte nikâhsız olarak yaşayan eşlerden birisinin iş yerinde arama yapıldığında birlikte yaşayan diğer kişi

arama tanığı olarak hazır edilebilir.¹⁴⁸ Maddede belirtilen bir diğer arama tanığı da komşudur. Aramaya maruz kalacak kişinin komşusuyla en azından aynı apartmanda veya aynı sokakta oturuyor olması gerekir. Kişinin arama tanığı olacak komşusu ile yakınlığı kanunda dikkate alınmamıştır. Yine de uygulamada kişinin irtibatının bulunduğu komşuları işlem tanığı olarak seçilmektedir.

⁸ AYDIN; a.g.e. ; s. 69.

CMK'nın 120/1. maddesinde dikkat edilmesi gereken husus arama yapılacağı sırada hazır bulundurulması gereken bu kişilere maddedeki sırayla başvurulacak olmasıdır. Hiçbirine ulaşılamazsa en son komşulardan birisi işlem tanığı yapılacaktır. Ayrıca bu kişilerin aramaya sebep olan iddianın şüphelisi veya suç ortağı olmamaları gerekir.

Burada hem CMK'nın 119/4 hem de 120/1. maddesinde yer alan işlem (arama) tanıklarıyla ilgili açıklamalar ışığında yeri gelmişken Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun arama tanıklarının arama sırasında hazır bulundurulmamasının hukuka aykırılık teşkil edip etmediği hususundaki şu kararını belirtmekte yarar görüyoruz¹⁴⁹:

Karara konu olayda taklit tekstil ürünlerinin satıldığı bir işyerinde alınan Hâkim kararı doğrultusunda arama yapıldığı, aramaya iki polis memuru, müşteki vekili ve iş yeri sahibi sanığın katıldığı, aramada taklit ürünlerin ele geçirildiği ve bilirkişi raporlarıyla taklit olduklarının tespit edildiği ancak Mahkemece yapılan yargılamada aramaya Cumhuriyet Savcısının katılmamış olması sebebiyle CMK'nın 119/4. maddesi uyarınca ihtiyar heyeti veya komşulardan iki kişinin işlem tanığı olarak hazır edilmesi gerekirken bu şartın gerçekleştirilmediği bu sebeple elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle beraat kararı verildiği anlaşılmıştır. YCGK bu olayda usulüne uygun alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara veya aramanın icrasıyla ilgili işlemlere aramada hazır bulunan sanığın bir itirazının bulunmadığı, hatta sanığın arama sonucunda ele geçirilen taklit ürünlerin kendi iş yerinden ele geçirildiğine ilişkin ikrarının mevcut olduğu, daha da önemlisi arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik herhangi bir yakınmanın bulunmadığı, sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesi sebebiyle aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı, bu şekil şartına aykırılığın delil elde yöntemleriyle ilgili mutlak değil nispi bir aykırılık olduğu gerekçeleriyle aramanın hukuka uygun olduğuna oy çokluğuyla karar vermiştir. Karşı oyda ise delil yasaklarında mutlak ve nispi ayrımı yapılmasının bazı usul kurallarını uygulanamaz hale getirileceği gerekçesiyle işlemin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Aydın da

¹⁴⁹ YCGK'nun 26.06.2007 tarihli ve 2007/7-147 esas 2007/159 karar sayılı içtihadı. (Uyap içtihat programı)

bu hususta karşı oyun gerekçelerini paylaşarak ve arama tanıklarının işlemle ilgili herhangi bir itiraz olmadığı sürece hazır bulunmalarının gerekmediği şeklindeki düşüncenin arama tanıklarıyla ilgili CMK hükmünün fiilen yürürlükten kalkacağını belirterek bahsi geçen işlemin hukuka aykırı olduğunu ve ele geçirilen bu delillerin ceza yargılamasında kullanılamayacağını savunmuştur¹⁵⁰.

Kanımca burada her iki görüşün de tek başına kabul edilmesi Ceza Muhakemesi sistemimizin amacına ve ruhuna uygun olmayacaktır. Şöyle ki; gerçekten delil yasaklarında mutlak aykırılık ve nispi aykırılık gibi bir ayrımın benimsenmesi ve arama tanıklarının aramada hazır bulunmamasının nispi aykırılıklardan olduğu, bu sebeple arama tanıkları olmadan elde edilecek delillerin hukuka aykırı sayılmayacağı şeklindeki yaklaşım uygulamada CMK'nın 119/4 ve 120/1 hükümlerini fiilen yürürlükten kaldırmış olacaktır. Bu da işlem tanıklarının birçok işlevinde boşluklara yol açacak, işlem tanıkları olmadan yapılacak işlemlerde keyfi uygulamalara ve hukuka aykırılık iddialarında çıkmazlara neden olacaktır. Ceza Muhakemesinin amacı yukarıda belirtildiği gibi suçla mücadelede hukuka uygun işlemlerle delil elde etme ve bu şekilde toplumun özgürlük ve güvenliğini topluğun desteği ile sağlamaktır. İşlemlerin hukuka uygunluğuna ve keyfiliklerin engellenmesine hizmet eden işlem tanıkları uygulamasının gereksiz olduğu kabul edilemez ve hiçbir gerekçe olmadan bu şarta uymadan yapılan işlemler ile elde edilen yargılamada kullanılamaz. Diğer yandan bu şartın çok katı bir şekilde uygulanması şekil için esasın feda edilmesine ve dolayısıyla suçla mücadelenin imkânsız hale gelmesine yol açacaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi işlem tanıklarının bazı durumlarda arama yapılacak yere gelmeleri imkânsız ise veya gelmekten çekiniyorlarsa kolluk arama yapamayacak mıdır? Bunun kabul edilmesi suçla mücadeleyi imkânsız hale getireceği gibi suçluların aramaları engellemek ve süre kazanmak için işlem tanıklarına aramaya gelmemeleri konusunda baskı yapmalarını bile gündeme getirebilecektir. O halde bu gibi durumlarda şekil şartının soruşturmanın esasının önüne geçmesini engellemek adına kolluk, işlem tanıklarının hazır edilmesi için olayın özelliğine göre elinden geleni yaptıktan sonra sonuca

ulaşamazsa bunu tutanağa nedenleriyle yazarak bulabildiği başka işlem tanıklarıyla veya hiç imkân yoksa işlem tanığı hazır edilmeden arama işlemini gerçekleştirecek, bu işlemle elde edilen bulgular da hukuka uygun olacaktır. Çünkü bu gibi durumlarda işlem tanığına bağlı kalmak delillerin kaybolması ihtimalini doğuracağından aramanın da hiçbir anlamı kalmayacaktır. Bu açıklamalar ışığında YCGK kararına konu olayda işlem tanığı hazır edilmemesinin işin aciliyeti, gecikmesinde sakınca bulunan hal, tanıkların arama yerine gelmemeleri gibi hiçbir haklı gerekçesi -gerçekte var olsa bile- dosyaya yansımadığından kanımca bu şekilde yapılan arama da hukuka uygun değildir.

3.5. Avukat

CMK'nın 120/3. maddesi uyarınca aramaya maruz kalacak kişinin avukatı aramada hazır bulunabilir. Arama sırasında avukatın kimliğini göstermesi ve aramaya maruz kalan kişinin avukatı olduğunu belirtmesi yeterlidir. Bunun derhal tutanağa geçirilmesi gerekir. Arama sırasında avukatın vekâletname veya yetki belgesi göstermesi istenemez. İşin aciliyeti gereği zaten buna imkân da yoktur. Vekâletname hazırsa bir örneği arama evrakına eklenebilir. Avukata henüz vekâletname verilmemişse aramaya katılması için vekâletname ibrazı istenmesi avukatın hakkının engellenmesi demek olur. Çünkü o an vekâletname işlemleri yapılırsa arama çoktan sona erecektir. Bu sebeple bu gibi eksiklikler sonra giderilmek üzere avukat aramada hazır bulunabilir. Aramanın yapılması için avukatın gelmesi beklenmez¹⁵¹. Ancak kişi avukatının hazır bulunmasını isterse delillerin kaybolmasını engelleyecek tedbirler alındıktan sonra makul bir süre avukatın gelmesi beklenebilir. Bu CMK'nın 149. maddesindeki şüpheli ve sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabileceği kuralının bir gereğidir.

CMK'nın 130/1. maddesine göre avukat bürolarında yapılacak aramalarda arama yapılan yerin bağlı bulunduğu baronun başkanının veya onu temsil eden bir avukatın hazır bulunması zorunludur.

Bu konuda hemen şunu da belirtelim ki arama sırasında avukat işlemlere engel olmaya çalışırsa arama yapılan yerden uzaklaştırılabilir, ancak Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesine göre avukat gözaltına alınamayacaktır.

4. Aramaya Maruz Kalacak Kişiyi Bilgi Verilmesi ve Verilecek Bilginin Kapsamı:

Arama işlemine başlanmadan önce ilk olarak aramaya maruz kalacak kişiyle iletişime geçilmeli, aramayı yapacak görevlinin kendisini tanıtarak ve kimlik göstererek yapacağı işlemi açıklaması gerekmektedir. (PVSK m. 17/2.) Kişiyi, engel olmaya çalışırsa zor kullanılacağı bildirilmelidir. Kişilerle iletişime geçilmesi aramanın amacını veya aramayı yapacak kişilerin güvenliğini tehlikeye düşürecekse, arama baskın şeklinde yapılacaksa iletişim arama sonrasına bırakılabilir. Örneğin aramaya maruz kalacak kişinin silahlı olması veya aranacak eşyanın yok edilmesi ihtimallerinde olduğu gibi. Arama tutanağına bu hususlar nedenleriyle yazılmalıdır¹⁵².

CMK'nın 120/2. ve Jandarma Teşkilat Yönetmeliği'nin 115/1-d maddesine göre 117. maddede yer alan diğer kişilerle ilgili arama durumunda arama yapılacak yerin zilyedine veya yerine çağrılacak kişiye aramayla ilgili bilgi verilmesi gerekmektedir. O halde şüpheli ve sanığa yönelik ya da şüpheli ve sanık yerine aramada hazır bulunacak kişilere yönelik aramalarda bu kişilere aramanın içeriği hakkında bilgi verilmeyecektir¹⁵³. Burada amaç aramanın amacının tehlikeye düşmemesidir. Şüpheli veya sanığa aramanın içeriği hakkında bilgi verilirse delillerin kaybolma ihtimali çoğunlukla doğacaktır. Bununla birlikte şüpheli ve sanık dışındaki kişilere yönelik aramalarda ise bu kişilerin iddiaya konu olayla doğrudan

¹⁵² AYDIN; a.g.e. ; s. 71 .

¹⁵³ ŞAHİN; a.g.e; s. 248.

ilişkili olmamaları sebebiyle güvence sağlaması amacıyla bilgi verileceği kabul edilmiştir. Bu kişilere bilgi verilmesi iş birliği yapma ihtimallerini de yükselteceğinden önemlidir.

Şüpheli ve sanık açısından kanunla oluşturulan bu fark her ne kadar soruşturmanın bekası için gerekli ise de başta Hukuk Devleti olmak üzere aramaya egemen olan ilkelerle adil yargılanma hakkına ve bu hakkın bir uzantısı olan isnadı öğrenme hakkına aykırılık teşkil etmektedir. İsnadı öğrenme hakkı şüpheliyle temas kurulan hallerde soruşturma işlemlerinin hangi amaçla ve hangi suçlamayla yapıldığının öğrenilmesi demek olduğundan arama işlemiyle ilgili bilgi verilmesi bu hakkın bir gereğidir. AİHS'nin 6/3. maddesine göre de şüphelinin, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. AİHS Türkiye tarafından da kabul edildiğine ve Anayasanın 90. maddesine göre bir iç hukuk kuralı haline geldiğine göre aramaya maruz kalan kim olursa olsun aramanın içeriğinden bu kişiye bilgi verilmesi gerekir. Tabi burada soruşturmanın geleceği ile de denge kurmak gerekecektir. Çünkü daha aramaya başlamadan, örneğin aramaya maruz kalacak kişi daha kapıyı açmamışken dışarıdan kendisine detaylı bilgi verilmesi delil elde etme imkânını ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla şüpheli ve sanık ile bunların yerine aramaya maruz kalacak kişiler açısından delillerin karartılmasını veya yakalanacak kişinin kaçmasını engelleyecek tüm önlemler alındıktan sonra aramayla ilgili bilgi verilmeli, arama kararı veya emri ilgililere gösterilmelidir. Öte yandan arama hakkında bilgi verilecek olması mutlaka aramayı sonuçsuz kılacaksa bu durum, nedenleriyle birlikte tutanağa bağlanarak bilgi verilmeyebilir. Bu somut olayda uygulayıcılar tarafından takdir edilecektir.

Aramaya maruz kalacak kişiye arama öncesinde veya sırasında arama işlemleriyle ilgili hakları ve yükümlülükleri de hatırlatılmalı, bunlar tutanağa yazılmalıdır.

5. Aramada Kolluk Güçlerinin Kuvvet Kullanması:

CMK'nın 168. maddesine göre olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder. PVSK'nun 16. maddesine göre ise polis görevini yapmasını önleyen veya kendisine karşı güç kullanan kişilere karşı orantılılık ilkesine göre bedeni ve maddi güç kullanabilir. Hatta şartları oluştuğunda silah ta kullanabilir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 30/5. maddesine göre de aramaya görevlendirilenler, aramaya karşı çıkılması hâlinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanarak direnci ortadan kaldıracaklardır. Bilgilendirme yapıldıktan sonra, kapı açılmadığı takdirde güç kullanılacağı ihtar edilir ve buna rağmen kapı açılmazsa zorla eve girilir ve arama gerçekleştirilir. Güç, kademeli bir şekilde artarak kullanılabilir. Aynı yönetmeliğin 28. maddesine göre ise üst aramasında kişi direnirse arama orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilecektir.

Aramaya maruz kalacak kişiyle iletişime geçilmesine ve gerekli açıklamalar yapılarak uyarılmasına karşın arama yapılamayacaksa son çare olarak kuvvet kullanılmalıdır. Yine de kuvvet kullanımı şüpheli ve sanığın haklarını engelleyecek, bu kişilere zarar verecek düzeyde olmamalıdır. Arama sırasında kişilerin kolluk güçlerine direnmesi, saldırıya yeltenmesi TCK'nın 265. maddesinde düzenlenen görevli memura görevini yaptırmamak için direnme suçunu oluşturacağından bu tip davranışlar kişiyi ayrıca suçüstü eyleminden dolayı yakalanmaya maruz kalacak şekilde şüpheli konumuna sokacaktır¹⁵⁴. Ayrıca zor kullanan yetkili görevinin gerektirdiği ölçünün üzerinde kuvvet kullanırsa bu da TCK'nın 256. maddesi kapsamında suç olacaktır.

6. Üst Aramasının İcrası:

6.1. Kaba Üst Araması:

Daha önce de üzerinde durduğumuz üst araması Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 28. maddesinde düzenlenmiştir¹⁵⁵. Üst araması kişinin üzerindeki elbiseler içinde veya altında, kişinin vücudu üzerinde ve doğal vücut boşluklarında, tıbbi araçlar kullanılmaksızın gözle ve elle yapılan delil araştırmasıdır¹⁵⁶. Üst aramasından önce aramaya maruz kalacak kişinin kaçmasını, delilleri yok etmesini ve çevresindekilere zarar vermesini engelleyecek tedbirler alındıktan sonra kişiye, işlemi yapacak görevlinin kolluk kuvveti olduğuna ilişkin kimliğini göstererek yapacağı işlemle ilgili bilgi vermesi gerekmektedir. Kişiye direnmesi durumunda bunun suç olacağı ve kendisine zor kullanılacağı, hatta kelepçe takılabileceği uyarılarında bulunulmalı, hakları hatırlatılmalıdır. Ardından kişiye arama kararı veya emri gösterilmeli, aranacak eşyayı bulma konusunda yardımcı olmaya davet edilmelidir. Bu aşamadan sonra aranacak kişiyi hemcinsi olan kolluk görevlisi ar ve hayâ duygularını rencide etmeden, mümkünse elektromanyetik aygıtlarla, değilse beş duyu organıyla, imkânlar ölçüsünde bedene en az şekilde dokunarak ve kıyafetler üzerinden yoklayarak, mümkün olan en kısa sürede arayacaktır. Arama işlemi kişinin veya aracının ilk durdurulduğu yerde veya yakınında olabildiğince başkalarının göremeyeceği tarzda yapılmalıdır. Kişi hakkında daha detaylı bir arama yapılması gerekirse işlemin kolluk aracında veya yakındaki kapalı bir alanda yapılması söz konusu olacaktır. Ne var ki; arama işleminin kapalı alanda yapılması çoğu kez usulsüzlük iddialarını doğuracağı için nadiren ve gerçekten gerekli olduğunda başvurulmalı, kapalı alan olarak Polis Merkezi tercih edilmelidir. Üst aramasında çıkacak özel belgeler açıkta bulunsalar dahi kolluk tarafından okunmayacaktır. Bu belgeler delil niteliğinde ise ancak Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından okunabilecektir.

Bkz. dipnot 131.

6.2. Çıplak Üst Araması:

Buraya kadar açıklanan üst araması kişinin kıyafetleri üzerinden yoklama şeklinde yapılan aramadır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 28/3. maddesine göre kişinin kanunlara göre yasak bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphe varsa ve arama amacına başka türlü ulaşamayacaksa arama kişinin üstü soyularak da yapılabilir. Bu durum ayırık olarak düzenlendiği için üst soyulmasının mutlaka gerektiğine dair gerekçeler tutanağa geçirilmelidir. Niteliği itibariyle kıyafet üzerinden yapılacak aramayla bulunabilecek tabanca gibi bir eşya için çıplak aramaya gerek olmayacağı gibi çoğu kez minik poşetlerde saklanan uyuşturucuların bulunması için çıplak aramaya gereksinim duyulabilecektir. Bu arama için mutlaka kapalı bir alan olan Polis Merkezi tercih edilmelidir. Yukarıda bahsedilen üst aramasının uygulanması aynen bu arama için de geçerlidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus işlemin kişinin utanma duygularını en az ihlal edecek şekilde ve mümkün olan en kısa sürede yapılması gerektiğidir. Bunun için kişi tamamen çıplak bırakılmamalı ve aşamalı şekilde aranmalıdır. Ayrıca taciz iddialarının önüne geçebilmek için aramada mutlaka kişinin hemcinsi iki kolluk görevlisi hazır bulunmalıdır. Çıplak aramada bedene dokunulmaması için özen gösterilmeli, aranan eşyanın beden çukurlarında olduğu anlaşılır ise öncelikle kişiden bu eşyanın çıkartılması istenmeli, kişi eşyayı çıkarmazsa müdahale edilmelidir¹⁵⁷.

7. Konut, İş Yeri ve Eklentilerinde Yapılacak Aramanın İcrası:

Cumhuriyet Savcısı katılsa da katılmasa da konut, iş yeri ve eklentilerinde yapılacak arama işlemini kolluk güçleri gerçekleştirecektir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre kollukjandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini ifade eder. Ayrıca Orman Kanunu'na göre orman muhafaza memurları da orman suçları açısından kolluk görevlileridir. Yönetmeliğin 30. maddesi kolluğun konut ve iş yerinde yapacağı arama işlemini düzenlemiştir. Buna göre kolluk güçleri arama yapılacak yerde yakalanacak kişinin kaçması veya

delillerin yok edilmesini engelleyecek gerekli önlemleri aldıktan sonra kapıyı çalar ve aramaya maruz kalacak kişiye yazılı karar veya emir ile kimliğini göstererek iletişime geçmeye çalışır. Ev ve iş yerlerine mümkün olduğunca ilgilinin izni alınarak girilir. Kapı açılmadığı takdirde güç kullanılacağı ihtar edilir. İlgili iletişime geçerse hakları ve yükümlülükleri hatırlatılır. İlgiliyle bu şekilde iletişime geçilmesi aramanın amacını tehlikeye sokacak veya görevliler açısından bir tehlike oluşturacaksa iletişim ve bilgilendirme arama sonrasına bırakılabilir. Aramaya karşı çıkılması durumunda orantılı şekilde zor kullanılır. Aranacak yerde kimse yoksa bilgilendirme yukarıda detaylarıyla açıklanan arama tanıklarına yapılacaktır. Eve girildikten sonra bulundurulması suç teşkil eden eşyanın arandığı evde bulunan kişilerin üstü güvenlik veya suç eşyasının elde edilmesi amacıyla aranır. Tesadüfen orada bulunan kişinin silahlı olduğundan şüphelenmeyi gerektiren makul şüphe mevcutsa veya kolayca saklanabilecek veya cebe atılabilecek bir eşya veya silah aranıyorsa üst araması yapılmalıdır¹⁵⁸. Arama yapılırken kişilerin özel hayatlarına ve mallarına gereken azami özen gösterilir. Kasa gibi açılması özellik isteyen eşya kolluk tarafından veya masrafları kollukça karşılanmak üzere bu konudaki meslek erbabına açtırılır. Bu işlemin o yerde yapılmasının masraflı, külfetli veya oraya zarar verebilecek nitelikte olması durumunda, eşya kolluk tarafından muhafaza edilen başka bir yere götürülerek de açılabilir. Arama sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz.

8. Araç Aramasının İcrası:

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre her türlü nakil vasıtası ve taşıt, araç olarak tanımlanmıştır. Uygulamada suç delillerinin en çok elde edildiği yerler araçlardır. Ayrıca şüphelinin bulunduğu bir araç açısından kaçma şüphesi de her zaman mevcuttur. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 29. maddesi araç aramasını düzenlemiştir. Buna göre; —*Araçlarda aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmasını engelleyecek*

şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Araç araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır. Araç araması, kişiye en az sıkıntı verici şekilde ve makul olan en kısa sürede yapılır. Araç araması, aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Detaylı inceleme yapılması gereken hâllerde, başka yere götürülerek arama yapılabilir. Deniz şartları sebebiyle aramanın denizde mümkün olmaması veya deniz aracının ayrıntılı aranmasının gerektiği hâllerde şüpheli deniz aracı en yakın ve uygun limana çekilerek arama limanda yapılabilir. Araç araması sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz. Yapılan aramanın neticesinde bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır. Boş araçların aranmasında, arama yapıldığını belirten bir not bırakılır. Bu notta, arama tutanağının bir kopyasının alınabileceği yer belirtilir." Maddenin sonunda araç aramalarının gece vakti de yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme CMK'nın 118. maddesinde yer alan hükme uygundur. Zira konut ve iş yeri niteliğinde olmayan araçlarda gece vakti arama yapmak olasıdır. Şu kadar ki; arama yapılacak araç konut şeklinde kullanılan bir karavan ise gece vakti arama yapılamayacaktır¹⁵⁹.

9. Belge ve Kâğıtların İncelenmesi:

Arama sırasında aramaya maruz kalan kişinin üzerinden, eşyasından veya arama yapılan konut ve işyerinden bir takım belge ve kâğıtlar ele geçirilebilir. CMK'nın 122. maddesi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 16. maddesi, ele geçirilen bu kâğıt ve belgelerin incelenmesini düzenlemiştir. Bu hükümlere göre hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet Savcısı ve Hâkime aittir. İnceleme yetkisinin kolluk yerine Hâkim ve Cumhuriyet Savcısına tanınması özel hayatın gizliliği ilkesinin de bir gereği olarak

¹⁵⁹ AYDIN; a.g.e. ; s. 75.

keyfilikğin önüne geçer. Nitekim CMK'nın 122. maddesinin gerekçesinde de bu husustaki amacın özel hayatı korumak olduğu açıkça belirtilmiştir¹⁶⁰.

Düzenlemelerde belgenin yanında kâğıt teriminin de kullanılması özel hayatın gizliliği açısından uygulama alanını genişletmektedir. Dolayısıyla piyasadan temin edilebilen, aleniyete geçmiş kitaplar, basılı eserler ve sanat eseri niteliği taşıyan tüm eserler (tablo, grafik gibi), nihayet resmi makamlardan alınan nüfus cüzdanı, ehliyet gibi belgeler dışında kişisel, toplumsal veya mesleki olup olmadığına, gizli, kapaklı ve açık bulunup bulunmadığına bakılmaksızın düşünsel bir içeriğe sahip yazılı ve basılı her kâğıt CMK'nın 122. maddesi kapsamındadır¹⁶¹. Aramayı gerçekleştiren kolluk görevlilerinin soruşturma bakımından gereksiz olanları ayıklamak üzere ele geçen kâğıt ve belgeleri ayrıntılı bir şekilde incelemekten sadece şüphe halinde suçla ilgisinin olup olmadığını saptamak amacıyla incelemeksizin, yüzeysel bakabilmek yetkisine sahiptir¹⁶². Bu hususla ilgili olarak Yönetmeliğin 16. maddesinin 2. fıkrasında "*incelemeksizin bakma*" ibaresine yer verilmiştir. Burada yazının içeriği hakkında bilgi sahibi olunmaksızın böyle bir inceleme yapmak mümkün olmadığı gibi bunun esaslı bir incelemekten farkını ortaya koyacak sınırı çizilebilmek için böyle bir düzenleme yapılmıştır ancak incelemeksizin bakma ifadesi kendi içinde çelişkili görünmektedir. Kolluğun evrakı detaylarıyla inceleyip incelemeyeceği de çoğu kez bilinemeyecektir. Dolayısıyla kolluğun yüzeysel gözlem suretiyle bu belge ve kâğıtları ayıklaması, ardından bunları ambalajlayıp mühürleyerek Hâkim ve Savcının incelemesine sunması gerekmektedir. Bu kâğıt belgelerin Hâkim ve Cumhuriyet Savcısı tarafından incelenmesi için alınması teknik anlamda el koyma değil geçici olarak muhafaza altına almaktır. Bunlara el konulup konulmayacağına Cumhuriyet Savcısı ve Hâkim karar verecektir.

Yönetmeliğin 16/2. maddesinde yer alan kolluğun belge ve kâğıtlara incelemeksizin bakma yetkisinin kimi yazarlarca hem belirsizlik ve çelişki içermesi hem de CMK' da kolluğa tanınmamış bir yetkinin Yönetmelikle düzenlenemeyeceği

YALVAÇ; a.g.e. ; s. 656, 657.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 369.

HAKİRİ, ÜNVER; a.g.e. ; s. 201.

gereçleriyle uygulama alanı bulmaması ve aramalarda ele geçen tüm belge ve kâğıtların hiçbir şekilde incelemeksizin Hâkim ve Cumhuriyet Savcısının incelenmesine sunulması gerektiği öne sürülmüştür¹⁶³. Kanımca uygulamada gerçekleştirilen aramalarda yüzlerce hatta binlerce belge ve kâğıt ele geçirilebilecektir. Soruşturma ile ilgisi olmayanların dahi tek tek Hâkim ve Cumhuriyet Savcısınca incelenmesi yargı faaliyetini durdurma noktasına getirecektir. Dolayısıyla kolluğun mutlak suretle ilgisiz evrakları ayıklaması ve sadece iddiaya konu olayla ilgili evrakları alması pratik bir çözüm olacaktır. Yönetmelikle ilgili daha önceki eleştirilerimize koşturarak hayatın olağan akışına uygun olan bu düzenlemenin normlar hiyerarşisine uygun halde çerçevesi de dikkatlice çizilmek suretiyle kanunla belirlenmesi gerekmektedir.

CMK'nın 122. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre arama sırasında yukarıda açıklanan şekilde ele geçirilen iddiaya konu suçla ilgili kâğıt ve belgeler hakkında bir liste tutulacak ve bunlar paketlenip gerekli incelemenin yapılması için mühürlenecektir. Belge ve kâğıdın sahibi de kendi imzası veya mührünü kullanabilir. Böylece muhafaza altına alınan kâğıtların aramada ele geçirildiğinin belgelenmesi sağlanmıştır. Mühürlenerek hazırlanan bu paket soruşturmayı yürüten Hâkim veya Cumhuriyet Savcısına sunulur. Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı mührü kaldırıp belgeleri incelemeyen önce belgelerin zilyedini veya temsilcisini çağırır ve mührü onların huzurunda açıp belgeleri inceler. Bu çağrıya uyulmazsa inceleme yokluklarında yapılır. Burada hemen belirtelim ki arama sonrası zilyet tutuklanmış veya inceleme sırasında hazır bulunması soruşturmayı tehlikeye düşürecekse hazır bulundurulmayabilir¹⁶⁴. Bu şartın katı bir şekilde uygulanması bazı soruşturmaların geleceğini tehlikeye düşürebilir. Zilyede çağrının nasıl yapılacağı açıkça düzenlenmediğinden telefon, sms gibi hızlı şekilde gerçekleştirilmelidir. Ancak bunların da tutanağa bağlanması gerekir. İncelenen evraklardan iddiaya konu olayla ilgisi olmayanlar, başka bir deyişle ileride müsaderesi gerekmeyenler veya delil özelliği bulunmayanlar sahiplerine iade edilir. Olayla ilgili olanlara ise el konulacaktır.

AYDIN; a.g.e. ; s. 76.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 370.

CMK'nın 125. maddesine göre devlet sırrı niteliğinde olan belgelerin incelenmesi ile CMK'nın 130. maddesine göre avukat bürolarında yapılan arama sırasında avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu iddia edilen belgelerin incelenmesi yalnızca Hâkimin yetkisindedir.

10. Tesadüfen Elde Edilen Deliller:

Hukuka uygun şekilde temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilerek bir kişi hakkında başlatılan arama işleminin artık sadece aramaya konu olayla sınırlı olduğunun kabul edilmesi birçok durumda amaca uygun olmayacaktır. Uygulamada tesadüfen elde edilen delillere sıkça rastlanmaktadır. Özellikle uyuşturucu aramalarında çoğu kez ruhsatsız silah ve mermiler de ele geçirilmektedir. İşte böyle durumlarda yeniden karar alınıp yeniden arama yapılması işin doğasına aykırıdır. Çünkü zaten meşru zeminde olmayan suçlu açısından var olan hukuka uygun bir karar veya emir mevcuttur. Tesadüfen elde edilen bu delillerin de kullanılabilmesi gerekmektedir. CMK'nın 138. maddesi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 10. maddesi bu hususu düzenlemektedir. Bu düzenlemelerin amacı tesadüfen elde edilen delillerin yok olmasını ve aramayı yapan görevlilerin bu delilleri görmezden gelmelerini engelleyerek suçla mücadelenin güçlendirilmesidir. Ayrıca tesadüfen elde edilen deliller yeni bir soruşturma başlatmaksızın ve gecikmede tehlike şartı aranmaksızın doğrudan soruşturmayı yürüten Savcıya sunulacağından kanun koyucunun amacının soruşturmayı basitleştirmek ve kısaltmak da olduğu söylenebilir.

CMK'nın 138/1. maddesine göre arama işleminin uygulanması sırasında yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir. Yönetmeliğin 10. maddesine göre ise Usulüne uygun yapılan aramada; yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek, bir delil elde edilirse; bu delil

koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet Savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri el koyma işlemini gerçekleştirebilir. Ayrıca aynı maddenin son fıkrasına göre de bu tür aramada, aramanın amacı ve konusu dışında ele geçirilen ve haklarında tutuklama veya yakalama kararı bulunan kişiler, evrakıyla birlikte Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilir.

Görüldüğü gibi burada ya soruşturma ile ilgili ancak karar veya emirde gösterilmeyen bir delil ya soruşturmanın konusundan başka bir suçun işlendiğine dair bir delil ya da aramanın konusu dışında hakkında yakalama kararı olan bir şahsın ele geçirilmesi söz konusudur. Her üç halde de derhal muhafaza altına alma ve Cumhuriyet Savcısına bilgi verilmesi öngörülmüştür. Yönetmelikte her ne kadar el koyma terimi kullanılmışsa da kanımca buradaki el koyma teknik anlamıyla değil geçici olarak muhafaza altına alma anlamıyla kullanılmıştır. Çünkü el koyma işlemi eşyalar Savcılığa teslim edildikten sonra Cumhuriyet Savcısı ve Hâkimin takdiriyle yapılacak ayrı bir işlemdir. Dolayısıyla kolluk kuvvetleri arama sırasında tesadüfen elde ettikleri delilleri muhafaza altına alıp konudan soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısına bilgi vereceklerdir. Bu noktada Savcıya ulaşamazsa kolluk amirinin yazılı emriyle tesadüfen elde edilen delillerin muhafaza altına alınacağı düzenlenmiştir. Tesadüfen elde edilen deliller diğer delillerle birlikte Cumhuriyet Savcılığına aktarılacak ve durumu göre aramanın konusu olan eylemle ilgililerse bu dosyada işlem görecekler, aramanın konusu olan eylemle ilgili olmayıp başka bir suçun işlendiğini gösteriyorsa yeni bir soruşturmanın konusunu oluşturacaklardır.

Yönetmeliğin 10. maddesinde kolluğa, tesadüfen elde edilen delillerle ilgili Cumhuriyet Savcısından yeni bir yazılı emir isteme görevi yüklenmesi yerinde olmamıştır. Durumun Savcıya bildirilip eşyaların muhafaza altına alınması ve Savcılığa teslim edilmesi yeterli olacaktır. Bu aşamadan sonra tesadüfen elde edilen delillerle ilgili değerlendirmeyi Savcılık makamı yapacaktır. Delillerin Savcılığa teslimiyle kolluğun görevi sona ermelidir. Ancak Yönetmelik hükmü bu aşamada kolluğun Cumhuriyet Savcısından yazılı emir almasını öngörerek işlemleri

zorlaştırmaktadır. CMK 138 bile bu şart yokken yönetmelikle böyle bir düzenleme yapılması yersizdir¹⁶⁵.

Tesadüfen elde edilen delil müessesesinde eşyanın gerçekten tesadüfen bulunması gerekir. Bu tesadüf arama emri veya kararının içerdiği sınırlar içinde, aramanın konusu olan şeyin aranması esnasında bulunması ile gerçekleşir. Tesadüfen elde edilen şey çıplak gözle görülebilir olmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus başka bir suçun işlendiğine dair tesadüfen bir delil elde ediliyorsa bu delilin suçun işlendiğine dair soyut bir şüpheyi içermesi gerekmektedir. Bunun başlangıç şüphesi olması ile gerekli değildir¹⁶⁶. Tesadüfen elde edilen delilin muhafaza altına alınabilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir halin bulunması da gerekmemektedir. Arama Cumhuriyet Savcısının emriyle yapılıyorsa zaten gecikmede sakınca vardır. Ancak arama Hâkim kararıyla yapılıyor olsa bile kanun koyucu gecikmesinde sakınca bulunan hal şartı öngörmemiştir çünkü burada hukuka uygun bir arama kararı mevcuttur.

Tesadüfen elde edilen delil soruşturma konusu dışında kalan bir şey aranırken bulunursa bu tesadüfen elde edilen bir delil olmaz ve bu durum dürüstlük ilkesine aykırıdır¹⁶⁷. Böyle bir durumda ortada hukuka uygun bir arama kararı ve emri de yok sayılmalıdır ki, arama işlemi baştan hukuka aykırıdır. Dolayısıyla sanki kişi hakkında yürütülen bir soruşturma kapsamında yasal bir arama varmışçasına, başka amaçlara hizmet etmek adına arama yapılıyor olabilir. Gerçi böyle bir durumda delillerin tesadüfen değil de bilinçli şekilde elde edildiği birçok kez kanıtlanamayacaktır. Burada arama kararı veya emrini veren Hâkim veya Cumhuriyet Savcılarının çok dikkatli olması gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki tesadüfen elde edilen deliller CMK'nın 122. maddesi kapsamındaki kâğıt ve belgeler ise buna ilişkin yukarıda açıklanan kurallar kesinlikle uygulanmalıdır.

ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 354.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 372.

AKSOY; a.g.e. ; s. 132.

Sonuç olarak bu açıklamalar ışığında tesadüfen elde edilen bir delilin muhafaza altına alınıp muhakemede kullanılabilmesi için; hukuka uygun bir aramanın bulunması, el koymanın mümkün olması ve diğer suç bakımından basit suç şüphesinin var olması gerekmektedir¹⁶⁸.

VIII. Özel Arama Halleri:

1. Olay Yeri İncelemesi:

Uygulamada özellikle hırsızlık, cinayet gibi suçlarda eylemin gerçekleştiği yerde parmak izi, DNA profili gibi pek çok delil, iz ve eser kalır. Bunların tespit edilebilmesi için bilimsel yöntemler kullanan uzmanların olay yerinde detaylı inceleme ve araştırma yapmaları gerekir. Bu gibi olayların çözümlenmesi ve maddi gerçeğe ulaşılabilmesi olay yeri incelemesinin olayı tüm yönleriyle açıklığa kavuşturabilecek şekilde yapılabilmesine bağlıdır. Dolayısıyla şüpheli ve sanığın ikrarına muhtaç olmadan hak ve özgürlükleri de koruyarak olayın gerçeğine ulaşmak için olay yeri incelemesi büyük öneme sahiptir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 9. maddesinde olay yeri incelemesi "*suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemleri*" şeklinde tanımlanmıştır. Olay yeri incelemesini bu iş için yetiştirilmiş uzman ekipler yapacaklardır. Bu uzman ekiplere uygun çalışma ortamının sağlanabilmesi adına olaya ilk müdahale eden ekipler derhal olay yerini çevreleyip ilgisiz kişileri olay yerinden uzaklaştırdıktan sonra olay yerinin ilk haliyle kalması için gereken tedbirleri almalıdır. Bu hususu düzenleyen PVSK'nun ek 6. maddesinin 4. fıkrası da şu şekildedir: "*Bir suç işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisini edinen polis, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirir ve Cumhuriyet*

⁶⁸ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, İlker; a.g.e. ; s. 373.

savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerini yapar" Burada olay yeri incelemesi için Cumhuriyet Savcısının emrinin yazılı veya sözlü olmasıyla ilgili bir açıklık olmadığından CMK'nın 161/3 maddesine göre emrin acele hallerde sözlü olarak verilmesi ve daha sonra yazıya dökülmesi yöntemi uygulanmaktadır¹⁶⁹. Gerçekten de ülkemizde nöbetçi Cumhuriyet Savcılarının bir günde temas ettiği olayların fazlalığı dikkate alındığında olay yeri incelemesi için sözlü talimat verilebilmesi bir zorunluluktur. Bu talimatların denetime açık ve detaylı şekilde yazıya dökülmesi daha sonraki kontroller için uygun olacaktır.

Olay yeri incelemesiyle ilgili olarak PVSK'nun aynı maddesinin 8. fıkrasında ilginç bir hükme yer verilmiştir. Buna göre olay yeri dışında kalan ve o suça ilişkin delil elde edilebileceği yönünde kuvvetli kuşku nedeni bulunan konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak işlemler için Ceza Muhakemesi Kanununun arama ve el koymaya ilişkin hükümleri uygulanır. Bu hüküm olmasaydı da bahsi geçen yerlerin aranmasını düzenleyen CMK'nın 117. maddesi yeterli olacaktı. Ayrıca bu aramalar için maddede kuvvetli şüphe bulunması gerektiğinin belirtilmesi CMK'nın arama işlemleri için öngördüğü şüphe dereceleriyle de çelişmektedir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 9. maddesine göre herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda meydana gelen olaylarda olay yeri incelemesi için arama kararı ve emrine gerek yoktur. Kolluk bu gibi yerlerde kendi inisiyatifıyla olay yeri incelemesi yaptırabilecektir. Olayın meydana geldiği yer şüpheliye ait konut, işyeri, bunların eklentileri veya araçsa bu durumda CMK'daki genel hükümler çerçevesinde arama kararı veya emri gerekecektir. Çünkü bu durumda sadece olay yeri incelemesi değil delil elde etme veya şüpheliyi yakalama amaçları da söz konusudur. Adil yargılanma hakkının bir gereği olarak da şüpheliye ait bu gibi yerlerde yapılacak olay yeri incelemesi için arama kararı veya emri gerekmektedir. Olay yeri suçun mağduru veya üçüncü bir kişiye ait konut, işyeri,

eklentileri ve araç ise Yönetmeliğin 9/2. maddesine göre Yönetmeliğin 7. maddesi kapsamında arama kararı veya emri gerekecektir. Burada suçun mağduru olan kimsenin kendisine ait yerde meydana gelen olayla ilgili olarak olay yeri incelemesine rıza göstermesi durumunda aslında arama kararı veya emrine gerek duyulmaması gerekirdi. Zira böyle bir durumda mağdurun lehine bir işlem yapılmakta ve uğramış olduğu haksız eylemin açığa çıkartılıp failin cezalandırılması için çabalanmaktadır. Aslında birçok kez de suçun mağduru kendisi kolluk güçlerine maruz kaldığı suçu bildireceğinden olay yeri incelemesine de rıza gösterecek hatta

170

bunu talep edecektir¹⁷⁰. Dolayısıyla mağdur açısından yapılacak olay yeri incelemesi için rıza olmasına karşın arama kararı veya emrinin gerek olduğu yönündeki düzenleme suçla mücadeleyi zorlaştıran, temel hak ve özgürlükleri ne şekilde koruduğu belli olmayan bir düzenlemedir. Belirtildiği gibi bu incelemelerde mağdur açısından temel hak ve özgürlüklere müdahale olmamasının yanında teknik anlamda da arama değildir. Burada sadece biyolojik ve fiziksel izler aranmaktadır. Buna da mağdurun rıza göstermesi gayet doğaldır. Uygulayıcılar da çoğunlukla bu durumda bir emir ve talimat verilmesinin gereksizliği kanısında olsalar da kolluk her olay yeri incelemesi için nöbetçi Cumhuriyet Savcısından talimat almaktadır.

Olay yeri aynı anda hem şüpheli hem de mağdura aitse mutlaka aramaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Örneğin bir erkek şahsın kendisinin ve ailesinin yaşadığı evde karısını öldürmesi olayında olduğu gibi. Bu gibi olaylarda şüpheliyi yakalama amacı da gündeme geleceğinden yapılacak işlem artık bir aramadır. Bununla birlikte eylem devam ediyorsa ve içeriden yardım isteniyorsa daha önce de açıkladığımız üzere PVSK'nun 1, 2 ve 20. maddeleri ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 5. maddesi uyarınca eylemin devam ettiği yere girmek için karar veya emre gerek yoktur. Bu işin doğasından da kaynaklanmaktadır. Kolluğun derhal müdahale etme yetkisi ve yükümlülüğü vardır. Bu gibi durumlarda artık hukuka uygun olarak suç yerine girildiğinden olay yeri incelemesi de herhangi bir emir ve karara gerek olmadan gerçekleştirilebilecektir¹⁷¹.

AYDIN; a.g.e. ; s. 83.

AYDIN; a.g.e. ; s. 83.

2. Askeri Mahallerde Arama:

CMK'nın 119/5. maddesi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 14. maddesi uyarınca askerî mahallerde yapılacak arama Cumhuriyet Savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir. 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 12, 51 ve 100. maddelerine göre kıta, taktik birlik, idari birlik, karargâh, askeri kurumlar, kışla ve benzeri yerler, ordugâh, konak, ordu evleri, askeri gazinoları ve kışla gazinoları askeri bina olup askeri mahal nitelik ve içeriğini haizdir. Buna göre sadece ve özellikle askerlik hizmetine sunulmuş karargâh, askerlik şubesi, askeri araçlar, askeri birlikler gibi yerler askeri

17 2

mahallerdir . Ancak askeri lojmanlarla ilgili bir açıklık yoktur. Askeri lojmanlar yukarıda bahsedilen karargâh, kıt'a, kışla, birlik gibi yerlerin içindelerse askeri mahal olarak kabul edilmeli, askeri mahal dışında şehir içindeyse askeri mahal

173

sayılmamalıdır . İşte bu açıklanan askeri mahallerde yapılacak adli aramalar Cumhuriyet Savcısının bizzat fiilen katılımıyla yapılacaktır. Ayrıca bu mahallerdeki

174

aramalar polis tarafından değil askeri makamlarca yerine getirilecektir . Maddede yer alan istem kelimesi Cumhuriyet Savcısının askeri makamlardan yapacağı araç, gereç ve personeli ifade etmektedir. Cumhuriyet Savcısı askeri mahalde arama yapılması gerektiği kanısına varırsa Hâkimden karar alacak veya gecikmesinde sakınca varsa kendisi yazılı arama emri düzenleyecektir. Bu karar veya emir

17 5

gereğince arama yapılacağı konusunda ilgili askeri merciden talepte bulunacaktır . Kendilerine arama talebi yapılan askeri makamların bu talebi kabul etmemesi durumunda ne yapılacağına ilişkin olarak mevzuatta bir hüküm yoktur. Böyle bir durumda askeri görevlilerin eylemleri soruşturmayı engellemek, delillerin karartılmasına neden olmak niteliğinde olacağından haklarında gerekli cezai işlem yapılacaktır¹⁷⁶. Talebe hiçbir cevap verilmemesi durumunda da adli görevi ihmal söz konusu olacaktır.

¹² ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 343.

¹⁷³ Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü'nün 200/7 esas 2000/5 karar sayılı içtihadı. (Uyap içtihat programı.)

¹⁷⁴ ŞAFAK, BIÇAK; a.g.e. ; s. 168.

¹⁷⁵ ÇOLAK, TAŞKIN; a.g.e. ; s. 540.

¹⁷⁶ AYDIN; a.g.e. ; s. 84.

Askerlik şubesi gibi ordu ile ilgisi olmayan kimseler tarafından özellikle işgal edilmekte olan askeri mahallerde askeri makamların aramaya katılmasına gerek yoktur¹⁷⁷. Ayrıca askeri makamlar dışında asker kişinin aranması da genel hükümlere göre yapılacaktır. Askeri mahallerde meydana gelen olayla ilgili olay yeri incelemesinin de kamuya tahsis edilmiş alan olması sebebiyle Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrası uygulanacak ancak Cumhuriyet Savcısı gene incelemeye bizzat katılacaktır. Bu durumda da inceleme yapılacak yerin askeri yetkilisinden olay yeri incelemesi talep edilecektir.

Askeri mahallerde askeri suçlarla ilgili yapılacak aramalar Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 66 ve 67. maddelerinde düzenlenmiştir.

Askeri mahaller açısından Cumhuriyet Savcısının bizzat katılacağı şekilde farklı düzenlemelerin getirilmiş olmasının sebepleri askeri düzene uygun olarak askeri mahallerde yapılacak aramalarda amirin bulunmasının işlemleri kolaylaştıracağına, asker kişilerin suça iştirak etmiş olmaları durumunda askeri makamların müdahalesinin mümkün kılınmasına dayanmaktadır.

3. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama:

Günümüzde bilgisayarlar ve internet hayatımızın her alanına girdiği gibi bilgisayar ve internet aracılığı ile işlenen suçlarda büyük artış olmuştur. Gerçekten de uygulamada en çok karşılaşılan suç türleri internet üzerinden sosyal paylaşım siteleri aracılığı ile işlenen suçlardır. İşte kanun koyucu bu alanda işlenen suçlarla mücadeleyi mümkün kılmak için kamusal yararı göz önünde bulundurarak ve bireylerin özel hayatlarına ilişkin haklarını korumak adına CMK'nın 134. maddesinde bilgisayarlarda yapılan aramayı özel olarak düzenlemiş ve belli koşullara bağlamıştır. CMK'nın 134. maddesi şüpheli ve sanığın kullandığı bilgisayar, bilgisayar programı ve kütüklerinde arama yapılmasına imkân tanımış ancak

CMK'nın 117. maddesinin aksine suç şüphesi altında bulunmayan kişilerle ilgili arama yapılmasını kabul etmemiştir.

CMK'nın 134/1. maddesine göre bilgisayarlarda arama yapılabilmesi için her şeyden önce başka biçimde delil elde etme imkânının bulunmaması gerekir. Bu yüzden bilgisayarlarda arama yoluna başvurmadan önce tüm soruşturma işlemleri yapılmalı ancak herhangi bir bulguya ulaşılamazsa bu yola başvurulmalıdır. Bilgisayar kütüklerinde arama kararını Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine ancak Hâkim verebilir. Bu Hâkim soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkimidir. Gecikmede sakınca olsa bile Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amiri bu hususta yazılı emir düzenleyemeyecektir.

CMK'nın 134. maddesinin lafzından sadece soruşturma aşamasında bu tedbire başvurulabileceği anlamı çıksa da CMK' da yargılama sırasında delil toplanmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığından, hatta mahkeme re'sen araştırma yetkisine sahip olduğundan kovuşturma evresinde de bu tedbire başvurulabilmesi mümkün olmalıdır¹⁷⁸.

Bilgisayar kütüklerinde yapılan aramada bilgisayar içinde bulunan tüm programlar açılarak içerisine bakılır. CMK'nın 134. maddesinde bu tedbire başvurma şartı olarak herhangi bir şüphe durumu öngörülmemişse de bu işlemin yapılabilmesi için açılacak olan dosyada iddiaya konu olayla ilgili delil bulma ihtimalini gösteren makul şüphe bulunmalıdır.¹⁷⁹ Bir kişiye ait bilgisayarın hafızasında kayıtlı tüm

¹⁷⁸ ŞAHİN; a.g.e; s. 251.

¹⁷⁹ Düzenleme böyle iken çalışmamız sırasında 6 Mart 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6526 sayılı yasanın 9. maddesi ile CMK'nın 116. maddesi değiştirilmiş olup, yeni düzenlemeye göre artık bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma tedbirine suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde başvurulabilecektir. İlk bakışta yeni düzenlemenin adli soruşturmalar açısından delil elde etmeyi zorlaştırdığı söylenebilir. Amacı maddi gerçeği açığa çıkarmak olan ceza muhakemesi uygulamasında en çok başvurulanan koruma tedbirlerinden olan bilgisayarlarda, programlarda ve bilgisayar kütüklerinde adli arama için somut delillere dayanan kuvvetli şüphe bulunması şartı aslında kendi içinde çelişkili gibi gözükmemektedir. Zira adli bir soruşturma dosyası kapsamında iddiaya konu eylemle ilgili şüpheli hakkında somut deliller ve bu delillere dayanan kuvvetli şüphe söz konusuysa zaten daha fazla delil elde etmeye gerek bulunmadığından kamu davası doğrudan açılabilir ve CMK'nın 134. maddesi kapsamında arama da yapmaya gerek yoktur. Adli aramanın en önemli amacı zaten somut delilleri elde etmek olduğu halde arama tedbirinin somut deliller var ise yapılacağına düzenlenmiş

dosyaların hiçbir şüphe yokken veya aranan veriye ulaşılmışken tek tek açılıp delil aranması özel hayatın gizliliğine ve dolayısıyla hukuka aykırı olacaktır¹⁸⁰.

CMK'nın 134. maddesinde bahsi geçen sisteme girilmesi, bu sistemde kayıtlı veriler üzerinde araştırma yapılması, verilerin kopyalanması ve bunlara el konulması ile bilgisayar sisteminin tamamına el konulması ayrı işlemler olduğundan arama kararında bunların ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte örneğin bir konutta yapılacak arama için Hâkimden arama talep edildiği durumda arama yapılacak evde bilgisayar bulunduğu biliniyor ve bu bilgisayar üzerinde de arama yapılmasına dair şartlar varsa mutlaka Hâkimden bu hususta da aynı karar içinde ayrı bir hüküm talep edilmelidir.

4. Aranan Kişinin Sıfatı Gereğince Özellik Arz Eden Durumlar:

4.1. Cumhurbaşkanı

Anayasa'nın 105. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı vatana ihanet suçu dışında göreviyle ilgili hususlarda sorumsuzdur. Bu sorumsuzluğu Cumhurbaşkanı hakkında ceza soruşturması yapılmasını ve bu soruşturma kapsamında koruma tedbirlerinin uygulanmasını engeller. Bir koruma tedbiri olan arama işlemine de göreviyle ilgili olarak Cumhurbaşkanı hakkında uygulanamayacaktır. Cumhurbaşkanı'nın görevi ile ilgili olmayan kişisel suçlarıyla ilgili sorumsuzluğu

olması bu açıdan çelişkili gözükmemektedir. Mevcut düzenlemenin bu haliyle uygulamada birçok soruşturmada delil elde imkânı kalmamaktadır. Diğer yandan temel hak ve hürriyetlere müdahale ve anayasal özgürlüklerin istisnası olan adli arama için makul şüphenin ötesinde kuvvetli şüphe şartının öngörülmüş olması hukuk devleti, özel hayatın gizliliği ve ölçülülük ilkeleri açısından olumlu bir gelişmedir. Ancak bu olumlu gelişmeyle birlikte maddi gerçeğin açığa çıkarılması dengesinin bozulmaması adına kolluk güçlerinin her olayda kuvvetli şüpheyi oluşturabilecek somut delilleri elde etme konusunda başarıyla çalışabilecek şekilde teknik olarak donatılmış olmalı ve basit soruşturmalarda bile arama yapılmasını sağlayacak kuvvetli şüpheyi Cumhuriyet Savcısına sunabilmelidir. Bu açıklamalarımızla birlikte değişiklik çok yeni olduğundan ve uygulamada ne gibi olumlu veya olumsuz sonuçlara yol açacağı henüz bilinmediğinden burada sadece bilgisayarlarda, bilgisayar kütüklerinde ve programlarında arama tedbirinin artık somut delillere dayanan kuvvetli şüphe söz konusuysa yapılabileceğini belirtmekle yetiniyoruz. (Yasal düzenlemeye paralel olarak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde de henüz bir değişiklik yapılmamıştır. Değişiklik sonrası CMK hükümleri ile yönetmelik tamamen birbiriyle çelişir hale gelmiştir. Yönetmeliğin de bir an önce CMK'ya paralel şekilde güncellenmesi gerekmektedir.)

¹⁸⁰ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1099.

veya dokunulmazlığı olup olmadığına dair Anayasa'da bir hüküm yoktur. Kanımca Cumhurbaşkanlığı makamının Devlet'in başı olması, Türkiye Cumhuriyeti ve Türk Milletini temsil etmesi sebepleriyle sahip olduğu yücelik karşısında bir Cumhurbaşkanının kanunun suç saydığı bir fiili kişisel olarak işlemeyeceğine olan güven duygusuyla kanun koyucu bu hususta bir kural getirmemiştir. Gerçekten de hem hukuki olarak hem de toplumun nezdinde en yüksek makam olan Cumhurbaşkanının kişisel suç işlemesi toplumda da infial uyandıracaktır. Bu sebeptendir ki Anayasa'da bu konuda bir husus yoktur. Dolayısıyla göreviyle ilgili sorumsuzluğu da dikkate alındığında Cumhurbaşkanı hakkında hiçbir şekilde arama işlemi yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Öte yandan eğer Cumhurbaşkanının bulunduğu yerde bir arama yapılacaksa CMK'nın 117. maddesi uyarınca yapılacak arama Cumhurbaşkanlığı makamına bildirilmeli ve sonucuna göre işlem yapılmalıdır. Örneğin Cumhurbaşkanlığı köşkünün bahçesine ruhsatsız bir silah atılması bilgisi üzerine bu silahın ele

181

geçirilmesi durumunda olduğu gibi¹⁸¹.

4.2. Milletvekilleri

Anayasa'nın 83/2. maddesine göre seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılamaz. Görüldüğü gibi burada milletvekillerinin maruz bırakılmayacakları ceza muhakemesi işlemleri tahdidi şekilde sayılmıştır. Bu işlemler arasında arama tedbirinden bahsedilmemiş olması milletvekilleri hakkında arama işlemi yapılabileceğini göstermektedir. Milletvekilinin bir suç işlediği şüphesinin ve diğer koşulların bulunması halinde aranmasında anayasal bir engel

182

bulunmamaktadır. O halde hakkında soruşturma yürütülebilecek olan milletvekili ile ilgili olarak deliller toplanacak ve dokunulmazlığın kaldırılması için sunulacak fezlekedede bu deliller belirtilecektir. Milletvekilinin dokunulmazlığı ile ilgili karar verilirken bu deliller dikkate alınacaktır. Bu nedenle milletvekili hakkında yapılan

¹⁸¹ AYDIN; a.g.e. ; s. 87.

¹⁸² ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 318.

soruşturma sırasında delil toplamaya yönelik olarak arama yapılabilir. Hukuka uygun şekilde verilmiş bir arama kararı veya emri doğrultusunda milletvekilinin evinde ve aracında arama yapılabilir. Bununla birlikte üst araması Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 27/1. maddesine göre yakalama sayılmadığından milletvekilinin üstü de aranabilmelidir.

4.3. Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 88. maddesine göre ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığı'na derhal bildirilir. Buna göre ağır ceza gerektiren suçüstü hali dışında hâkimler ve savcılarının konutu ve üstü aranamayacaktır. Böyle bir arama yapılması ancak Adalet Bakanı'nın izniyle mümkün olur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu konuyla ilgili bir kararında; hakkında birçok yakalama ve tutuklama emri bulunan bir şahsın bir Cumhuriyet Savcısının evinde olduğunun haber alınması üzerine Adalet Bakanlığı'ndan izin alınmaksızın Cumhuriyet Başsavcısı söz konusu Savcının evinde aranan şahsı yakalamak için arama yaptırmasının görevi ihmal kapsamında hukuka aykırı olduğuna karar vermiş ve 2802 sayılı yasanın 88. maddesindeki düzenleme uyarınca ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında hiçbir Hâkim ve Cumhuriyet Savcısının evinin ve üzerinin aranmasının Adalet Bakanlığı'ndan izin alınmaksızın mümkün olmadığını belirtmiştir¹⁸³.

Kural bu olmakla birlikte bir Cumhuriyet Savcısı veya Hâkim CMK'nın 117. maddesindeki diğer kişiler kapsamında aranabilecektir. Bir Cumhuriyet Savcısı veya Hâkim suçun mağduruysa veya suçun tarafı olmayıp suça temas etmişse hakkında arama uygulanabilmelidir. Çünkü 2802 sayılı yasanın ilgili hükmü suç şüphesi altında olan Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları hakkındaki aramayı düzenlemektedir. Örneğin bir Hâkimin evi soyulmuşsa evde arama ve olay yeri incelemesi yapılması

¹⁸³ YCGK'nun 11.03.2003 tarihli ve 2003/4-40 esas, 2003/38 karar sayılı içtihadı. (Meşe içtihat programı)

için Adalet Bakanı'nın izni gerekmeyecektir çünkü burada Hâkim suçun mağdurudur ve suçluların bulunması için evinde inceleme yapılması Hâkimin lehinedir .

184

6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 9/3-ç maddesine göre Hâkim ve savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemedikleri, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığı yönünde yapılacak araştırma ve incelemelerin Kurul müfettişleri veya müfettiş yetkilerini haiz kıdemli hâkim veya savcı eliyle yaptırılacaktır. Aynı Yasa'nın 17/2-b maddesine göre de kurul müfettişlerinin yapacakları inceleme ve araştırmalarda Cumhuriyet Savcılarının yetkilerine sahip oldukları ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerle ilgili yetkilerin bunun dışında olduğu belirtilmiştir. Buna göre bir Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı hakkında soruşturma yürüten müfettişin arama tedbiri için mutlaka işlemin yapılacağı yerdeki Sulh Ceza Hâkiminden arama kararı alması gerekmektedir.

4.4. Diplomatik Dokunulmazlığı Bulunanlar

Bilindiği gibi devletlerarası ilişkiler bir devletin yabancı bir devlette bulundurduğu büyükelçiler, elçiler, ortaelçiler ve maslahatgözarlar gibi diplomasi temsilcileri aracılığı yürütülmektedir. Bu sebeple bu kişilerin görevlerini baskı altında kalmadan ve gereği gibi yerine getirebilmeleri için bazı dokunulmazlıklar tanınmıştır. 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin 22. maddesinde bu diplomatik dokunulmazlığa sahip kişilerin özel konutu, eşyası ve üzerinin suç şüphesiyle aranamayacakları gibi CMK'nın 117. maddesinde yer alan diğer kişiler kapsamında da aranmayacağı, arama işlemi için ilgili diplomatik temsilcilikle iletişime geçilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla böyle bir durumda arama kararı veya emrini konsolosluga bildirmekten başka yapılabilecek bir şey yoktur. Bu noktada doğacak bir anlaşmazlıkla sorun uluslararası hukuk kuralları kapsamında karşılıklı anlaşmayla çözülecektir.

4.5. Noterler

Noterlik Kanunu'nun 153. maddesine göre noterlerin görevleri nedeniyle veya görevi sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi olduğundan bu izin alınmadan soruşturma işlemleri de yapılamayacaktır. Dolayısıyla noterlerin görev suçları sebebiyle dairelerinde, konutlarında, üstlerinde ve eşyalarında arama yapılabilmesi için Adalet Bakanının izni gerekmektedir. Gerçi bu düzenlemeye göre izin istemek için gerekli olan deliller arama yapılmadığı için toplanamayacaktır ancak hüküm açık şekilde izin verilmeden soruşturma yapılamayacağını düzenlemiştir. Örneğin 4483 sayılı yasanın 4. maddesine göre devlet memurlarıyla ilgili suç duyurularında Cumhuriyet Savcısının kaybolma ihtimali olan delilleri ivedilikle toplayıp ardından soruşturma izni isteyeceği düzenlenmişken noterler açısından izin alınmadan hiçbir işlem yapılamayacağını düzenlenmiş olması birçok durumda delil elde etmeye imkân vermeyecektir. Bununla birlikte noterlerin kişisel suçlarıyla ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri açısından soruşturma genel hükümlere göre yapılacağından arama işlemleri de genel hükümlere tabidir. (Noterlik Kanunu m. 156)

4.6. Avukatlar

TCK'nın 6/1-d maddesine göre avukatlar "*yargı görevini yapan*" kavramı içinde Hâkimler ve Cumhuriyet savcılarını ile birlikte anılmıştır. Dolayısıyla avukatlar da yargı görevini yürüten diğer kişiler gibi arama tedbiri açısından bazı ayrıcalıklara tabi tutulmuştur. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi ile CMK'nın 130. maddesi bu hususu düzenlemiştir. CMK'nın 130. maddesinin gerekçesinde avukatlar açısından istisnai usul hükümleri getirilmesinin temel nedeninin savunma hakkının sağlam tutulması olduğu, avukat ve müvekkilleri arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesinin, savunma hakkını sağlam tutmanın ve avukatın mesleki

185

sırlarının korunmasının temel koşulu olduğu belirtilmiştir¹⁸⁵. Avukatlar savunma ve temsil görevleri sebebiyle müvekkillerinin ailevi ve ticari sırlarına vakıf olurlar, bu

hususlardaki belgeleri bürolarında bulundururlar. Avukatların bürolarında bu gibi ispata yönelik eşyaların, evrakların bulunması doğaldır. Avukatın bürosuna sunulmuş bir delil artık yargılama sürecinde değerlendirilecektir ve adil yargılanmanın teminatı altına girmiştir. Dolayısıyla bu belgelerin ve delillerin avukatın sır saklama yükümlülüğüne rağmen el değiştirmesi avukatı mesleğini ifa edemez hale getirecektir. Ayrıca müvekkillerin avukatın bürosunun aranabileceğine dair düşüncesi de avukata güveni azaltacak ve savunma özgürlüğünü engelleyecektir. Zira savunma özgürlüğü istenilen delilin avukata getirilebilmesi imkânını ifade eder. Kişi büroya delil getirmekten çekinirse savunma hakkı sınırlanmış olacaktır¹⁸⁶. Bütün bu sebeplerden dolayı avukatlar açısından arama tedbiri konusunda özel hükümler öngörülmüştür. Bu hükümlerdeki teminat avukat açısından olduğu kadar onun savunmasını üstlendiği müvekkilinin savunma hakkının korunması açısından da önemlidir. CMK' da avukatların müvekkillerine ait sırlarına ve savunmaya ilişkin belgelerin bulunmasının olağan olduğu bürolarının aranmasıyla özel hükümler öngörülmüşken avukatın konutu açısından CMK' da özel bir düzenleme mevcut değildir¹⁸⁷. Avukatların konutları Avukatlık Kanunu'nda dikkate alınmıştır.

CMK'nın 130. maddesinin 1. fıkrası; *"Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur."*, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin 1. fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri ise; *"Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz."* şeklindedir.

Bu iki düzenlemenin kapsamaları farklıdır. Şöyle ki; CMK' da sadece avukatın bürosunda yapılan arama dikkate alınmışken Avukatlık Kanunu'nda avukatın bürosunun yanında konutu ve üzerindeki aramalar da kapsama dâhildir. CMK' da kişisel veya görev suçu ayrımı yapılmamışken Avukatlık Kanunu 58. maddenin ilk

¹⁸⁶ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 341.

¹⁸⁷ CENTEL, ZAFER; a.g.e. ; s. 297.

cümlesi dikkate alındığında düzenlemeyi sadece avukatların görev suçları açısından ele almıştır. Bu farklılıklar yanında her iki hükümde de avukatların büroları ve konutlarındaki aramaların Cumhuriyet Savcısının gözetiminde baro başkanı veya görevlendireceği temsilcisinin katılımıyla gerçekleştirileceği düzenlenmiştir¹⁸⁸.

Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde avukatın konutu için sadece görev suçu açısından özel düzenleme öngörüldüğünden ve CMK'nın 130. maddesinde de avukatların konutları düzenlemeye dâhil edilmediğinden bir avukatın konutunun kişisel suçu açısından aranması genel hükümlere tabidir. Ancak avukatın görev suçu için konutunda yapılacak arama Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesine göre mutlaka Hâkim kararıyla ve Cumhuriyet Savcısının gözetiminde ve baro temsilcisinin katılımıyla gerçekleştirilecektir. Bunlar emredici hükümler olması hasebiyle birinin eksik olması aramayı hukuka aykırı hale getirecek ve elde edilen deliller yargılamada kullanılamayacaktır. Bu düzenlemelere göre Cumhuriyet Savcısı da görev suçu sebebiyle avukatın konutunda gecikmesinde sakınca bulunan hal sebebiyle arama emri veremeyecektir.

Avukatların büroları açısından ise CMK'nın 130. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi koşuttur. Avukatlık Kanunu avukatın bürosundaki aramayı sadece görev suçu açısından ele almışken CMK kişisel suç ve görev suçu ayrımı yapmadan bir bütün olarak ele almıştır. Dolayısıyla avukatların bürolarında ister görev suçları isterse kişisel suçları sebebiyle arama yapılsın her iki durumda da mutlaka Hâkim kararı gerekecek ve arama Cumhuriyet Savcısının gözetiminde baro başkanı veya baro temsilcisinin katılımıyla yapılacaktır. Dolayısıyla Cumhuriyet Savcısı bir avukatın bürosuyla ilgili hem görev suçu hem de kişisel suçu açısından gecikmesinde sakınca bulunan hal sebebiyle arama emri veremeyecektir.

Kısaca özetlemek gerekirse avukatların büroları gerek kişisel suçları ve gerekse de görev suçları bakımından özel düzenlemeye tabi tutulmuşken konutları sadece görev suçları bakımından özel düzenlemeye tabi tutulmuştur¹⁸⁹.

Hem CMK' da hem de Avukatlık Kanunu'nda arama hususunda —*müdafî*” yerine —*avukat*’ teriminin kullanılmış olması düzenlemelerin sadece belli bir ceza davası avukatı için değil tüm avukatlar için güvence sağlaması açısından önemlidir¹⁹⁰.

Avukatlık Kanunu, arama açısından bu özel düzenlemeyi görev suçları temelinde yapmış olduğundan suç şüphesi altındaki avukatların büroları ve konutlarının nasıl aranacağı belirlenmiştir. Hâlbuki CMK' da herhangi bir suç ayırımına yer verilmediği gibi suç şüphesi altındaki avukatlardan da bahsedilmemiştir. Dolayısıyla CMK'nın 130. maddesine göre aranacak avukatlar hem suç şüphesi altındaki avukatlar hem de CMK'nın 117. maddesinde yer alan diğer kişiler kapsamındaki avukatlardır. Örneğin hakkında yakalama kararı bulunan bir kişi avukat bürosundayken bu şahsın yakalanabilmesi için CMK'nın 117. ve 130. maddelerine uygun olarak arama yapılabilmelidir. Ancak öğretilerde savunma özgürlüğü ve avukata olan güven düşünceleri sebebiyle bunun uygulanmaması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁹¹. Kanımca CMK'nın 130. maddesi şüpheli ve sanık ayırımı içermediğinden böyle bir aramaya olanak sağlamaktadır. Yeter ki şekil kurallarına uyulsun.

Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde avukatların üzerlerinin aranması ile ilgili de özel bir düzenleme mevcuttur; buna göre ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üstünün aranmayacağı düzenlenmiştir. Bu noktada üst araması yapılan bir yere girmek isteyen bir avukat üzerini bu hükme dayanarak aratmak istemediğinde bu yere de giremeyecektir. Örneğin spor karşılaşmaları ve

AYDIN; a.g.e. ; s. 91.

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1090.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 341.

miting alanlarında olduğu gibi . Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesindeki bu düzenleme adli aramalar açısından öngörüldüğünden önleme aramaları bakımından avukatlar diğer vatandaşlar gibi aranabilir ¹⁹³ .

Avukatların aranmalarına ilişkin bu özel düzenlemelerde yer alan istisnalar dışında aramanın genel hükümleri avukatlar açısından da uygulama alanı bulacaktır. Örneğin makul şüphe ve gece vakti arama yapılamaması gibi kurallar aynen avukatlar açısından da uygulanacaktır.

Hem Avukatlık Kanunu hem de CMK' da bahsi geçen yazıhane ve büro kavramları Avukatlık Kanunu'na göre belirlenecektir. Bunun için baro başkanlığından bilgi istenebilir. Avukatlık Kanunu'nun 43. maddesine göre her avukatın sadece bir tane bürosu olduğu gibi bu büroyu da mutlaka baroya bildirmelidir. Avukat bürosunu aynı zamanda konutu olarak kullansa da burayı büro olarak kabul etmek gerekir. Uygulamada belirsizlikler söz konusu olduğunda, örneğin avukat bürosunu yeni taşıdığına ve baroya da henüz durumu bildirmediğinde aranacak yerin fiilen avukatlık bürosu olarak kullanılıp kullanılmadığının tespiti yeterli olacaktır.

Hem CMK' da hem de Avukatlık Kanunu'nda avukatlarla ilgili yapılacak aramalar için özel işlem tanıkları öngörülmüştür. Bunlar baro başkanları veya görevlendirecekleri baro temsilcisidir. Arama yapılacak yerin bağlı bulunduğu baro başkanı ya bizzat aramada hazır bulunacak ya da baro levhasına kayıtlı bir avukatı temsilcisi olarak aramada hazır edecektir.

Arama sırasında ele geçirilen belgelerin incelenmesi konusuna daha önce değinmiştik¹⁹⁴. CMK' nın 130. maddesinin ikinci fıkrasına göre arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki

AYDIN; a.g.e. ; s. 92.

AKSOY; a.g.e. ; s. 116.

Bkz. s. 101 vd.

meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Buna göre aramaya bizzat katılan Cumhuriyet Savcısı söz konusu belgeleri ilk aşamada inceleyemeyecektir. Bu usul postada el koyma için de geçerlidir.

AIHM'nin 16.12.1992 tarihli Niemietz/Almanya davasında verdiği kararda özetle; avukatlık bürolarının AIHS'nin 8. maddesindeki mesken ve yazışma kavramına dâhil olduğu, avukat bürosundaki arama yasal bir amaçla yapılmış olsa dahi arama emri genel ifadelerle geçirilmiş, özel bir arama yöntemi öngörülmemiş ve meslek sırrına ağır bir saldırı oluşturuyorsa yasa dışı kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁹⁵. Buna göre meslek sırrına saldırı ölçüsüne varan avukat bürosunun aranması savunma görevinin yerine getirilmesini, avukatların meslek onurunu, müvekkili ve kamuoyu önündeki durumunu olumsuz yönde etkileyeceğinden bu aramalar mutlaka sıkı şartlara tabi tutulmalıdır. Ceza Muhakemesi sistemimizde yer bu husustaki şartlar yukarıda açıklanmıştır.

5. Siyasi Partiler, Sendikalar, Dernekler ve Üniversitelerin Aranması:

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda siyasi parti binalarında, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda da sendika binalarında yapılacak aramayla ilgili özel hükümler bulunmamaktadır. Ancak Siyasi Partiler Kanunu'nun 121. ve Sendikalar Kanunu'nun 63. maddeleri uyarınca bu kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde Dernekler Kanunu'nun uygulanacağı belirtilmiştir. 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 20. maddesinde ise sadece önleme aramaları için özel düzenlemelere yer verilmiş, adli aramalar açısından bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla siyasi

parti, sendika ve dernek binaları ile eklentilerinde yapılacak aramalarda genel hükümler geçerli olacaktır.

Üniversiteler için de durum farklı değildir. Mevzuatta üniversitelerde yapılacak adli aramalar için özel bir düzenleme mevcut değildir. PVSK'nun 20/2. maddesinde suç ve suçluların kovuşturulması için her zaman izin ve davet gerekmeksizin Üniversite binaları ve eklentilerine polisin girebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla üniversitelerdeki adli aramalar da genel hükümlere tabidir ve emniyet güçleri aramayı bu madde doğrultusunda yapabilecektir.

IX. Aramanın Sona Ermesi

Arama daha önce de belirtildiği üzere ya delillerin elde edilmesi ya da şüphelinin yakalanması için yapılacağından aranan kişinin bulunması veya aranan delilin ele geçirilmesi üzerine ya da aranan kişi ve delilin aranan yerde bulunmadığının anlaşılmasıyla arama sona erecektir. Arama sona erince CMK ve Arama Yönetmeliği'ne göre bazı usul işlemleri yapılmalıdır.

1. Arama Sonunda Verilecek Belge:

CMK'nın 121. maddesine göre aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 116 ve 117. maddelere göre yapıldığını ve 116. maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 12. maddesinde de CMK'nın bu hükmüne koşut şekilde verilecek belgenin neler içereceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi her şeyden önce bahsi geçen belgenin verilebilmesi için arama işlemine maruz kalan şüpheli, sanık veya üçüncü kişi tarafından bu yönde bir talep gelmesi gereklidir. Ayrıca CMK'nın 121. maddesine göre el konulan ve koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve belge verilmesi için de ayrı bir istemde bulunulması gerekir. CMK'nın 121/2 ve Yönetmeliğin 12/2-e maddelerine göre bu belge ve defterlerde hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin el konulan eşyanın sahipliğine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilir¹⁹⁶.

Aramaya maruz kalan kişinin talebi üzerine verilecek belgede aramanın muhatabına göre CMK'nın 116. maddesine göre mi yoksa 117. maddesine göre mi yapıldığı yazılır. Aramaya maruz kalan kişi bizzat suçun şüphelisi veya sanığı ise bu belgede soruşturma ve kovuşturma konusu fiilin niteliği de belirtilir. Aramanın muhatabı kim olursa olsun aramanın delil elde etme amacıyla mı yoksa şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla mı yapıldığı da belgede yer almalıdır. Aramada el konulacak bir şeye rastlanılmamış olması durumunda bu husus ta belgede dile getirilir. (CMK 121, Yönetmelik 12. madde.)

Aramanın muhatabı yerine temsilcisi, mümeyyiz hısmı veya komşusunun aramada hazır bulunduğu durumlarda bu kişilerin talepleri üzerine de bahsi geçen belge verilmelidir. Belgeyi verecek kişi arama işlemi yürüten kolluk görevlisidir. Kolluk tarafından verilecek bu belge, aramayı uygulayan görevlilerin kontrolünü ve aranan kişilerin hukuka uygun işlem yapıldığına dair güvenlerini sağlamak için verilmektedir. Dolayısıyla talep halinde eksiksiz biçimde ve en kısa sürede

19 7

düzenlenip ilgisine verilmelidir¹⁹⁷.

2. Arama Tutanağı:

CMK'nın 169. maddesine göre her soruşturma işlemi tutanağa bağlanmalı, adli kolluk görevlileri de yaptıkları soruşturma işlemleri için tutanak tutmalıdırlar. CMK'nın arama tedbirine ilişkin 119/3. maddesinde de arama tutanağında işlemi

¹⁹⁶ AKSOY; a.g.e. ; s. 128.

¹⁹⁷ ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Ankara 2006; s. 348.

yapanların açık kimliklerinin yazılacağı belirtilmiştir. Bu hükümler ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 11/1. maddesine göre yapılan adli arama sonucunda bir tutanak düzenlenir ve tutanak aramaya katılanlar tarafından imzalanır. Arama tutanağı aramanın baştan sona anlatılması şeklinde düzenlenir. Bu şekilde özellikle aramaya katılmayan Cumhuriyet Savcısı aramanın ne şekilde yapıldığından bilgi sahibi olur. Arama işlemine karşı yapılacak itirazlar da bu tutanağa göre çözümlenir. Arama tutanağı mutlaka gerçeği yansıtmalı, işleme katılmayan kişilerce imzalanmamalı, imza atan kişiler işlemin belirli bir kısmına katılmışlar ise bu kısımlar ayrıca ve açıkça gösterilmelidir¹⁹⁸. Aramada hazır bulunanlardan özellikle aramanın muhatabı ve tanıları tutanağı imzalamak istemezlerse bu husus ve nedeni tutanakta belirtilir. (CMK 169/6)

198

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 11. maddesi göre arama tutanağında;

"a) Arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci,

b) Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat,

c) Aramanın konusu,

d) Aranılan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri,

e) Araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, su üstü aracının aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullananı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatanı, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevki,

f) Aramanın sonuçları, el konulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler,

g) Aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri,

h) Arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği,

i) Arama işlemi yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı, " hususları yer alır.

Bu şekilde hazırlanan tutanağın bir örneği Yönetmeliğin 11/3. maddesine göre arama işleminin ilgisine istemi aranmaksızın verilir. Bu ilgili aramaya bizzat maruz kalan şüpheli, sanık veya üçüncü kişi ile bu kişiler hazır değilse yerlerine aramada hazır bulunan kişiler, bu kişiler de yoksa arama tanıklarındır. Tutanağın örneği kime veriliyorsa bu da tutanakta belirtilmelidir. Arama sonunda CMK'nın 121. maddesine göre düzenlenen belge istem üzerine verilse de görüldüğü gibi burada arama tutanağının istem aranmaksızın veriliyor olması CMK'nın 121. maddesindeki belgenin istem üzerinde verilmesinin hukuka aykırı bir durum olmadığını göstermektedir. Nitekim her halde kişiye arama işlemlerini detaylarıyla açıklayan arama tutanağından bir örnek verilecektir.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 10/3-f maddesine göre terör suçlarıyla ilgili arama tutanaklarına ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır¹⁹⁹. Orman suçları ve Kaçakçılık suçlarında aranan ve ele geçirilen eşyalar özellik arz ettiğinden bu konulardaki arama işlemleri kendi kanunlarında öngörüldüğü şekilde tutanağa bağlanmalıdır. Örneğin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 20/1-b maddesine göre bu kanun kapsamında yapılacak aramada suç konusu eşya ve taşıma araçlarının ayrıntılı olarak türü, kapsamı, miktar ve nitelikleri ile nerede ve ne suretle el konulduklarının da tutanakta yer alması gerekmektedir.

X. Arama Kararı ve Emrine Karşı Kanun Yolları

Bilindiği gibi CMK'nın 267. maddesine göre Hâkim kararları ile kanun tarafından açıkça düzenlendiği hallerde Mahkeme kararlarına karşı itiraz edilebilir. Dolayısıyla soruşturma aşamasında Sulh Ceza Hâkimi tarafından verilen arama kararına CMK'nın 268. maddesi uyarınca itiraz etmek mümkündür. Ancak yargılama aşamasında Mahkeme tarafından verilen arama kararına itiraz edilemeyecektir. Çünkü bu hususta CMK'nın 267. maddesi doğrultusunda özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu noktada Mahkeme tarafından verilen arama kararına karşı CMK'nın

¹⁹⁹ŞAHİN; a.g.e; s. 249.

287. maddesine hükme esas teşkil etmesi durumunda hükümlerle birlikte temyiz yoluna başvurulabilecektir.

Soruşturma aşamasında Sulh Ceza Hâkimi tarafından verilen arama kararına karşı ilgili kararı öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde kararı veren Hâkim nezdinde itiraz edebilir. İtiraz usulü ve itirazı inceleyecekler CMK'nın 268. maddesinde düzenlenmiştir. Hâkim itirazı yerinde görürse kararı kaldırır ancak itirazı yerinde görmezse itiraz konusunda bir karar vermek üzere evrakı CMK'nın 268/3. maddesinde belirtilen mercie gönderir. Arama kararı işin niteliği gereği gizli bir karar olduğundan ve ilgisine tebligat yapılamayacağından ilgili aramadan ve karardan arama sırasında haberdar olmaktadır. Kişinin önceden arama kararından haberdar olması zaten aramayı sonuçsuz bırakacaktır. İşte bu şekilde arama sırasında olsa da arama kararına vakıf olan ilgili bu karara ve icrasına itiraz edebilir. Kişinin arama devam ederken derhal yapacağı itiraz CMK'nın 269. maddesinde göre kararın yerine getirilmesini engellemeyecektir. Bunun için itirazı inceleyen merciin ayrı bir durdurma kararı vermesi gerekir.

Soruşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan hal sebebiyle Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amiri tarafından verilen arama emri üzerine el koyma işlemi yapılmışsa daha sonra açıklanacağı üzere 24 saat için bu işlemlerin Hâkim onayına sunulması gerekecektir. İşte Hâkim tarafından bu hususta verilecek karara karşı duruma göre Cumhuriyet Savcısı veya ilgili itiraz yoluna başvurabilecektir. El koyma işlemi onaylanırsa ilgili, onaylanmazsa Savcı itiraz edebilir. Hem onay sırasında hem de üzerine yapılan itirazda işlemlerin hukuka uygunluğu denetlenecektir. Ancak bu şekildeki arama işlemi üzerine el koyma yapılmamışsa bilindiği gibi CMK'ya göre arama işleminin Hâkim onayına sunulmasına gerek yoktur. Bazı yazarlara göre Anayasa'nın 20, 21 ve 22. maddelerinde el koyma yapılmaya bile arama emrinin Hâkim onayına sunulması düzenlenmiş olduğundan bu durumda bile arama işleminin 24 saat içerisinde Hâkim onayına sunulması gerektiği savunulmaktadır²⁰⁰.

CMK' da aramanın el koyma ile sonuçlanmaması durumunda Hâkim onayına sunulmasına yönelik var olan boşluk Anayasa'nın belirtilen hükümlerle doldurulabilir ise de; kanımca aramanın el koyma ile sonuçlanmadığı durumlarda yargılamada kullanılacak bir delil mevcut olmadığından onaya sunma durumunda hukuka uygunluğu veya aykırılığı tespit edilecek bir bulgu da söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla aramanın hukuka uygunluğu veya aykırılığının tespiti o soruşturma ve tabii ki yargılamadaki hükme esas teşkil etmemesi açısından bir sonuç doğurmayacaktır çünkü belirttiğimiz gibi kullanılacak bir delil ele geçirilememiştir. Bu noktada iddia edilebilecek tek şey aramanın icrasının hukuka aykırı olduğudur ki bu da birçok durumda suç teşkil edeceğinden bu ayrı bir suç duyurusuyla ayrı bir soruşturmanın konusunu oluşturmalıdır. Örneğin bir soruşturma kapsamında gecikmesinde sakınca bulunan hal sebebiyle Savcı tarafından verilen arama emrinin icrası sırasında kolluk güçlerinin orantısız güç kullandıkları iddia edilir ise arama işlemi geçerli olmaya devam edecek ancak orantısız güç kullanan kolluk görevlileri açısından ayrı bir soruşturma söz konusu olacaktır ve arama işleminin icrasındaki hukuka aykırılıklar bu soruşturmada tespit edilip kamu davasıyla Mahkemeye sunulacaktır. Bu açıklamalar ışığında el koyma ile sonuçlanmayan arama işlemlerinin Hâkim onayına sunulmasının, iddiaya konu olayla ilgili soruşturma açısından bir faydası bulunmadığından gerek olmadığı kanaatindeyim. Zaten CMK düzenlemesi de bu yöndedir. Anayasa ile belirlenen çerçeve özel kanun olan CMK ile bu yönde doldurulmuştur.

XI. Hukuka Aykırı Arama ve Sonuçları

1. Ceza Muhakemesi Hukukumuz Açısından Hukuka Aykırı Arama:

Ceza muhakemesi sistemimizde maddi gerçeği araştırmanın bir sonucu olarak hukuka uygun elde edilmiş her delilin iddiaya konu olayın aydınlatılması için kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Hâkim sunulan delillerin ispat değerini kendisi takdir edecektir. Anayasa'nın 38/6. maddesine göre kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği, CMK'nın 206/2-a maddesine göre delil

kanuna aykırı olarak elde edilmişse hükme esas alınamayacağı, CMK'nın 217/2. maddesine göre de yüklenen suçun hukuka uygun elde edilmiş her türlü deliller ispat edilebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi hukukumuzda delillerin mutlak suretle hukuka uygun şekilde elde edilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bir koruma tedbiri olan arama ile ele geçirilen delillerin de hukuka uygun olup olmadığı buraya kadar açıklanan kurallara uygun şekilde elde edilmediğine bağlıdır. Bu kurallara aykırı şekilde gerçekleştirilen arama sonucunda elde edilen deliller maddi gerçeği ortaya koysa da suçun ispatlanmasını engelleyip suçluların cezasız kalmasına neden olabilir. Dolayısıyla aramanın kurallarına son derece titiz şekilde uyulmalıdır.²⁰¹

Örneğin aramada gerekli olan şüphenin bulunmaması durumunda yapılan arama sonucunda elde edilen delil yasadik delil niteliğinde olacaktır. Somut olgulara dayanmaksızın basit bir şüphe üzerine yapılan arama hukuka aykırı olur . Bunun gibi Hâkim kararı alınmaması durumunda da hukuka aykırı olması sebebiyle elde edilen deliller tek başına delil olarak kullanılamayacaktır ancak konuyla ilgili yan deliller mevcutsa sanığın durumu buna göre değerlendirilmelidir. Nitekim YCGK bir kararında; hâkim kararı olmaksızın il merkezinde oturmakta olan şüpheli hakkında arama yapılarak 50 kök hint keneviri ele geçirildiği, sanığın suçlamayı ikrar ettiği, her ne kadar gündüz vakti il merkezinde yapılacak arama için gecikmesinde sakınca bulunan halin ne şekilde söz konusu olduğu gösterilmeden Hâkim kararı alınmaksızın yapılan arama hukuka aykırı ise de sanığın ikrarının delil olma özelliğinin etkilenmeyeceği belirtilerek sanığın ihbarla uyumlu ikrarı karşısında suçun sübuta erdiği sonucuna ulaşılmıştır²⁰³ .

Nitekim bu hususta Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında şöyle denmektedir; " 'Cezasız kalan suçların yeni suçlular yaratacağı hususu hukukun temel ilkelerindedir.' İnsan haklarının korunması amacıyla konulan yasa hükümleri 'Hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsuru olan adaleti ve hukuki güvenliği gerçekleştirmeyi engellemelidir.' Düşünün ki usulsüz arama sonucu sanığın evinde ceset bulunup bunu delil değerlendirmesinde dikkate almayarak sanığın beraatına karar verildiğinde nasıl adalet sağlanacaktır? Bu tür uygulamalar 'Taşların bağlanıp köpeklerin sokağa salınmasına' sebebiyet verecek ve yeni suçlular yaratacaktır. Bu durumda toplumda düzen nasıl sağlanacak?" **YCGK'nun** 17.11.2009 tarihli ve 2009/7-160 esas 2009/264 karar sayılı içtihadı. (Meşe içtihat programı)

²⁰² **ŞENTUNA**, Mustafa Tarık - **POLAT**, Gültekin; Ceza Yargılaması Hukukunda Arama, Adalet Dergisi sayı 14, http://www.yavin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/14.sayi/13-m_tarik_sentuna-gultekin_polat-ceza_yargilamasi_hukukunda_arama.htm, erişim tarihi 22.06.2013.

²⁰³ **YCGK'nun** 29.11.2005 tarihli ve 2005/7-144 esas 2005/150 karar sayılı içtihadı.(Meşe içtihat programı)

2. AIHS'de Hukuka Aykırı Arama:

AIHS'nde hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına dair açık bir hüküm yoktur. Her ne kadar AIHS'nin 6/1. maddesi adil yargılanma hakkını güvenceye alsada iç hukukla ilgili delillerin toplanması, özellikle de bu delillerin kabul edilebilirlikleri ve ispat güçleri ile ilgili sorunları düzenlemediği görülmektedir. Dolayısıyla kural olarak sunulan delilleri değerlendirmek ulusal mahkemelerin görevidir. AIHM de görevinin bu doğrultuda delillerin kabul edilebilirliğine dair görüş bildirmekten çok yargılamanın bir bütün olarak ele alındığında delil unsurlarının sunulma şekli de dâhil olmak üzere hakkaniyete uygun olarak görülüp görülmediği hususunda görüş bildirmek olduğunu kendisini sürekli vurgulamıştır²⁰⁴. Bu açıdan delillerin elde edilme biçimi ile hükümde oynadığı rolün yargılamanın bütününe hakkaniyete aykırı hale getirip getirmediğine dikkat edilmelidir. Örneğin hukuka aykırı elde edilen delillerin yanında hukuka uygun yan delillerle de sanığın suçluluğu ispat edilebiliyorsa hakkaniyete aykırılık olmadığı kabul edilebilir.

AIHM önüne gelen uyuşmazlıkta önce AIHS'de düzenlenen bir hakka yönelik devlet müdahalesinin olup olmadığını, böyle bir hakka müdahale varsa bunun meşru ve oranlılık ilkesine uygun olup olmadığını ayrıca bu hususta iç hukukta denetim ve etkin başvuru yollarının bulunup bulunmadığını değerlendirerek karar vermektedir.²⁰⁵ Bilindiği gibi arama özel hayatın gizliliği, konut

²⁰⁴ ÇALIŞKAN, Bilal; Makul Şüphelinin Ötesinde Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında AIHM'in Delil Değerlendirmesi; Adalet Dergisi 35. sayı; Eylül 2009. www.yavin.adalet.gov.tr/adaletdersisi/35.savi/10_21_23.htm. (erişim tarihi 04.08.2013)

²⁰⁵ AIHM'nin şu kararında arama tedbiri açısından ulusal düzenlemelerin içermesi gerektiği asgari şartlar açık şekilde anlaşılmaktadır: "Arama sadece sınırlı sayıdaki üst düzey devlet memuru tarafından hazırlanmış yazılı bir emir ile ve bu amaç için özel eğitim görmüş yetkililer tarafından gerçekleştirilebilir. Söz konusu yetkililer, tarafsızlıklarını etkileyebilecek bir durum ortaya çıktığında, bu görevden ayrılmakla yükümlüdür. Evler ve başka yerlerde ancak bir şüphelinin orada saklanma olasılığı varsa veya bir suçun işlendiğini göstermek için el konulabilecek veya kanıt olabilecek eşya veya değerli şeylerin bulunma olasılığı varsa, arama yapılabilir. Önemli durumlar veya yakın bir tehlike olan durumlar haricinde, aramalar Pazar ve tatil günlerinde veya gece yapılamaz. Bir aramanın başında, araştırmayı yürüten yetkili kimliğini göstermeli ve söz konusu mekândaki kişiye aramanın nedeni hakkında bilgi vermeli ve arama sırasında söz konusu kişinin veya bir akrabasının veya evdeki başka bir üyenin de hazır bulunması istenmelidir. Prensip, aramanın hedefinden uzaklaşmamasını sağlamakla görevli bir kamu yetkilisi de olmalıdır. Aramaya katılan kişilerin önünde, arama konusunda bir rapor hazırlanmalı ve eğer isterlerse söz konusu kişilere de arama

dokunulmazlığı, özgürlük ve güvenlik haklarına müdahale niteliğinde olduğundan her türlü arama işlemi AİHS kapsamında değerlendirilebilir. Müdahalenin meşruluğu ise temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının kanunla öngörülmüş olması, sınırlamanın ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi meşru bir amaca yönelmiş olması demektir. Ayrıca temel hakkın sınırlandırılmasının mutlaka demokratik bir toplumda gereklilik arz ediyor olması lazımdır. Demokratik bir toplumda gereklilik hukuk devletine bağlılık ve keyfi müdahalenin önlenmesi çabasıdır. Oranlilik ilkesi de bilindiği gibi temel hakkın sınırlanması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi olası zarar arasında makul bir oranın bulunması gerektirir. Bir müdahale oranlilik ilkesine uygunsuzsa aynı zamanda çoğu kez de demokratik bir toplumda gereklilik ilkesine de uygundur²⁰⁶. İşte tüm bu şartlara uygun olan ve meşru kabul edilen bir müdahalenin hukuka uygun olduğu kabul edilse bile bu müdahalenin kötüye kullanılması durumunda devletin buna karşı bağımsız, etkin, işler ve yararlı bir denetim yapıp yapmadığı da AİHM tarafından ayrıca ele alınmaktadır²⁰⁷.

Görüldüğü gibi Anayasa'nın 13, 20, 21 ve 22. maddeleri ile CMK'nın 116 vd. maddeleri ve Yönetmelik hükümleri dikkate alındığında hukukumuzdaki arama tedbirinin bahsi geçen AİHM kararında yer alan şartların hepsini içerdiği anlaşılmaktadır. Arama için makul şüphenin aranması, belgelerin incelenmesi yetkisinin sadece Hâkim ve Cumhuriyet Savcısında bulunması, arama kararının AİHM kararındaki deyimle üst düzey devlet memurları olan Hâkim ve Cumhuriyet Savcısı tarafından yazılı şekilde verilmesi zorunluluğu, aramanın ilgisine işlemi yapacak görevlinin kimliğini göstermesi ve yapacağı işlemi açıklaması, aramanın tutanağa bağlanması ve hukuka aykırı aramanın tazminat sorumluluğu doğurması

emrinin ve bu raporun bir kopyası verilmelidir. Belge incelemesi özel kısıtlamalara tabidir. Mevcut şartlar ne olursa olsun, şüphelilerin yasal bağlamda bir başkası tarafından temsil edilme hakkı vardır. Arama kararından etkilenen arama kararının geçersiz kılınmasından veya değiştirilmesinden çıkarı olan herkes, federal mahkemelere şikâyetle bulunabilir. Kendisi hakkında hiçbir suçlama yapılmayacağı ortaya çıkan bir şüpheli, oluşan zarar için tazminat talebinde bulunabilmeli ..." AİHM'nin Camenzind/İsviçre kararı'ndan; aktaran ÇİÇEK, İbrahim; Arama; İstanbul 2009; s. 17.

²⁰⁶ ÇİÇEK; a.g.e. ; s. 16.

²⁰⁷ AYDIN; a.g.e. ; s. 143-148.

bahsi geçen AIHM kararında belirtilen ve Ceza Muhakemesi sistemimize de hâkim olan kurallardır. Ulusal mevzuatımızda aramanın suçluların yakalanması, kamu düzeni, kamu güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi ve işlenmiş bir suçla ilgili delillerin elde edilmesi gibi meşru amaçlara yöneldiği ve sınırlamaların kanunla öngörüldüğü, bu bakımdan kanunilik ve meşruluk ilkelerinin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Oranlilik ilkesi açısından ise daha önce de açıklandığı gibi aramanın temel hak ve özgürlükleri en az düzeyde sınırlar şekilde ve amaca uygun olarak yapılması gerekmektedir. Oranlilik ilkesi Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 30. maddesinde *"Arama, bulunması istenen şeyin boyutu ve niteliği göz önüne alınarak, amaca ulaşmak için gerekli olan ölçüde gerçekleştirilir."* Şeklindeki hükümlerle mevzuatımızdaki yerini almıştır. Bu her olayın özelliğine göre belirlenecektir. Son olarak etkili başvuru yolları açısından üzerinde durmuş olduğumuz itiraz ve temyiz yolları ile ayrıca aşağıda inceleyeceğimiz koruma tedbirleri sebebiyle tazminat sorumluluğu da söz konusudur. TCK'nın 120. maddesinde de hukuka aykırı arama yapan görevlilerin cezai sorumluluğu düzenlenmiştir.

Bu açıklamalar ışığında AIHM'nin polis tarafından arama kararı olmadan yaptığı bir aramada elde edilen delillerin hükme esas alınmasının hakkaniyet ilkesi doğrultusunda mümkün olduğuna ilişkin şu kararını da belirtmek faydalı olacaktır. Belçika'da özel bir alana girilerek arama kararı olmadan yapılan aramada İngiliz vatandaşı olan başvuran ve site sahibi, oldukça büyük bir uyuşturucu madde ile yakalanmış, elde edilen delillere dayanarak uyuşturucu ticareti ve suikast suçlarıyla itham edilmiş, davada delillerin hukuka aykırı elde edildiğini ileri sürerek yaptığı savunma iç hukukta kabul edilmeyerek aramanın bir kısmı yasal olmasa da bir bütün olarak yargılamanın adilliyetini etkilemediğine karar verilmiştir. AIHM savunma hakkına saygı gösterilmesinin önemine vurgu yaparak delillerin hukuka aykırı olarak elde edildiğinden üç aşamalı yargılamada başvuranın bu delillerin aleyhine kullanılmasına itiraz imkânı bulunduğu, bir delilin şüphe taşıması halinde bunu destekleyecek başka delillerin de bulunması gerektiği, mevcut delillerin güvenilirliğinin bir şüphe ihtiva etmemesi sebebiyle yürütülen yargılamanın sonuç olarak adil olduğuna ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar

vermiştir²²⁰⁰⁸⁸. Görüldüğü gibi AİHM iç hukukta etkin başvuru yollarına büyük önem vermektedir ve bu başvuru yollarındaki mercilerin değerlendirmeleri hakkında görüş bildirmemektedir. Dolayısıyla arama tedbiriyle ilgili hukuka aykırılıkların mutlaka iç hukukta dile getirilebilmesi gerekmektedir. Ayrıca bir delilin hukuka aykırı olması durumunda yan deliller önem kazanmaktadır. YCGK'nun bu karara koşut bir içtihadını daha önce belirtmiştik²⁰⁹. Bu kararda Yargıtay işlem tanıklarının hazır edilmemesini tek başına delillerin hukuka aykırı olmalarına neden olmayacağını belirterek sanığın başvuru yollarını da kullanmadığını ve arama sırasında hiçbir itirazda bulunmadığına dikkat çekmiştir. İşte burada önemli olan tek başına delilin hukuka aykırı olması değil yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyet ilkesine uygun olup olmadığıdır. Dolayısıyla işkence, aldatma gibi ağır hukuka aykırılıklar söz konusu olmadığı sürece meşru amaca uygun ve orantılı şekilde elde edilen delillerin sadece basit şekil şartlarına aykırılıktan hükme esas alınamayacağı sonucuna ulaşmak yerine bu durumun her yargılamanın özelliğine göre, yargılamayı hakkaniyete aykırı hale getirip getirmediği, aynı hususta yan delillerin bulunup bulunmadığı, ilgilinin iç hukuktaki başvuru yollarına başvurması üzerine yapılan değerlendirmeler bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Elde edilen delilin hukuka uygun olup olmadığına bakılmaksızın keyfi, mantıktan uzak ve makul olmayan bir değerlendirme ile hükme esas alınması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu yöndeki değerlendirmeler hem suçla mücadeleyi etkin kılacak hem de kişilerin temel haklarıyla güvenlik arasındaki dengeyi her olayın kendi özelliğine göre kuracaktır.

3. Hukuka Aykırı Aramanın Ceza Sorumluluğu:

Hukuka aykırı arama TCK'nın 120. maddesinde —*Haksız Arama*” başlığı altında suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre ; " *Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*" Görüldüğü gibi bu suç özgü bir suçtur. Zira sadece kamu

²⁰⁸ **AİHM'nin** Lee Davies/Belçika Kararı; Başvuru no: 18704/05; aktaran **ÇALIŞKAN**; a.g.m. ; www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/35.sayi/10_2123.htm (erişim tarihi 04.08.2013)

²⁰⁹ **Bkz.** dipnot 149.

görevlileri bu suçun faili olabilirler²¹⁰. Arama yapan her kamu görevlisi bu suçun faili olabilir. Aramayı yapan kamu görevlisinin hukuka aykırı bir arama yaptığını bilmesi ve istemesi gerekir. Dolayısıyla bu suç doğrudan kastla işlenebilen bir suçtur.

Bu suç ile korunan hukuki değer arama tedbirinin yöneldiği haklar olan özel hayatın gizliliği, kişi özgürlüğü ve insan haysiyetidir. Arama aynı zamanda konut dokunulmazlığı hakkına da yöneldiğinden, konutta bir haksız arama yapılırsa burada hem konut dokunulmazlığının ihlali hem de haksız arama suçu oluşacak ve gerçek içtima uygulanacaktır. Çünkü böyle bir durumda hem bir kişinin konutuna rızasına aykırı olarak girmek hem de burada haksız arama yapmak şeklinde iki farklı eylem ve iki farklı suç bulunmaktadır. Nitekim TCK'nın 120. maddesinin gerekçesinde de arama olgusunun yetkisiz olarak girilen konutta gerçekleştirilmesi halinde ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçunun da oluşacağı belirtilmiştir²¹¹.

Suçun maddi unsuru hukuka aykırı olarak yapılan arama işlemidir. Hukuka aykırı arama buraya kadar yapılan arama kurallarına uygun düşmeyen arama işlemidir. Diğer bir ifadeyle kanun ve nizamlara aykırı arama bu suçu oluşturacaktır. Suçun oluşması için kamu görevlisinin görevini kötüye kullanarak ve yetkisini aşarak arama işlemi gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu suç görevi kötüye kullanma suçunun özel bir halidir. Suçun oluşması için aramanın gerçekleşmiş olması gerekmez. Kişinin vücuduna dokunulması yeterli olup aramanın bitmiş olması önemli değildir²¹².

Hukuka uygun şekilde Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından verilmiş adli arama kararı veya emri sırasında hukuka aykırı arama yapan kamu görevlisinin işlediği suç adli görevle ilgili olması sebebiyle Cumhuriyet Savcısı bu hususta doğrudan soruşturma başlatabilecektir. Soruşturma izni gerekmez. (CMK 161/5)

EROL, Haydar; Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Ceza Kanunu; 2. Baskı; s. 2263.

YALVAÇ; a.g.e. ; s. 211.

ERYILMAZ; a.g.e. ; s. 284.

Hâkim veya Cumhuriyet Savcısının bu suçun faili olabilmesi için aramanın şartlarının oluştuğuna dair takdir yetkilerini kanuna aykırı olarak açıkça kötüye kullanmış olmaları gerekmektedir . Çünkü böyle bir durumda Hâkim ve Cumhuriyet Savcısı suçun azmettirenini konumunda olacaklardır.

4. Hukuka Aykırı Aramanın Tazminat Sorumluluğu:

Anayasa'nın 40/3. maddesine göre; *"Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."* Ayrıca Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına göre de; *"İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."*

İşte bu anayasal hükümlerin uzantısı olarak CMK'nın 141. maddesinde hukuka aykırı olarak yapılan koruma tedbirlerinin ve elbette arama işleminin bir sonucu olarak bu işleme maruz kalan kişilere devletten tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. CMK'nın 141. maddesinin i bendine göre hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişiler uğradıkları maddi ve manevi zararları Devletten isteyebilirler. Dolayısıyla bu hükmün uygulanabilmesi için ortada hukuka uygun şekilde verilmiş bir arama kararı veya emri olmalıdır. Ancak böyle bir karar veya emrin icrası sırasında ölçüsüz işlemler yapılırsa tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Maddede kullanılan *"ölçüsüz"* kavramı belirsizdir. Ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmeden oranlılık ilkesine aykırılık anlaşılmalıdır. Dolayısıyla arama faydalı, gerekli ve amaca uygun değilse ölçüsüzdür. Burada aramanın şartlarının bulunmamasına rağmen yapılması durumunda da arama ölçüsüzdür. Çünkü şartları yoksa aramaya da gerek yoktur. Örneğin şartları yokken gece vakti arama yapılması veya gene şartları yokken Hâkim kararı yerine yazılı emirle arama yapılması, çok

kısa sürede bitirebilecek bir aramanın saatlerce uzatılmasında olduğu gibi²²¹¹⁴ . Ayrıca görevlilerin aramanın konusunu oluşturan eşyanın boyut itibariyle sığmasının mümkün olmadığı yerleri aramaları, arama sırasında eşyalara zarar vermeleri gibi durumlarda da ölçüsüz arama söz konusu olacaktır.

CMK'nın 141. maddesinde ölçüsüz aramanın gerçekleştirilmesinden bahsedildiği için burada arama kararı veya emrinin hukuka aykırılığı değil kararın yerine getirilmesi sırasında görevlilerin gerekli özeni göstermemesi ve ölçüsüz hareket etmesi sebebiyle meydana gelen zararlardan söz edildiği savunulmakta ve bunun dışındaki tazminat taleplerinin reddedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²¹⁵ . Diğer bir görüşe göre ise buradaki ölçsüzlük her türlü hukuka aykırılığı kapsamakta ve örneğin işlem tanıklarının hazır edilmemesi, arama sonucu düzenlenmesi gereken tutanağın düzenlenmemesi gibi durumlarda da tazminat talep edilebileceği belirtilmektedir²¹⁶ . Kanımca bu ikinci görüşü kabul etmek hükmün amacını açacak ve var olmayan zararlar için tazminat taleplerine yol açacaktır. Şöyle ki arama tanıklarının hazır edilmemesinin ne şekilde zarara neden olacağı açık değildir. Aynı şekilde tutanağın düzenlenmemesi durumunda da zarar var olmayacaktır. Bu eksiklikler şekli noksanlar olmakla birlikte daha önce de değinildiği gibi sadece bu şekilde elde edilen delillerin hükme esas teşkil edip etmeyeceği yönünde değerlendirmeye konu olacaklardır. CMK'nın 141. maddesinin lafzından da arama işleminin icrası sırasındaki ölçsüz, yani orantısız eylemlerden doğan zararlardan bahsedilmektedir. Aksi halde her basit usul eksikliği tazminat nedeni olacaktır ki bu da suçla mücadeleyi olanaksız kılar. Örneğin çevresince dürüst ve güvenilir olarak tanınan bir şahsın oğlunun işlediği suçtan dolayı oğlunun bulunabilmesi için kendisi hakkında da arama kararı verildiğinde bu kararın icrası sırasında kişinin üst aramasının komşularının da görebileceği şekilde yapılması şahsın saygınlığını rencide edeceği, saygınlığını sarsacağı ve psikolojisini bozacağı için ölçsüz olacak ve manevi tazminat sorumluluğu doğacaktır. Manevi zararın takdiri Mahkemeye

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 376.

HAKİRİ. ÜNVER; a.g.e. ; s. 236.

AYDIN; a.g.e. ; s. 154.

aittir²¹⁷. Ancak bu şahsın yalnızca arama öncesi kendisine bilgi verilmemesi gerekçesiyle yapmış olduğu tazminat talebinin kabul edilmemesi gerekir çünkü kanımca burada bir ölçüsüzlük ve zarar söz konusu değildir.

Diğer bir örnek de bir cezaevi firarisinin bir şahsın evinde saklandığına ilişkin ihbar üzerine kişinin evinde yapılan aramada kaçağın bulunamaması durumudur. Bu durumda da kaçağın bu şahsın evinde saklandığına dair CMK'nın 116 ve 117. maddeleri kapsamında makul şüphe oluşturacak delillerin varlığına rağmen kaçak bulunamamış olsa bile tazminat sorumluluğu doğmayacaktır. Aksi halde her aramanın kesin suretle olumlu sonuçlanması gibi şüphenin ötesinde bir kesinlik gerekir ki bu halde hiçbir şekilde arama yapılamaz. Yeter ki ölçülülük ilkesine uygun olarak eldeki belirtiler kaçak kişinin o şahsın evinde saklanıyor olabileceğini gösterebilir.

CMK'nın 143/2. maddesine göre; devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu edecektir. Maddenin söyleminden de anlaşıldığında göre devletin kamu görevlisine rücu edebilmesi için kamu görevlisinin bu fiille ilgili olarak görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm olması gerekir²¹⁸.

Tazminat istemi CMK'nın 142. maddesine göre karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay içinde ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içerisinde yapılmalıdır. Bunlar hak düşürücü sürelerdir. Aynı maddeye göre istem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesindeyse ve o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.

ERYILMAZ; a.g.e. ; s. 290.

AKSOY; a.g.e. ; s. 156.

CMK'nın 141 ve devamı maddeleri kapsamındaki tazminat talepleri dışında kamu görevlisinin göreviyle ilişkisi olmayan veya görevi sırasında fakat göreviyle bağdaşmayan kişisel saiklerle gerçekleştirdiği haksız arama işlemlerinde kişisel

219

kusurludur . Örneğin özel bir çıkar ilişkisinden dolayı gözdağı vermek için arama emri verilmesinde, arama sırasında aranan kişiye hakaret edilmesinde, cinsel ve fiziksel tacizde bulunulmasında kusurun hizmetten kaynaklandığını söylemek mümkün değildir. Çünkü bu örneklerdeki eylemlerin arama işleminin yerine getirilmesiyle bir ilgisi yoktur. Bu durumlarda kamu görevlisi hizmetini kişisel çıkarlarına vesile yapmaktadır. Aynı zamanda bu örnekler kamu adına bir yetkinin kullanılmasıyla bağdaştırılamayacak kadar çirkin ve kabul edilemezdir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda hukuka aykırı arama emri ve kararı veren, arama yapan kamu görevlilerinin Anayasa'nın idareyi birinci derecede sorumlu tutan güvencesinden

220

yararlanmaları mümkün değildir²²⁰. Bu şekildeki eylemler hem hakaret, cinsel saldırı gibi ayrı suçlar teşkil edecek hem de eyleme maruz kalan kişi Adliye Mahkemelerinde Borçlar Kanunu kapsamında haksız fiilden doğan şahsi tazminat davası da açabilecektir.

AKSOY; a.g.e. ; s. 158.

ERYILMAZ; a.g.e. ; s. 288, 289.

3. BOLUM

KORUMA TEDBİRİ OLARAK EL KOYMA

I. El Koyma Kavramı, Benzer Kavramlardan Farkları ve Hukuki Niteliği:

1. El Koyma Kavramı:

Çalışmamızın bu kısmına kadar anlatılan adli arama işlemleri ile ele geçirilen eşyaların bir şekilde soruşturma dosyası kapsamında saklanması ve Mahkemeye sunulması gerekmektedir. Aksi halde ele geçirilen eşyaların hiçbir işleme tabi tutulmaksızın doğrudan sahibine iade edilmesi ceza muhakemesinin amacına uygun değildir. Çünkü ceza muhakemesi işlemleri ile elde edilen deliller sanığın suçlu olup olmadığı yönünde Hâkimde bir kanaat uyandıracaktır. Bu sebeple de bu delillerin yargılama sırasında hazır edilmesi gerekir. İşte el koyma müessesesi kural olarak bu amaca hizmet edecektir.

CMK'nın 123. maddesine göre ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri muhafaza altına alınır. Burada karşımıza suç eşyası ve kazanç kavramları çıkmaktadır. Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 3. maddesine göre suç eşyası; *"İspat aracı olarak yararlı görülen, suçta kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan, suçtan meydana gelen, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyayı"*, kazanç ise; *"Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan yahut bunların karşılığını oluşturan ekonomik malvarlığı değerlerini"* ifade eder.

CMK'nın 123/1. maddesinde delil olabilecek veya müsadereye tabi olabilecek suç eşyaları ve malvarlığı değerlerinin zilyedin rıza göstermesi durumunda muhafaza altına alınacağını belirtmektedir. Muhafaza ya da koruma altına alma kavramı Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde delil olabilecek veya müsadereye tâbi olan eşyayı zilyedinin kendiliğinden vermesi veya eşyanın el konulana kadar geçici olarak alıkonulması şeklinde tanımlanmıştır.

2. Benzer Kavramlardan Farkları:

Görüldüğü gibi muhafaza altına alma ile el koyma farklı işlem türleridir. CMK'nın 123/1. maddesine göre suç eşyaları veya müsadere konusu malvarlığı değerleri bir aramada ele geçirilmişse zilyedin bunları teslim etme yükümlülüğü vardır. Ancak bu teslim rızası olmaz ise zor kullanılarak zilyedin tasarrufyetkisinin kaldırılması yoluna gidilebilir. Bu işlem koruma tedbiri olan el koyma işlemi olacaktır²²¹. Muhafaza altına almadan kasıt eşya sahibinin veya zilyedinin rızası ile alınan eşyanın soruşturma makamlarına teslimine kadar emniyet altına alınmasıdır²²². El koymada eşyanın zilyedi açısından korunmak istenen hukuksal yarar kişinin mülkiyet hakkıdır. Dolayısıyla kişi yani şüpheli/sanık veya mal sahibi suç eşyasının ya da suç delilinin alınmasına itiraz etmemiş, razı olmuş ise mülkiyet hakkı üzerinde tasarruf yetkisini kullanma iradesinin doğal sonucu olarak, zorla tasarruf yetkisini kaldırma işlemi olan el koyma (zapt) kararına gerek yoktur. El koyma kararına konu edilen suç eşyalarının çoğu, bir itiraz olmamasının yanında, maddi olarak da (bıçak, anahtar, tornavida, levye vb.) bir değer taşımamaktadır. Bu bakımdan mülkiyet hakkının zedelenmediği cihetle, suç eşyasını muhafaza altına almaya karşı, kanunun aradığı açık bir itiraz (rızasızlık) olmasının yanında, ileri bir hassasiyetle örtülü bir itirazın varlığından da söz edilemez. Zaten maddi değeri olan bir eşya söz konusu olduğunda zilyedi hem baştan rıza göstermemekte, hem de eşyasını kurtarmak için CMK'nın 127/4'üncü maddesi uyarınca el koymanın kaldırılması talebini sürekli

TORORSLU, FEYZİOĞLU; a.g.e. ; s. 246.

ALDEMİR, Hüsnü; Adli-Önleme Arama ve El Koyma; Ankara 2012; s. 199.

yineleyerek ya da eşyanın iadesini isteyerek (CMK m. 131) adliyenin kapısını aşındırmaktadır²²³.

Soruşturma makamı olan Cumhuriyet Savcısına teslim edilen suç eşyası veya malvarlığı değeri üzerinde zilyedin rızası bulunuyorsa muhafaza altına alma işlemi devam eder. Bu işlem için Hâkim kararı veya Cumhuriyet Savcısının emrine gerek bulunmadığı gibi onama kararına da gerek yoktur. Örneğin hakkında yakalama kararı olan kişinin yakalanması üzerine yapılan arama sırasında üzerinde ruhsatsız silah bulunması halinde silahın alınmasına karşı çıkmaması halinde silah muhafaza altına alınır. Silahın alınmasına karşı çıkılması durumunda aşağıda bahsedeceğimiz el

koyma süreci devreye girecektir²²⁴. Bununla birlikte muhafaza altına alma her zaman tevdi ve teslim edilebilir eşya hakkında söz konusu olmaz. Örneğin bir trafik kazasında fren izlerinin kaybolmaması için de muhafaza altına alma gerekir. Bu işlem CMK'nın 161. maddesi kapsamında genel delil toplama yetkisine girmektedir²²⁵. Sahibi belli olmayan eşyalarla, cinayet gibi eylemlerde olay yerinden elde edilen eşyaların alınmasına karşı çıkan kimse bulunmaması sebebiyle bu eşyaların bulunduğu yerden alınması el koyma işlemi olmayıp muhafaza altına alma işlemi sayılacaktır²²⁶.

Delil değeri olan veya müsaderesi gereken eşyanın adliyenin eli altına alınmasına karşı çıkmayan zilyet muhafaza altına alma işlemi sonrasında bu rızasını geri alır ise soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısına başvurması gerekecektir. Cumhuriyet Savcısı CMK'nın 131. maddesine göre eşyayı iade edebilir ancak iade etmezse eşyanın zilyedi CMK'nın 131/1. maddesinin 2. cümlesine göre her zaman Sulh Ceza Hâkimine itiraz edebilir. Bu itiraz üzerine Hâkimin vereceği karar el koyma kararı olacaktır. Çünkü artık rıza yoktur .

AKPINAR, Gürsel; "Suç Eşyasının Korunması, El Konulması" ; Adalet Dergisi Sayı 29, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/29.sayi/09_34_57.htm, erişim tarihi 22.06.2013.

²²⁴ ALDEMİR; a.g.e. ; s. 198.

²²⁵ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1116

²²⁶ ALDEMİR; a.g.e. ; s. 197.

²²⁷ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1116

Muhafaza altına alma ile el koyma arasındaki farka işaret etmesi sebebiyle şu Yargıtay kararı faydalı olacaktır: *"Sanığın yasak silah taşıma eylemine ilişkin; trafik kazası nedeniyle şüpheli sıfatıyla karakola getirilip üst araması sonucu Cumhuriyet Savcısının yazılı izniyle el konulan sustalı bıçağın, el koyma kararının Hâkim onayına sunulmaması nedeniyle hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıt kabul edilmiş ise de, 09.02.2006 tarihli tutanakta sanığın üzerinden çıkan bıçağı teslim etmekten kaçındığından söz edilmemesi karşısında, CYY'nın 123/1. maddesi uyarınca muhafaza altına alma işlemi ile yetinilmesi gerekirken yasaya aykırı olarak el koyma işlemi yapılmasının hukuki sonuç doğurmayacağı ve öte yandan sanığın sustalı bıçak taşıdığını sorgusunda kabul etmesi ve kanıtların sadece el koyma kararından ibaret olmadığı gözetilmeden yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi (yasaya aykırıdır)..."*²²⁸

Yargıtay kararında da görüldüğü gibi el koyma ile muhafaza altına almanın birbirinden ayrılması uygulamada da faydalar sağlamaktadır. Gerçekten de el koyma işleminin yapılması için aşağıda açıklanacağı şekilde kural olarak Hâkim kararı gerekirken muhafaza altına alma işlemi için bir karar veya emre ihtiyaç olmadığı gibi, muhafaza altına alma işleminin bir merci tarafından onaylanmasına da gerek

229

yoktur. Muhafaza altına alma bir şekil kuralına da tabi değildir . Dolayısıyla uygulamada zilyedin rıza gösterdiği durumlarda istisnalar göz önünde bulundurulurken mutlaka muhafaza altına alma işlemiyle yetinilmeli, gereksiz işlemlerden kaçınılmalıdır. Bu suçla mücadeleyi de hızlı ve uygulanması kolay hale getirecektir.

Suç eşyasının veya müsadereye tabi mal varlığı değerinin zilyedi teslim rıza göstermezse el koyma söz konusu olacaktır. El koyma zilyedin bir malvarlığı

230

değerinin üzerindeki tasarrufyetkisinin rızası olmamasına rağmen kaldırılmasıdır²³⁰.

Diğer bir tanıma göre ise el koyma; ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılacak veya müsadereye tabi olan eşyanın, eşyayı elinde bulunduran

²²⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 13.06.2011 tarihli ve 2009/10672 esas 2011/8117 karar sayılı içtihadı; www.adalet.org (Erişim tarihi 05.08.2013)

²²⁹ AYDIN; a.g.e. ; s. 161.

²³⁰ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1114.

kişinin rızası olmaksızın adliyenin eli altına alarak, eşyayı elinde bulunduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaktır . Bu tedbir Medeni Usul Hukukunda "ihtiyati tedbir", İcra ve İflas Hukukunda ise "ihtiyati haciz" adı altında düzenlenmiştir²³².

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde el koyma tedbiri suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi olarak tanımlanmıştır. Burada çalışma konumuzu oluşturmayan önleme el koymasının da tanımlandığını görüyoruz.

Tüm bu tanımlar dikkate alındığında koruma tedbiri olarak el koymanın unsurları şu şekilde sıralanabilir;

*Suçun kanıtı olabilecek veya zorlama (müsadere) tabi olan bir eşya bulunmalıdır.

*Bu eşyayı hâkimiyetinde bulunduran kişinin eşyayı soruşturma makamlarına teslim etmemesi gereklidir. Zilyet işlem sırasında hazır değilse rızasının olmadığı kabul edilip el koyma yöntemi uygulanmalıdır.

*Eşyayı hâkimiyetinde bulundurup da rızasıyla teslim etmeyen kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin zorla kaldırılması gereklidir²³³.

Buraya kadar açıkladığımız tedbir basit el koyma tedbiridir. Bunun dışında daha sonra açıklayacağımız taşınmaz hak ve alacaklara el koyma, postada el koyma gibi özel el koyma tedbirleri de söz konusudur.

OZTURK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e. ; s. 444.

TOROSLU, FEYZİOĞLU; a.g.e. ; s. 247.

ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç; Uygulamada Arama ve El Koyma; Ankara 2012; s. 117.

3. Hukuki Niteliği:

El koyma işlemi hukuki niteliği itibariyle amaçları adli soruşturmalarda delillere ulaşmak, muhakemeyi sağlıklı bir biçimde yapıp maddi gerçeği ortaya koymak ve verilen hükmün kâğıt üzerinde kalmasını önlemek olan koruma tedbirlerindedir. Daha önce de açıkladığımız gibi koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden olan geçicilik el koyma için de geçerlidir. El koyma işlemi sonrasında soruşturma veya kovuşturma sırasında ya eşya sahibine iade edilecektir ya da dosyada delil olarak saklanacak veya müsadere edilecektir.

El koymanın bir koruma tedbiri olmasının en önemli sonucu yargıdan önce temel bir hakkın sınırlanmasıdır. Gerçekten de el koyma tedbirinin uygulanmasıyla suç sabit olmadan önce el koymanın türüne göre mülkiyet ve zilyetliğe (AY m. 35), özel hayatın gizliliğine (AY m. 20-22), düşünce özgürlüğüne (AY m. 25-26), bilim ve sanat özgürlüğüne (AY m. 27) ve nihayet basın özgürlüğüne (AY m. 28-30) müdahale söz konusu olmaktadır. Bunun da sebebi şüpheli ve sanıkların suçlarının ispatlanması konusunda devletle işbirliği yapmalarının doğal olarak mümkün olmamasında yatmaktadır. Aksi takdirde devlet bu tedbirlere başvurmayarak delil toplamazsa ceza muhakemesi yapılamaz duruma gelebilirdi ²³⁴ .

El koyma tedbirinin hukuksal niteliğinden bahsetmişken el koyma ile müsadere kavramlarının farklarına da değinmek gerekecektir. El koyma işlemi anıldığı gibi hukuksal niteliği itibariyle bir koruma tedbidir, müeyyide değildir. Bu sebeple geçicidir ve araç olarak kullanılır. Müsadere ise TCK'nın 54. ve 55. maddelerinde düzenlenmiş olup diler güvenlik tedbiri dilerse ceza olarak kabul

²³⁵ edilsin, bir yaptırımdır . Bu sebeple kalıcı ve sürekli, aynı zamanda amaçtır. El koyma çoğu kez müsaderenin aracıdır. Başka bir anlatımla el koyma çoğu kez müsadere amacıyla yapılır. Müsadere yaptırım olması sebebiyle hükmün kesinleşmesiyle uygulanabilir. El koyma ise hükümden önce söz konusu olan geçici bir tedbirdir. Diğer bir fark da hukuki sonuçları bakımındandır. Müsadere sonucunda

²³⁴ GEDİK, Doğan; Müsadere; Ankara 2007; s. 24.

²³⁵ AYDIN; a.g.e. ; s. 160.

eşyanın mülkiyeti devlete geçer. El koymada ise eşyanın sadece geçici olarak adliyenin elinin altına alınması söz konusudur. El konulan eşya daha sonra müsadere edilirse ancak o zaman mülkiyet hakkı el değiştirecektir. TCK'nın 54. maddesine göre müsadere sadece kasıtlı suçlarda uygulanabilirken el koyma her suçta uygulanabilir. El koymada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da karar verebiliyorken, müsadere ancak mahkeme kararıyla mümkün olabilir²³⁶.

II. El Koymanın Amacı:

Muhakemeyi sonuçlandıran hükümden önce bazı temel haklara müdahaleyi gerektiren el koyma tedbirine muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılmasını ve verilecek kararın yerine getirilmesini sağlamak amacıyla başvurulur. Dolayısıyla el

237

koymanın ilk amacı iddiaya konu suçun delillerini elde etmektir . Bir delile el konulması muhakemeyi sürdürmeyi sağlar. El koyma işlemi olmadan da ceza muhakemesi yapılabilir ancak varılacak sonuç sağlıklı olmayabilir. İspat vasıtası olan eşyalara el konulması ve bunların üzerinde yapılan inceleme sonucunda elde edilecek delillerin varlığı ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılmasını sağlayacaktır.

El koyma işlemi müsadere amaçlı da yapılabilir. Müsadereye konu olacak eşyanın adliyenin eli altında olması el koyma ile mümkündür. Suç eşyaları ve malvarlığı değerlerinin kaçırılması ve yok edilmesi el koyma ile önlenerek ileride verilmesi muhtemel müsadere kararının kâğıt üzerinde kalmaması ve uygulanmasının garanti altına alınması amaçlanmaktadır. TCK'nın 54/1. maddesine göre müsadere kasıtlı suçlar açısından uygulanır. Dolayısıyla müsadere amacıyla el koyma da kasıtlı suçlar açısından söz konusu olacaktır. Örneğin bisiklet sürerken taksirle bir kişiye çarparak yaralanmasına neden olan failin bisikletine müsadere amacıyla el konulamaz ancak bisikletin delil niteliği mevcutsa sadece bu amaçla el konulabilecektir.

GEDİK; a.g.e. ; Ankara 2007; s. 53, 54.

ALDEMİR; a.g.e. ; s. 200.

El koymanın özel bir türü olan şirket yönetimine el konulması CMK'nın 133. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre şirket faaliyetinde bir suçun işlenmekte olduğu iddiasıyla ilgili olarak maddi gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi amacıyla şirket yönetimine kayyım atanması suretiyle el konulabilir.

El koyma tedbirine CMK'nın 248. maddesi kapsamında kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla da başvurulabilir.

El koyma kararının hangi amaca yöneldiğinin belirlenmesi, amacın gerçekleşmesiyle bu tedbire son verilmesi gerektiğinden önemlidir. Ayrıca el koymanın amaca uygun ve orantılı şekilde yapılması da amacın belirli olmasına

238

bağlıdır. Bu sebeplerle el koymanın amacı kararda açıkça belirtilmelidir .

III. El Koymaya Hâkim Olan İlkeler:

Daha önce arama ile ilgili olarak üzerinde durduğumuz hukuk devleti, oranlılık, dürüst işlem, özel hayatın dokunulmazlığı ve maddi gerçeğin araştırılması ilkeleri ve bu ilkelerle ilgili açıklamalarımız aynen el koyma tedbiri için de geçerlidir . Burada el koymayla ilgili sadece hukuk devleti ve oranlılık ilkelerinden kısaca bahsedeceğiz.

El koyma tedbirine **hukuk devleti ilkesinin** hâkim olması, el koyma ile temel hak ve özgürlüklerde yapılacak sınırlamanın ancak kanunla öngörülmesi ve bu tedbire maruz kalacak kişilerin tedbire karşı yasal yollara başvurabilme haklarının tanınmış olmasıdır. Nitekim Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenmiş olan mülkiyet hakkı aynı maddeye göre ancak kanunla sınırlanabilir. Bu doğrultuda mülkiyet hakkını sınırlayan el koyma tedbiri de sınırlama sebeplerine uygun olarak Ceza

ALDEMİR; a.g.e. ; s. 201.

Bkz. s. 24 vd.

Muhakemesi Kanunu'nda ve diğerk ilgili kanunlarda düzenlenmiştir. Ayrıca CMK'nın 131. maddesinde de el koyma tedbirine karşı yasal başvuru yolları öngörölmüştür.

Ölçölülük ilkesi, yukarıda açıkladığımız gibi el koyma tedbirinin yöneldiğı amaca uygun ve bu amaçla orantılı işlem yapılması, bu şekilde el koyma ile elde edilmesi umulan yarar ile kişilerin hak ve özgürlüklerinde meydana gelecek zarar arasında bir denge gözetilmesidir. Daha hafif bir işlemle aynı amca ulaşılabilirse daha ağır bir tedbire başvurulmamalıdır. Örneğın bir şüphelini sadece belli bir banka nezdinde yer alan hesaplarına el konulması iddiaya konu suçun aydınlatılması ve kazanç müsadereci için açıkça yeterliyse artık bu şahsın ülke çapındaki tüm banka hesaplarına el konulması ölçölülük ilkesine aykırıdır. El konulan eşyaların değerlerini kaybetmemeleri için gerekli bakımlarının yapılması da oranlılık ilkesinin bir gereğidir. Nitekim CMK'nın 141. maddesinde el konulan eşyaların korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması da ayrı bir tazminat sorumluluğı olarak öngörölmüştür.

IV. El Koyma Tedbirine Maruz Kalacak Kişiler:

El konulacak eşyanın mutlaka olayın şüphelisine ait olması gerekmez. Suç eşyası şüpheli ve sanığa ait olabileceğı gibi mağdura veya olayla hiçbir ilgisi olmayan üçüncü kişiye de ait olabilir. El konulan eşyanın mülkiyetinin kime ait olduğuna bakılmaksızın el koyma tedbiri uygulanabilir. El koymanın mutlaka müsadere ile sonuçlanması da beklenemez. El koyma sadece maddi gerçeğın ispatı için yapılarak yargılama sonucunda suç eşyası iyi niyetli sahibine iade edilebilir. Örneğın bir lokantada kavga çıkaran bir kişi tesadüfen masa üzerinde bulunan ve lokantaya ait olan yasak niteliğı bulunmayan bıçağı eline alıp bir kişiyi yaralarsa bu bıçağı gerekli incelemeler için el konulacaktır. Bu olayda bıçak sadece maddi gerçeğın ortaya konmasına hizmet edecektir. Yargılama sonucunda bu bıçak iyi niyetli sahibine iade edilebilir.

El konulacak eşyanın sahibinin gerçek veya tüzel kişi olması da durumu etkilemez. Hatta el konulacak eşya devlete de ait olabilir. Ancak bu halde eşyanın mülkiyeti zaten devlette olduğundan müsadere söz konusu olmayacaktır.

V. El Koymanın Şartları:

1. Yeterli Şüphe:

Şüphe kavramına ve ceza muhakemesinde öngörülen şüphe düzeylerine daha önce değinmiştik²⁴⁰. Cumhuriyet Savcısının bir soruşturma başlatabilmesi için basit şüphe yeterliydi. Arama tedbiri içinse makul şüphenin bulunması şarttır. El koyma tedbiri açısından CMK'da bir şüphe düzeyi belirlenmemiştir. El koyma ile kişinin mülkiyet hakkına ve özel hayatına müdahale edildiğinden basit şüphenin yeterli olması beklenemez. Dolayısıyla sadece bir ihbar üzerine veya sadece soruşturma evresinin başladığının anlaşılması sebebine dayanılarak el koyma kararı verilemez²⁴¹. El koyma kararı verilebilmesi için aranan şüphe oranlılık ilkesini göz önünde bulundurarak somut olaya göre belirlenmelidir²⁴². Bununla birlikte ekseriyetle el koymadan önce arama tedbirine başvurulmuş olunacağından aranan şahıs hakkında makul şüphe bulunduğuna göre aramada ele geçirilecek eşyanın da suçta kullanıldığına veya suçtan elde edildiğine dair makul şüphenin ötesinde yeterli şüphe bulunması gereklidir. Zaten makul şüphenin üzerine yapılan aramada bu şüphe çoğunlukla var olacaktır. El koyma için gereken şüphe suç işlenmesi veya arama tedbirinden bağımsız düşünülmelidir. Bir suçun işlendiğine dair basit bir şüphe ve hatta kuvvetli bir şüphe sebebi bulunmasına rağmen el koyma işlemine konu olacak eşyanın söz konusu suçta kullanıldığına dair yeterli şüphe olmayabilir²⁴³. Örneğin bir şüphelinin tabanca ile düşmanını öldürmesi olayında, olay yerinden elde edilen mermi çekirdekleri ve kovanlarından suçta kullanılan silahın 9 mm çapında bir silah

Bkz. s. 16 vd.

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1119.

ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e. ; s. 445.

ALDEMİR; a.g.e. ; s. 202.

olduğunun tespiti üzerine şüphelinin evinde yapılan aramada ele geçirilen ruhsatlı 7.65 mm çapındaki silaha el konulması için yeterli bir şüphe yoktur.

2. El Koyma Kararı:

Kişilerin mülkiyet haklarıyla özel hayatlarına müdahale eden el koyma tedbirine başvurulabilmesi için Anayasa ve yasalarla öngörüldüğü şekilde usulüne uygun verilmiş bir Hâkim kararı veya yetkili merciin emri gerekmektedir. Anayasa'nın özel hayatın gizliliği hakkını düzenleyen 20. ve konut dokunulmazlığı hakkını düzenleyen 21. maddelerinde el koyma içi kural olarak Hâkim kararına ihtiyaç olduğu, ancak gecikmesinde sakınca olması halinde 24 saat içerisinde Hâkimin onayına sunulmak koşuluyla kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle el koyma işlemi yapılabileceği, yetkili merci emriyle yapılan el koyma işleminin 24 saat içerisinde Hâkim onayına sunulması gerektiği, Hâkimin de bu husustaki kararını 48 saat içerisinde vereceği belirtilerek temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması adına önemli şartlar öngörülmüştür²⁴⁴. Buradaki yetkili merci olarak CMK ile Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amiri belirlenmiştir. Dolayısıyla el koymaya Hâkim tarafından hükmedilmesi halinde el koyma kararı, Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amiri tarafından karar verilmesi halinde ise el koyma emrinden söz edilir²⁴⁵.

Anayasa'nın bu hükümleri doğrultusunda CMK'nın 127. maddesi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde Anayasal hükümlere paralel düzenlemeler yapılmış ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ile kolluk amiri el koyma ile yetkilendirilmişlerdir.

2.1. Hâkim Kararı:

Bilindiği gibi soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine koruma tedbirlerine karar verme yetkisi CMK'nın 162/1. maddesine göre Sulh Ceza Hâkimindedir. Bir koruma tedbiri olan el koyma açısından da karar verecek olan

²⁴⁴ ÇALIŞIR; a.g.e. ; s. 120.

²⁴⁵ ALDEMİR; a.g.e. ; s. 210.

Sulh Ceza Hâkimidir. Soruşturma nerede yürütülüyor olursa olsun el koyma kararını işlemin yapıldığı yerdeki Sulh Ceza Hâkimi verecektir. Kural bu olmakla birlikte bazı özel soruşturmalarda gereken Hâkim kararı için farklı merciler öngörülmüştür. 4483 sayılı yasanın 12/2. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler hakkındaki el koyma kararı Yargıtay'ın ilgili ceza dairesince ilk derece mahkemesi olarak, kaymakamlar hakkındaki el koyma kararı ise işlemin yapılacağı yer Asliye Ceza Mahkemesince verilecektir.

Kovuşturma aşamasında ise el koyma nerede yapılırsa yapılsın kararı yargılamayı yürütmekte olan yetkili ve görevli Mahkeme verecektir.

CMK'nın 163/1. maddesine göre suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda el koyma kararını da Sulh Ceza Hâkimi verecektir. Bu karar Hâkim sıfatıyla verileceğinden yeniden onaylanması gerekmez.

Görüldüğü gibi konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, mülkiyet gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan el koyma tedbiri Hâkim kararına bağlanarak toplum düzeni ve birey hakları arasındaki dengenin sağlanması adına bağımsız ve tarafsız kimliği ile Hâkimin bu hususta teminat olması öngörülmüştür. El koymanın Hâkim kararına bağlanması hukuk devletinin de bir gereğidir. Hâkim bir el koyma talebi karşısında el koyma için gerekli olan şüphenin var olup olmadığını hukukçu kimliği ile değerlendirerek bağımsız ve tarafsız kimliği ile de el koymayla amaçlanan toplum menfaati ile ihlal edilecek kişi haklarını karşılaştıracaktır. El koyma kanundaki şartlara uygunsuz ve toplum çıkarı ağır basıyorsa el koyma kararı verecek, kişilerin temel haklarına Hâkim kararı doğrultusunda hukuka uygun şekilde müdahale edilecektir.

El koyma kararı mutlaka yazılı olacağı gibi Anayasa'nın 141/3. ve CMK'nın 230/4. maddelerine göre mutlaka gerekçeli de olacaktır. El koyma kararında kararı veren Hâkimin ve kararı yazan kâtibin isimleri ve sicil numaraları, karara konu olan eşyanın türü ve özellikleri, el koymanın hangi amaçla verildiği, el koyma kararının gerekçesi, kararın tarihi yazılmalı ve karar Hâkim ve kâtip tarafından imzalanmalıdır²⁴⁶. CMK'nın ilgili hükümlerinde el koyma kararının içeriğinde bulunması gerekenler açık şekilde düzenlenmemiştir. Ancak CMK'nın arama kararıyla ilgili hükmü kıyasen el koyma kararları için de uygulanabilir. Dolayısıyla el koymanın nedenini oluşturan fiil, el konulacak eşya ve şey, kararın geçerli olacağı zaman açıkça gösterilmelidir²⁴⁷.

Hemen belirtmek gerekir ki el koyma genellikle arama ile bağlantılı olarak başvurulmuş bir koruma tedbiridir. Bu sebeple arama kararı verilirken el koyma işlemi yapılması da bekleniyorsa bunun da kararda mutlaka ayrıca gösterilmesi gerekir. Çünkü yalnızca arama kararına dayanılarak el koyma yapılamaz. Dolayısıyla arama

248

ve el koyma kararları somut olayların özelliğine göre birlikte verilmelidir²⁴⁸.

2.2. Cumhuriyet Savcısı veya Kolluk Amirinin Emri:

Anayasanın yukarıda belirtilen hükümleri doğrultusunda CMK'nın 127/1. maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde el koyma emrini Cumhuriyet Savcısı, Savcıya ulaşamıyor ise kolluk amiri verebilir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal ile ilgili olarak açıklamalarımızı yapmıştık²⁴⁹. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak belirtilmiştir.

²⁴⁶ AYDIN; a.g.e. ; s. 167.

²⁴⁷ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 392.

²⁴⁸ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e. ; s. 445; ŞAHİN; a.g.e; s. 251.

Dolayısıyla el koyma işlemi için Hâkimden karar almaya, Hâkime müracaat etmeye ve onun bu kararı verip ilgili birime ulaştırmasına yetecek vakit yok ise gecikmede sakınca var demektir. Tabî ki bu husus her somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. İşte bu durumda el koyma emrini Cumhuriyet Savcısı verebilecektir. Eğer böyle bir durumda Cumhuriyet Savcısına da ulaşamıyorsa kolluk amiri el koyma emri verebilir.

Kolluk amirine verilen yetki aslında pratik gibi gözükse de CMK'da yer alan

250

Savcıya ulaşamaması şartı muğlâk bir ifadedir . Uygulamada Nöbetçi Cumhuriyet Savcıları 24 saat esasına göre çalıştıklarından Cumhuriyet Savcısına ulaşamaması neredeyse imkânsız bir durumdur. Bir Savcıya ulaşamazsa mutlaka aynı yerdeki bir diğer Savcıya ulaşılacaktır. Dolayısıyla kolluk amirinin bu yetkisi çok istisnai durumlarda uygulanmalı, yazılı emirde Cumhuriyet Savcısına ne şekilde ulaşamadığı, Cumhuriyet Savcısının hangi vasıtalarla arandığı detaylarıyla belirtilmelidir. Kolluk amiri konut, iş yeri ve kamuya açık olmayan yerlerde arama emri veremeyeceğinden bu yerlerdeki eşya hakkında da el koyma kararı veremeyecektir . Kolluk amiri ancak üstü aranan kişiden ele geçirilen veya kamuya açık alanda bulunan eşya hakkında el koyma emri verebilir.

251

CMK'nın 127/1. maddesinde Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amiri tarafından verilecek el koyma emrinin yazılı olacağı açıkça belirtilmiştir. İlgilinin rızasıyla muhafaza altına alma Cumhuriyet Savcısının sözlü emriyle olabiliyorken el koyma için mutlaka yazılı emir gereklidir. El koyma emri de genellikle arama emriyle birlikte verileceğinden emirde açıkça ve ayrıca belirtilmelidir.

Gecikmesinde sakınca bulunan halden dolayı Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amirinin emriyle yapılan el koyma işleminin 24 saat içerisinde işlemin yapıldığı yerdeki Sulh Ceza Hâkimine sunulması gerekmektedir. Hâkim kendisine başvurulduktan sonraki 48 saat içerisinde kararını verecektir. Bu 48 saatlik sürenin belirlenebilmesi için Hâkim başvurunun kendisine ulaştığı anı evrak üzerine tarih ve

²⁵⁰ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 392.

²⁵¹ ALDEMİR; a.g.e. ; s. 214.

saati yazmak suretiyle kayıt altına alması gerekir. Bundan sonra Hâkim el koyma emrinin yetkili makamlarca yazılı olarak verilip verilmediği, somut olayın özelliklerine göre gecikmesinde sakınca bulunan halin var olup olmadığı, kolluk amirinin verdiği el koyma emrinde Cumhuriyet Savcısına ulaşılamama durumunun var olup olmadığı, el koyma işleminin usulüne uygun icra edilip edilmediği, el koyma için gerekli olan şüphenin var olup olmadığı, onaya sunma işleminin 24 saat

252

içerisinde yapılıp yapılmadığı hususlarını değerlendirerek kararını verecektir . Bu şartlardan bir veya birkaçı yoksa el koyma onaylanmayacaktır. Uygulamada el koyma emrinin 24 saat geçtikten sonra onaya sunulması durumunda onay talebi reddedildiğinde el konulan eşyalar sahibine iade edilip tekrar bir el koyma işlemi yapılıp bu sefer süresinde onaya sunularak bu sorun aşılıp çalışılmaktadır. Kanımca 24 saatlik sürenin haklı sebeple az bir zaman ile aşıldığı durumlarda bu ikinci el koyma işlemi onaylanabilir ancak soruşturma makamının hiçbir sebep yokken yapmış olduğu bu hatasını kanunu dolanarak ve kişilerin özel hayatlarına tekrar tekrar müdahale ederek telafi etmesi hukuka uygun olmayacaktır.

Hâkim 48 saat içerisinde bir karar vermezse veya el koyma işlemini onaylamazsa el koyma kendiliğinden kalkar. Bu durumda el konulan eşyanın zilyedine teslim edilmesi gerekir. Ayrı bir iade kararına gerek yoktur. Artık bu aşamadan sonra eşyaların iade edilmemesi ilgililerin, hukuki, cezai ve disiplin sorumluluklarını gerektirecektir. Bu onay sürecinde Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5/4. maddesine göre el konulan eşyanın muhafazası için gerekli tedbirler, Cumhuriyet

253

Başsavcılığınca alınır .

3. El Koymaya Konu Olabilecek Bir Eşyanın Bulunması:

Eşya maddi özelliğe sahip insan dışı her türlü şeyleri veya malları ifade

254

eder . El koymanın konusu her zaman bir eşyadır. Bu eşya ya iddiaya konu

eylALDErMilRila gisp at 2îac ı olarak yararlı olacaktır ya da suçtan elde edildiği için

ÇALIŞIR; a.g.e. ; s. 121.

ALDEMİR; a.g.e. ; s. 203.

müsadereye konu olacaktır. El koyma hangi amaçla yapılıyor ise söz konusu eşyanın alınması ile o amaca ulaşılacağı konusunda yeterli şüphe bulunması gerekir²⁵⁵. El koymanın amacına hizmet etmeyecek eşyaya el konulmamalıdır. El konulacak eşyanın ekonomik bir değere taşıyıp taşımadığı önemli değildir. Örneğin bir yaralama eyleminde kullanılan odun parçasının maddi değeri yoktur ancak üzerindeki kan lekeleri ve meydana gelen yaralanma açısından delil niteliğindedir. Bu sebeple odun parçasına el konulacaktır.

İnsan vücuduna ait parçalar eşya olmadığından el koymanın konusunu oluşturmaz. Ancak bunlarla ilgili ayrı biyolojik delil elde etme yöntemleri CMK'nın 75 vd. maddelerinde mevcuttur.

Kazanç müsaderesine konu olabilecek ve suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlara da el konulabilir.

Bazı durumlarda kamu davası açılmayacak bile olsa bulundurulması suç teşkil eden eşyaya el konulacaktır. Çünkü her halde bu eşyanın müsaderesi gerekmektedir. Örneğin 12 yaşından küçük bir çocuğun üzerinde esrar maddesi bulunsa yaş küçüklüğü sebebiyle bu çocuk hakkında suçtan kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecek ancak ele geçirilen esrar maddesine el konularak madde CMK'nın 256/1. maddesi uyarınca müsadere edilecektir. Dolayısıyla eşya kamu davası açılmasına hizmet etmese bile bu gibi durumlarda el koyma mümkündür.

4. El Konulması Yasak Olan Eşyanın Söz Konusu Olmaması:

Bazı durumlarda el konulacak eşyanın delil değeri ne olursa olsun el koyma işlemi ile meydana gelecek zarar, elde edilmesi beklenen yarardan açıkça oransız olabilir. İşte kanun koyucu bu gibi durumlarda kişilerin ve devletin menfaatlerini dikkate alarak bir takım eşyalara el konulamayacağını açıkça düzenlemiştir.

4.1. El Konulamayacak Mektuplar ve Belgeler: (CM K m. 126)

Kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması (*nemo tenetur*) ilkesi Ceza Muhakemesine egemen olan temel ilkelerden birisidir. Bu ilke Anayasamızın 38/5. maddesinde de açıkça ifade edilmiştir. Susma ve tanıklıktan çekinme hakları bu ilkenin yansımalarıdır. Bu ilkelerin gerektiği gibi hayata geçirilebilmesi için el konulacak eşyalarda bazı istisnalar getirilmesi zorunludur²⁵⁶. Bu doğrultuda CMK'nın 126. maddesinde, şüpheli veya sanık ile CMK'nın 45 ve 46. maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde buldukça el konulamayacağı düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi buradaki el koyma yasağı sadece şüpheli ve sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı olanlar arasında geçerli olacaktır. CMK'nın 45. maddesine göre şüphelinin veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmamış olsa bile eşi, kan veya kayın hısımlığından üst soyu ve alt soyu, üçüncü derece dâhil kan hısımları, ikinci derece dâhil kayın hısımları, evlatlığı veya evlat edineni tanıklıktan çekinebilir. CMK'nın 46. maddesine göre ise avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler açısından, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler açısından, malî işlerde görevlendirilmiş danışmanlar ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla

hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler açısından tanıklıktan çekinme hakları vardır. İşte şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bu kişiler arasında gönderilmiş olan mektuplar ve belgelere bu kişilerin yanında buldukları sürece el konulamayacaktır.

Tanıklıktan çekinme hakkına sahip bu kişiler aynı soruşturmada şüpheli durumunda olsalar bile bahsi geçen mektup ve belgelere el konulamayacaktır.

CMK'nın 126. maddesinin lafzından da anlaşılacağı üzere el koymanın konusunu mektuplar ve belgeler oluşturmaktadır. Mektup kavramının içeriği açıktır ancak belge kavramının içinin doldurulması gerekmektedir. Elektronik posta yoluyla yapılan yazışmalar CMK'nın 135. maddesi kapsamında iletişimin tespiti tedbirinin konusunu oluşturduğundan CMK'nın 126. maddesindeki mektup kavramına dâhil

257

değildir . Buradaki belgenin sözü edilen kişiler arasındaki mektup dışındaki her türlü plan, kroki ve notlar gibi yazışma olması mümkündür. Elektronik posta dışındaki elektronik ortamda bulunan yazıların madde kapsamına dâhil olup olmadığı hususunda açıklık yoktur. Örneğin taşınabilir bellek ve CD ortamındaki yazışmaların da bahsi geçen kişiler arasında olduğu anlaşılıyorsa el koyma yasağına tabi olması gerekir. Konuya ilişkin olarak bilgisayarlarda arama ve el koymanın düzenlendiği

258

CMK'nın 134. maddesinde bu hususla ilgili hüküm yoktur . Dolayısıyla CMK'nın 126. maddesi bu konudaki yazışmalara da uygulanabilmelidir. Çünkü çıktısı alınmamış bu belgeler de halen bu kişilerin nezdinde sayılır.

El koyma yasağı için var olması gereken diğer bir şart ise söz konusu mektup ve belgelerin; şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecek kişilerin nezdinde, diğer bir ifadeyle bu kişilerin eşya üzerinde fiilen tasarruf imkânları bulunacak şekilde eli altında olmasının gerekmesidir. Nezdinde bulunmaktan maksat sadece kişinin üzeri değildir. Mektup ve belgelerin yerleşim yerinde veya iş yerinde bulunması da

259

yeterlidir²⁵⁹. Örneğin tanıklıktan çekinme hakkına sahip bir kişinin belge ve

ALDEMİR; a.g.e. ; s. 205.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 389.

ALDEMİR; a.g.e. ; s. 204.

mektupları banka kasasında bulundurması durumunda da bu belge ve mektuplar kişinin nezdinde sayılmalıdır²⁶⁰. Bu mektup ve belgeler postalanmış ise artık muhatabının ve yazar kişinin nezdinde olmayacağından postada el koyma tedbiri uygulanabilir.

El koyma yasağı ile özel hayatın gizliliği korunmaya çalışıldığından bahsi geçen mektup ve belgeler yayınlanarak aleniyet kazanmışlarsa ve bunları yazar kişi ile muhatap kişinin elinde değilse artık bunlara el konulabilecektir.

4.2. Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler: (CMK m. 125)

Suç soruşturmasında başvuru tedbirler kişilere yönelik olabileceği gibi Devlet'e de yönelik olabilir. Özellikle özgü suçların soruşturulduğu bazı durumlarda Devlet'e ait bilgilerin de araştırılması gerekebilir. İşte bu durumlarda —*Devlet Sırrı*” kavramı karşımıza çıkmaktadır.

CMK'nın 47. maddesine göre açıklanması devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler devlet sırrı sayılmaktadır. CMK'nın 125. maddesinin gerekçesine göre ise; devlet sırrı ancak belirli kamu görevlileri tarafından vakıf olunabilen, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin güvenliği ve milli savunma bakımından yetkisiz kişilere karşı gizli tutulması gereken bilgilerdir²⁶¹. Bu bağlamda güvenlik kuvvetleri tarafından kullanılan teknik donanımlar ile askeri bakımdan önem arz eden üretim tesislerine ilişkin bilgiler de devlet sırrı sayılmaktadır²⁶².

AYDIN; a.g.e. ; s. 172.

YALVAÇ; a.g.e. ; s. 660.

ALDEMİR; a.g.e. ; s. 233.

Devlet sırrı içeren belgelerin incelenmesi CMK'nın 125. maddesinde düzenlenmiştir:

(1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz.

(2) Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedilir.

(3) Bu Madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.

Kanunda öngörülen hapis cezasının alt sınırı 5 yıldan fazla olan bir suçla ilgili yürütülen kovuşturma kapsamında el konulması gereken bir belgenin devlet sırrı niteliğinde olduğu iddia edilir ise bu belgeler Cumhuriyet Savcısının ve zabıt kâtibinin dahi bulunmadığı bir ortamda mutlaka Hâkim veya Mahkeme tarafından incelenecektir. Söz konusu belgelerin içeriklerinde iddiaya konu suçu aydınlatabilecek yönler mevcutsa sadece bu yönleri tutanağa bağlanacak ve duruşmada okunacaktır. Böylece yargılamanın taraflarınca da bu bilgilerin öğrenilmesi ve tartışılması sağlanmış olacaktır.

CMK'nın 125. maddesinde sadece mahkeme hâkimi veya heyetinden bahsedildiğinden devlet sırrına ilişkin belgelerin incelenmesi konusunda sadece kovuşturma aşamasının dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Hâkimin soruşturma aşamasında delil araştırması yapması Ceza Muhakemesi Hukukumuzda kabul edilmemiştir²⁶³.

Devlet sırrı içeren belgelerin Cumhuriyet Savcısının dahi katılmadığı bir oturumda incelenmesi silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir. Zira Cumhuriyet Savcısı iddia makamıdır ve muhakemenin bir tarafıdır. Cumhuriyet Savcısı bu

belgelerin incelenmesine katılacaksa sanık ve avukatı ile katılan tarafın da katılması gerekecektir. Aslında daha önce de belirtildiği gibi Ceza Muhakemesi Hukukumuzda diğer sistemlerden farklı olarak Cumhuriyet Savcıları sanığın hem lehine hem de aleyhine olan işlemleri yapmakla yükümlü olduğundan bahsi geçen incelemeye katılabilmesi gerektiği kanısındayım. Çünkü bu durumda sanığın lehine bir bulguyu öğrenen Cumhuriyet Savcısı bunu da mutlaka gündeme getirecektir.

Devlet sırrı içeren belgeler açısından sadece kovuşturma evresinin dikkate alındığı, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının bu nitelikte bir belgeyi ele geçirdiğinde ne şekilde hareket etmesi gerektiğinin CMK' da düzenlenmediği görülmektedir. Cezasının alt sınırı beş yıldan fazla olan bir suçla ilgili soruşturma kapsamında böyle bir durumla karşılaşan Cumhuriyet Savcısının devlet sırrı olduğu iddia edilen belgeyi incelemeksizin kapalı zarf içerisinde mühürlü şekilde dosyada muhafaza etmeli ve iddianamesinde içeriğine dayanmadan böyle bir belgenin varlığından söz etmelidir. Bu şekilde belge sadece mahkemenin incelemesine kovuşturma aşamasında sunulmuş olacaktır.

Doktrinde devlet sırrının bu şekilde mahkemeye karşı gizli tutulamayacağına ilişkin düzenlemenin hatalı olduğu savunulmaktadır²⁶⁴. Kanımca bir belgenin devlet sırrı olduğundan söz ederek yargılama makamlarından gizli tutulması hukuk devleti ilkesi ile çelişki oluşturacaktır. Böyle bir durumda birçok eylemin örtbas edilmesinin de önü açılacaktır. Ancak tabii ki devlet sırrı içeren belgelerin her olayda irdelenmesi de devletin güvenliği açısından sakıncalar doğuracak ve ceza muhakemesinde ulaşılmaya çalışılan yarardan daha çok zarar oluşturacaktır. Dolayısıyla CMK'nın 125. maddesinde her suçta değil, sadece belli ağırlıktaki suçlarda bu düzenleme kabul edilmek suretiyle ölçülülük ilkesine de uygunluk sağlanmıştır²⁶⁵. Yolsuzlukla mücadele açısından da büyük öneme sahip olan bu düzenleme ile kanun koyucu bir taraftan maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyen devlet sırrını mahkemeye karşı

KUNTER, YENİSEY, NUHOGLU; a.g.e. ; s. 1118.

ŞAHİN; a.g.e; s. 252.

açık tutmuş, diğer taraftan da bunu sadece belli suç tipleri için mümkün kılarak devlet sırrını kısmen de olsa korumuştur²⁶⁶.

4.3. Müdafî ile Yazışmalar: (C M K m. 154)

CMK'nın 154. maddesine göre gözaltında veya tutuklu olan şüpheli veya sanığın müdafî ile yazışmaları denetime tabi tutulamayacağından bu yazışmalara el konulması da mümkün değildir. Çünkü el koyma sonucunda inceleme söz konusu olacak ve böylece yazışmalar da denetlenmiş olacaktır²⁶⁷. Dolayısıyla bu hususu da bir el koyma yasağı olarak kabul edebiliriz.

4.4. Basın Araçları: (Anayasa m. 30)

Anayasa'nın 30. maddesine göre kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz. Bu husus ta bir el koyma yasağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada önemli olan el koyma işleminin yapılacağı basın işletmesinin ilgili kanuna uygun şekilde kurulmuş olmasıdır. İlgili kanun Basın Kanunu'dur.

VI. El Koymanın İcrası ve Çeşitleri:

1. Basit El Koyma:

Basit el koyma işlemi temel olarak iddiaya konu suçla ilgili delilleri elde etmek, bu delilleri korumak ve müsadereye tabi eşyayı adliyenin eli altında tutmak amacıyla yapılır. Buradaki el koymanın konusunu suçun delili veya eşya ile kazanç müsaderesinin konusu olan her türlü taşınır eşya oluşturur. Taşınmaz, hak ve alacaklar ile taşıt araçları özel hükümlere tabidir.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 390.
ŞAHİN; a.g.e; s. 253.

El koyma kararı veya emri kolluk görevlileri aracılığı ile yerine getirilir. İlgili kişi istenilen eşya veya mal varlığı değerini rızasıyla teslim ederse daha önce de belirtildiği gibi el koyma değil muhafaza altına alma söz konusu olacaktır. İlgili kişi rıza ile teslimine yanaşmazsa zor kullanma yetkisine sahip olan kolluk görevlileri karar veya emre uygun olarak ve zilyede orantılı şekilde zor kullanarak el koyma işlemini gerçekleştireceklerdir. El koyma işlemi yapılırken el koymanın amacına uygun davranmak ve kişi hak ve özgürlüklerine en az şekilde müdahale etmek gerekir. Basit el koyma işlemi genellikle arama ile birlikte uygulanacağından daha önce detaylarıyla bahsettiğimiz arama işleminde dikkat edilmesi hususlara el koyma işleminde de aynen dikkat edilmelidir.

Kural olarak basit el koyma işlemine Cumhuriyet Savcısının bizzat katılmasına gerek yoktur. Ancak arama işlemine Cumhuriyet Savcısına katılmasının zorunlu olduğu avukat bürolarının aranması gibi durumlarda el koyma kararı veya emrinin icrası sırasında da Cumhuriyet Savcısının hazır bulunması bir zorunluluktur. Aksi halde el koyma işlemi kanuna aykırı olacaktır²⁶⁸.

Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre suç eşyasına el koyan kolluk görevlisi ilk önce buna dair bir tutanak düzenleyecektir. Bu el koyma tutanağında eşyanın cinsi ve miktarı ile eşyayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayacak her türlü ölçü, işaret gibi özellikleri, el konulan eşyanın takdir ettirilen değeri, hangi suçtan dolayı, kimden, nerede ve ne yoldan alınmış olduğu, el koymaya katılan kolluk görevlileri ile diğer kişilerin kimlik bilgileri, işlemin tarihi ve saati belirtilecektir. El konulan eşyanın değeri uygulamada el konulan eşyadan anlayan bir esnafa tespit ettirilerek ayrıca bir —*takdir-i kıymet tutanağı*” düzenlenmektedir²⁶⁹. Bu detaylı tutanağın düzenlenmesi işlemin denetimi ve daha sonraki hukuka aykırılık iddiaları için büyük önem taşımaktadır.

ALDEMİR; a.g.e. ; s. 231.

ÇALIŞIR; a.g.e. ; s. 122.

El konulacak eşyayı bulundurduğu bilinen zilyedin CMK'nın 124. maddesine göre bu eşyayı görevlilere teslim etme zorunluluğu vardır. Zilyedin sakladığı eşya bulunamıyor ve bu kişi de eşyayı teslim etmiyor ise hakkında CMK'nın 60. maddesi kapsamında disiplin hapsi uygulanacaktır. Disiplin hapsinin uygulanabilmesi için söz

270

konusu eşyanın hapsi istenen kişide bulunduğu kesin olması gerekir . Böyle bir durumda teslim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiye hüküm verilinceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Bu kararı soruşturma aşamasında Sulh Ceza Hâkimi kovuşturma aşamasında yargılamayı yürüten Mahkeme verecektir. Anayasa'nın 38/5. maddesinde yer alan kimsenin kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamayacağı (*nemo tenetur*) ilkesinin bir gereği olarak CMK'nın 124/2. maddesinde disiplin hapsinin şüpheli, sanık ve tanıklıktan çekinebilecek kişiler hakkında

271

uygulanmayacağı düzenlenmiştir . Hakkında disiplin hapsi uygulanan zilyet eşyanın yerini bildirirse derhal tahliye olacaktır. Disiplin hapsi niteliği itibariyle adli sicil kaydına girmez, seçenek yaptırımlara çevrilmez, ön ödeme ve uzlaşmaya tabi değildir, tekröre esas olmaz, şartlı tahliye uygulanmaz ve ertelenemez.

CMK'nın 132/4. maddesine göre el konulan eşya delil değerini ve maddi değerini kaybetmeyecek şekilde muhafaza altına alınmalıdır. Bunun için gerekli tedbirler alınmalı ve eşyanın bozulması önlenmelidir. Bu tedbirlerin alınmasında ihmal gösterilmesi sonucunda eşya zarar görürse CMK'nın 141/1 -j maddesine göre tazminat sorumluluğu doğacaktır. Dolayısıyla Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5/3. maddesine göre kolluk el koyduğu eşyayı niteliğine uygun şekilde ambalajlayacak ve mühürleyecektir. Uygulamada "*koli kapama tutanağı*" denilen tutanak ta tutulmaktadır. El konulan eşya yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı'nın emanet memurluğuna teslim edilir. Suç Eşyası Emanet Yönetmeliği'ne göre her Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde bir adalet emanet dairesi bulunur. Emanet memurunun atanmasına lüzum görülmeyen hallerde bu görev, ilgili yer Cumhuriyet Başsavcısının teklifi üzerine Adalet Komisyonunca, Adalet Komisyonu bulunmayan yerlerde bu yer Cumhuriyet Başsavcısınca belirlenecek yazı işleri müdürü veya zabıt

²⁷⁰ AYDIN; a.g.e. ; s. 175.

²⁷¹ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 395.

kâtiplerinden birine geçici olarak verilir. Yönetmeliğe göre emanet daireleri penceresiz, değil ise dışarıdan sökülemeyecek biçimde demir parmaklıklı pencereci, çift kilitli çelik ya da demir kapılı, rutubetsiz olmalıdır. El konan mal varlığı değerinin para olması durumunda ise söz konusu paralar bankaya yatırılacaktır. Hesaptan para çekilmesi, Cumhuriyet Savcısının havalesini içeren onaylanmış bir yazıyla mümkündür. Bankaya yatırılan paraların faizleri anapara ile birlikte Yönetmeliğin iade veya müsadereye ilişkin hükümlerine tabidir. İadesine karar verilmiş olup da sahibi ölmüş veya hakkında gaiplik kararı alınmış olan kişilere ait eşya miras taksimi için Tereke Hâkimliğine gönderilir²⁷².

Son olarak belirtmek gerekir ki CMK'nın 127/5. ve Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5/5. maddelerine göre el koyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura Cumhuriyet Başsavcılığınca gecikmeksizin bildirilir. Suçun belirli bir mağduru yoksa bildirim yapılmayacaktır. Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amirinin emriyle el koyma yapılan durumlarda bildirim el koyma işleminin hemen sonrasında Hâkim onayı beklenmeden yapılmalıdır²⁷³. Eğer bildirim başarısız olacak veya el konulan eşyanın değerinden fazlaya mal olacak ise bildirimden vazgeçilebilir²⁷⁴.

2. Taşınmaz, Hak ve Alacaklara El Koyma: (C M K m. 128)

Ceza Hukukumuzda suç işlenmesi ile sağlanan menfaatin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere edilmesi TCK'nın 55. maddesinde kazanç müsadere kavramıyla kabul edilmiştir²⁷⁵. Hem bu amaca hizmet ederek ceza muhakemesinin gereği gibi yapılabilmesini sağlamak hem de tamamen maddi çıkar amacı taşıyan organize suçlulukla mücadele edebilmek adına CMK'nın 128. maddesinde taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbiri düzenlenmiştir. Çıkar amaçlı suç örgütlerinin çökertilmesi bu yapılanmaların mali kaynaklarına müdahale edilmeden mümkün olmamaktadır²⁷⁶.

Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 4, 9, 12, 13 ve 20. maddeleri.

ÇALIŞIR; a.g.e. ; s. 123.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 395.

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1123.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 403.

Doktrinde —*taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma*” kavramı yerine —*genişletilmiş el koyma*” kavramı kullanılmaktadır. Bunun bir sebebi CMK'nın 128. maddesinde basit el koymanın ötesinde hak ve alacaklarla ilgili el koyma kurallarının da düzenlenmiş olmasıdır. Diğer bir sebep ise CMK'nın 128. maddesinin içeriğinde taşınmaz, hak ve alacakların yanında kıymetli evrak, kara ve hava taşıtlarına el konulması konularının da düzenlenmiş olmasıdır. Bu açıdan da tedbirin başlığı içeriğini tam olarak yansıtmamaktadır. Dolayısıyla doktrinde —*genişletilmiş el koyma*” terimi kullanılmaktadır²⁷⁷.

CMK'nın 128. maddesi kapsamında yapılacak el koymanın konusunu şüpheli veya sanığa ait taşınmazlar, kara, deniz ve hava ulaşım araçları, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesap, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklar, kıymetli evrak, şirket ortaklık payları, kiralık kasa mevcutları ve diğer malvarlığı değerleri oluşturmaktadır. Bunlara bir başkası zilyetliğinde bulunsa dahi

el konulabilmektedir²⁷⁸. Görüldüğü gibi organize suçlulukla mücadele adına bu yapılanmaların sirayet edebileceği her olasılık kanun koyucu tarafından dikkate alınarak hiçbir malvarlığı değerinin kapsam dışında kalmaması sağlanmıştır. Bu şekildeki bir torba düzenleme hükmün amacıyla koşut olarak uygulama alanını da genişletmektedir.

Yukarıda bahsi geçen taşınmaz, hak ve alacaklarla diğer malvarlığı değerlerine CMK'nın 128. maddesi kapsamında el konulabilmesi için mutlaka maddenin ikinci fıkrasında tahdidi şekilde sayılan suç işlemek amacıyla örgüt kurma, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, ihaleye fesat karıştırmak, silah kaçakçılığı gibi katalog suçlardan bir veya birkaçının söz konusu olması gerekir. Bu katalog suçlar

sınırlı sayıda olup kıyas yoluyla çoğaltılamaz veya azaltılamaz²⁷⁹. Bu katalog suçlar dışındaki suçlarla ilgili olarak taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma kararı verilemeyecektir ancak TCK'nın 55. maddesi kapsamında kazanç müsadereci amacıyla basit el koyma işlemi yapılabilecektir. Örneğin katalog suçlardan olmayan

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 401.

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1123.

ALDEMİR; a.g.e. ; s. 237.

banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu açısından CMK'nın 128. maddesi kapsamında şüphelinin suçtan elde ettiği düşünülen bir eve el konulamayacaktır ancak şüphelinin üzerinde yapılan aramada suçtan elde ettiği anlaşılan para, cep telefonu veya saat gibi eşya hakkında kazanç müsaderesine esas olmak üzere basit el koyma uygulanabilecektir.

CMK'nın 128. maddesi kapsamında el koyma işlemi yapılabilmesi için bahsi geçen katalog suçların işlendiğine ve malvarlığı değerlerinin bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphenin bulunması gerekmektedir. Görüldüğü gibi

280

Düzenleme böyle iken çalışmamız sırasında 6 Mart 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6526 sayılı yasanın 10. maddesi ile CMK'nın 128. maddesi değiştirilmiş olup, yeni düzenlemeye göre katalog suçların işlendiğine ve malvarlığı değerlerinin bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı halinde somut olarak belirlenmiş taşınmaz, hak ve alacaklara el konulabileceği, el koyma kararının ise her halükarda Ağır Ceza Mahkemesince oybirliği ile verileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bahsi geçen düzenlemeyle bu tedbirin uygulanabilmesi için bir de şekil şartı öngörülmüştür. Buna göre bu madde kapsamında el koyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre BDDK, SPK, MASAK, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması gerekmektedir. Bu rapor en geç 3 ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine 2 ay daha uzatılabilir. Değişiklik öncesinde de genişletilmiş el koyma tedbirinin uygulanabilmesi için kuvvetli şüphe aranıyordu. Değişiklik ile bu şüphenin somut delillere dayanması gerektiği belirtilmiştir. Kanımca bu husus mevcut uygulamadan çok da farklı değildir. Çünkü zaten el konulacak değerler katalog suçtan elde edildiğine dair kuvvetli şüphenin bulunabilmesi için bu konuda somut delillerin bulunması gerekir. Değişiklikle zaten var olması gereken bu durum kanunlaşmıştır. El konulacak değerler somut olarak belirlenmesi gerektiğine dair değişiklik de ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak olumlu bir gelişmedir. Zira bir şahsın tüm banka hesapları yerine suçtan elde edildiği somut şekilde tespit edilmiş belirli banka hesaplarına el konulması ulaşılmak istenen amaca daha uygun olacaktır. Şekil şartına gelince, gerçekten de kapsamlı örgüt soruşturmalarında uygulanan genişletilmiş el koyma için el konulacak değerler suçtan elde edildiğini açık şekilde belirlemek kolluğun imkânları ve klasik yöntemlerle çok da mümkün gözüküyordu. Dolayısıyla bu hususta işin uzmanı olan kurumlardan rapor alınması soruşturmanın ve nihayet genişletilmiş el koyma tedbirinin sağlam temellere dayanmasını sağlayacaktır. Bununla birlikte raporun hazırlanması için gereken sürenin uzun tutulduğunu belirtmek gerekir. Sonuçta soruşturmanın sürüncemede bırakılmaması için bahsi geçen rapor bir an önce Cumhuriyet Savcısına sunulmalıdır. Diğer bir eleştiri ise düzenlemede raporun hazırlanma süreci ve raporun mutlaka gizli olması gerektiğine dair ibarenin bulunmamasına yönelik yapılabilir. Sonuçta raporu hazırlayacak yetkililer araştırma yapabilmek için bir şekilde el konulacak değerlerin ilgilileriyle irtibata geçmeye çalışacaklarından ve temelde ceza muhakemesi uzmanı olmadıklarından gizliliğe gerektiği gibi riayet edilmeyebilir. Bu da soruşturmanın geleceğini tehlikeye düşürebilir. Tabi bu hususun adli soruşturmanın gizli olduğuna dair genel ilkeye dayandığını söyleyebiliriz ancak bu konuda raporu hazırlayacak görevlilerin de bilgilendirilmesi zorunluluğu doğmaktadır. Söz konusu kanun değişikliği ile normal soruşturmalarda bile Ağır Ceza Mahkemesine soruşturma hâkimliği görevi verilmektedir. Genişletilmiş el koyma tedbirinin yöneldiği değerlerin önemi dikkate alındığında Hukuk Devleti ilkesi açısından değişikliğin yerinde olduğunu söyleyebiliriz. Ancak hapis cezasına mahkûmiyet kararının dahi oy çokluğu ile verilebildiği bir sistemde soruşturma tedbiri olan genişletilmiş el koyma kararının oy birliği ile verileceğine dair düzenleme çelişkili görünmektedir. Bu açıklamalarımızla birlikte değişiklik çok yeni olduğundan ve uygulamada ne gibi olumlu veya olumsuz sonuçlara yol açacağı henüz bilinmediğinden burada sadece genişletilmiş el koyma için gereken kuvvetli şüphenin artık somut delillere dayanması ve el konulacak

genişletilmiş el koyma için basit el koymada gerekli olan yeterli şüphenin de ötesinde kuvvetli şüphe öngörölmüştür. Buradaki şüphe iki yönlüdür. El konulacak mal varlığı değerinin hem suçun işlendiğine hem de kazanç müsadereesine konu olabileceğine dair kuvvetli şüphe ihtiva etmesi gereklidir. Dolayısıyla somut olayda malvarlığı değerlerinin nasıl elde edildiği detaylı şekilde araştırılmalı ve mutlaka malvarlığının kaynağına ulaşılmalıdır ki suçtan elde edilip edilmediğine dair bir kanaat oluşturulabilsin. Bunun için de her malvarlığı değeri açısından ayrı ayrı uzman olan muhasebe, hesap, gayrimenkul alanlarında bilirkişilerin yardımından faydalanılmalıdır²⁸¹.

Genişletilmiş el koyma için kuvvetli şüphenin öngörölmesiyle CMK'nın 128. maddesi kapsamındaki el koyma tedbirinin Anayasa'nın 38. maddesinde yasaklanmış olan genel müsadere cezası olarak yorumlanması engellenmiřtir²⁸². El koyma ile bu malvarlığı değerleri üzerindeki özel mülkiyet sona erdirilmediğinden ve yargılamanın sonuna kadar geçici olarak el konulduğundan bu açılardan da genişletilmiş el koyma genel müsadere olarak nitelendirilemez²⁸³.

CMK'nın 128. maddesinin 9. fıkrasına göre genişletilmiş el koyma kararını ancak Hâkim verebilir. Bu Hâkim, bilindiği gibi soruşturma aşamasında Sulh Ceza Hâkimi, kovuşturma aşamasında ise yargılamayı yürüten Mahkemedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi Cumhuriyet Savcısı el koyma emri veremeyecektir.

değer için ilgili kurumlardan rapor alınması gerektiğini, el koyma kararını vermekle görevli Ağır Ceza Mahkemesinin bu kararı oybirliği ile vereceğini belirtmekle yetiniyoruz.

²⁸¹ Nitekim Yargıtay 6. Ceza Dairesi de bir kararında bu hususu şu şekilde dile getirmiştir: —*Sanıklara ait olup soruşturma aşamasında 5271 sayılı CMK'nın 250/1-b maddesi yollamasıyla aynı yasanın 128. maddesi gereğince Mahkeme tarafından el konulan ve hükmle birlikte 5237 sayılı TCK'nın 54 ve 55. maddeleri uyarınca müsadere hüksmedilen çeşitli şirketlere ait müşteri hesabındaki hisselerin adı geçen sanıklar adına edinilme tarihleri araştırılıp, edinilme tarihleri örgütün oluşturulduğu ve faaliyet gösterdiği 22.05.1999 ile 13.09.2005 tarihleri arasında ya da el koyma kararının verildiği 28.09.2005 gününe kadar ise müsadere edilebileceği ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar sonucu elde edilen menfaat miktarı kadarının kazanç müsadereesine konu olabileceği düşünülmeden ve bu konuda gerekli inceleme yapılmadan eksik soruşturma ile yazılı şekilde tüm hisselerin müsadere hüksmedilmesin" Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 20.04.2011 tarihli ve 2010/27243 esas 2011/5566 karar sayılı içtihadı; aktaran ALDEMİR; a.g.e. ; s. 238.*

²⁸² AYDIN; a.g.e. ; s. 180.

²⁸³ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 404.

Burada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki 5549 sayılı yasada CMK'nın 128. maddesiyle ilgili farklı bir düzenleme mevcuttur. CMK'nın 128. maddesinin 2. fıkrasında yer alan katalog suçlara ek olarak 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 17. maddesine göre TCK'nın 282. maddesinde yer alan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu hakkında da CMK'nın 128. maddesi kapsamında el koyma kararı verilebilir. 5549 sayılı yasanın 17/2. maddesine göre bu suç açısından el koyma kararını gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da verebilecektir. Cumhuriyet Savcısının bu kararını 24 saat içerisinde Hâkim onayına sunması, Hâkimin de kararını 24 saat içerisinde vermesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi burada CMK'nın 128. maddesinden farklı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısına da el koyma yetkisi verilmiştir. Kanımca bunun sebebi zaten suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun konusunu bu el konulacak taşınmaz, hak ve alacaklar ile malvarlığı değerlerinin oluşturmasıdır. Diğer bir ifadeyle el konulacak malvarlığı değerlerinin suçtan elde edilmiş olması bu suçun maddi unsurunu oluşturmasıdır. Bu mal varlığı değerleri aynı zamanda suçun en önemli delili durumundadırlar. Dolayısıyla bu suç açısından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısına da genişletilmiş el koyma yetkisi verilmiştir. 5549 sayılı yasa kapsamında verilen el koyma kararının işlem tarihini izleyen ayın sonuna kadar Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı'na gönderilmesi gerekmektedir. (5549 sayılı yasa m. 18.)

CMK'nın 128. maddesinde yapılacak el koyma işlemlerinin nasıl icra edileceği de belirtilmiştir. Buna göre taşınmazlarla ilgili el koyma kararları taşınmazın tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilecektir. Bunun için el koyma kararı taşınmazın kayıtlı olduğu Tapu Sicil Müdürlüğü'ne gönderilmelidir . Dolayısıyla taşınmazlarla ilgili el koyma kararı fiilen taşınmazın kullanılmasını engelleyecek şekilde değil tapu kaydı üzerinden şerh vermek suretiyle yapılır. Böylece taşınmazın el değiştirmesi engellenmiş olur.

Kara, deniz ve hava ulaşım araçlarına ilişkin el koyma kararı CMK'nın 128/4. maddesi uyarınca bu araçların kayıtlı buldukları sicillere el koymaya ilişkin şerh verilmek suretiyle uygulanır. Bu şerh yeterli olup ayrıca ulaşım aracına fiilen el konulması gerekmez. Ancak bu araçların delil nitelikleri bulunması ve suçta kullanılmalrı nedeniyle üzerlerinde inceleme yapılması amacıyla basit el koyma yapılacaksa sicile şerh vermenin yanısıra fiilen de el koyma yapılabilir. CMK 128 kapsamında araca yapılacak el koyma o aracın suçtan elde edildiği yönündeki kuvvetli şüpheye bağlıdır. Örneğin bir arabada işlenmiş cinayet suçuyla ilgili olarak delil araştırması için yapılacak el koymada basit el koymanın kuralları geçerli olacaktır ve araca fiilen de el konulabilir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 85/2. maddesi uyarınca bir motorlu araç ölümüne veya yaralanmaya neden olmuş ise, kazaya karışan aracın başkalarına devir ve temlik veya üzerinde bir hak tesisini önlemek amacıyla olaya el koyan Cumhuriyet Savcılıklarınca, aracın tescilli olduğu tescil kuruluşuna trafik kaydı üzerine şerh düşülmesi için talimat verilir. Kaza anı ile Cumhuriyet Savcılığınca trafik kaydı üzerine şerh düşülmesi arasında geçen süreler içinde kötü niyetle yapılan araç tescilleri hükümsüz sayılır. Şerhin konulduğu tarihten itibaren bir ay içerisinde, şerhin kaldırıldığına veya devamına ilişkin mahkeme kararı ibraz edilmediği takdirde bu şerh hükümsüz sayılır. Görüldüğü gibi burada taksirli suçlar açısından da Cumhuriyet Savcısına doğrudan ölümlü ve yaralamalı trafik kazasına karışan araçlara el koyma yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin amacı trafik kazası sonucu zarara uğrayan tarafın kazaya neden olan araç üzerinden elde edeceği tazminat haklarının güvence altına alınmasıdır. Bunu da en hızlı şekilde olaya ilk elden müdahale eden nöbetçi Cumhuriyet Savcısı yapacaktır.

Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba el koyma kararının icrası, söz konusu hesapların günümüzün teknolojik gelişmelerine koşut olarak hızlı şekilde boşaltılması mümkün olduğundan kararın ilgili banka veya mali kuruluşa en hızlı şekilde telefon, faks, elektronik posta gibi teknik iletişim araçlarıyla bildirilmesi

285

suretiyle gerçekleştirilir²⁸⁵. Bu şekilde hesabın derhal dondurulması sağlanır. Karar daha sonra tebligat ile de ilgili banka veya kuruluşa gönderilir. İlgili banka veya mali

kuruluş hesapların dondurulması, ekonomik değerlerini kaybetmemesi için gerekli tüm işlemleri yapmakla yükümlüdür. Aksi halde tazminat ve ceza sorumluluğu söz konusu olur. Banka veya ilgili kuruluşa yapılacak bildirim daha sonraki hukuka aykırılık iddiaları açısından mutlaka tutanakla belirlenmelidir. El koyma kararı alındıktan sonra bu kararı etkisiz kılmaya yönelik hesap üzerinde yapılan işlemler geçersizdir.

Şirket ortaklık payları hakkındaki el koyma kararları da aynı şekilde şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicil müdürlüğüne telefon, faks, elektronik posta gibi teknik iletişim araçları ile derhal bildirilmek suretiyle icra edilir. Böylece payların devri önlenmiş olur. Derhal bildirimden sonra söz konusu karar ilgili şirkete ve ticaret sicil müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir.

Üçüncü kişiler nezdindeki hak ve alacaklara el koyma kararı da aynı şekilde ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilir.

CMK'nın 128. maddesinin 8. fıkrasına göre; buraya kadar açıklanan el koyma işlemlerinin ilgilileri olan banka, mali kuruluş, sicil müdürlükleri, hak ve alacakları ellerinde bulunduran üçüncü kişiler ve tüzel kişilerin kendilerine bildirilen el koyma kararının gereklerine aykırı hareket etmeleri halinde TCK'nın 289. maddesi kapsamında muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun faili olurlar.

3. Zorlama Amaçlı El Koyma: (CMK m. 248)

El koyma tedbirinin asıl amaçlarının delil elde etme ve müsadere olduğunu belirtmiştik. CMK'nın 248. maddesinde ise muhakemenin sürdürülebilmesi amacıyla yapılacak bir el koyma tedbiri düzenlenmiştir. Kural olarak ceza yargılaması sanığın yokluğunda yapılamaz ve karar verilemez. Bu sebeple sanığın duruşmaya getirilmesi için zorla getirme, yakalama gibi bazı tedbirler öngörülmüştür. Bu tedbirlerden biri de CMK'nın 248. maddesinde yer alan kaçak olan sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla başvurulacak zorlama amaçlı el koymadır. Tedbir kapsamında

kaçak sanığın Türkiye'de bulunan malvarlığına el konulur. Bu düzenlemenin dayandığı temel düşünce mal varlığı olmadan hayatını sürdüremeyecek olan sanığın duruşmaya kendiliğinden katılacağına dair inançtır²⁸⁶. Dolayısıyla zorlama amaçlı el koymanın amacı kaçak sanığı duruşmaya getirmektir.

CMK'nın 248. maddesi kapsamında uygulanacak el koymanın konusunu kaçak sanığın Türkiye'de bulunan tüm hak ve alacakları ile malvarlığı değerleri oluşturmaktadır. Maddenin gerekçesine göre bu tedbir kapsamında kaçak sanığın seçme ve seçilme hakkının kaldırılması ile kamu hizmetinden yasaklaması gibi tedbirlere başvurulabileceği belirtilmiştir. Ayrıca sanığın taşınır veya taşınmaz malları ile banka hesaplarına el konulabileceği de belirtilmektedir. Gerekçede taşınır mallara örnek olarak her türlü taşıt, kıymetli eşya, hisse senedi, tahvil ve benzerleri gösterilmiştir. Taşınmaz mallara konulacak tedbir, bunlar üzerindeki her türlü tasarrufun yasaklanacağını ayrıca bunların gelirlerinin de kayyım tarafından tahsil edilerek mahkemece saptanacak yere yatırılmasını ifade etmektedir²⁸⁷.

Zorlama amaçlı el koyma tedbirinin uygulanabilmesinin ilk şartı CMK'nın 248/2. maddesinde tahdidi şekilde sayılmış göçmen kaçakçılığı, silahlı örgüt, zimmet, rüşvet, irtikâp gibi katalog suçlardan bir veya birkaçının söz konusu olmasıdır. CMK'nın 248. maddesinin birinci fıkrasında zorlama amaçlı el koyma için duruşmadan ve bu tedbir için Mahkeme kararı gerektiğinden bahsedildiğini görüyoruz. Dolayısıyla bu tedbirin uygulanabilmesi için bahsi geçen katalog suçlarla ilgili olarak kovuşturma aşamasına geçilmiş ve duruşmaya başlanmış olması gereklidir. Zorlama amaçlı el koymaya soruşturma aşamasında başvurulamayacaktır. Bu tedbire sadece kovuşturma aşamasında başvurulabilmesinin doğal bir sonucu olarak tedbire sadece yargılamayı yürüten Mahkeme karar verebilecektir. Cumhuriyet Savcısına bu hususta yetki verilmemiştir.

AYDIN; a.g.e. ; s. 183.

YALVAÇ; a.g.e. ; s. 828.

Zorlama amaçlı el koyma kararı verilebilmesinin diğer bir şartı da sanığın CMK'nın 247/1. maddesi kapsamında kaçak sanık olmasıdır. Buna göre hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir. Sanığın kaçak olduğu hususunda da CMK'nın 247. maddesindeki usule uygun olarak ayrı bir karar verilmesi gerekmektedir. Kaçak sanık kararı da sadece CMK'nın 248/2. maddesinde belirtilen katalog suçlar için verilebilir.

CMK'nın 248. maddesi kapsamındaki tedbirin amacı kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak olduğundan tedbirin bu amaca uygun ve orantılı biçimde verilmesi gerekmektedir. Bu husus maddenin ilk fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla sanığın yaşam hakkını ortadan kaldıracak şekilde el koyma tedbirine başvurulamayacağı için el koyma kararında kaçak olan sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla hangi mal varlığı, hak veya alacağa el konulduğunun

288

açıkça belirtilmesi gerekir . Sanık ve ailesinin yoksulluğa ve açlığa düşeceği şekilde el koyma kararı verilmemelidir. Maddenin 6. fıkrasında mahkemenin, el koymaya karar verdiğinde kaçağın yasal olarak bakmakla yükümlü bulunduğu yakınlarının alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşebileceklerini saptarsa, bunların geçimlerini sağlamak üzere, el konulan mal varlığından sosyal durumları ile orantılı miktarda yardımda bulunulması konusunda kayyımaya izin verebileceği belirtilmiştir. Burada yeri gelmişken hemen belirtelim ki kaçak sanığın mallarına el konulduğunda bu malların idaresi gerekirse mahkeme tarafından malların idaresi için bir kayyım atanır. Kayyım Türk Medeni Kanunu'na göre atanmış bir vasi gibi hareket etmek ve mahkemeye hesap vermekle yükümlü olacaktır.

CMK'nın 248/3. maddesine göre el koyma ve kayyım atama kararları sanığın müdafisine bildirilecektir. Tedbirlere ilişkin kararların özetinin bir gazetede ilanına mahkemece karar verilebilir.

Zorlama amaçlı el koyma kararı; yöneldiği hak, alacak veya mal varlığı değerine göre CMK'nın 128. maddesinde belirtilen yukarıda açıklamış olduğumuz usullere göre icra edilecektir²⁸⁹.

CMK'nın 248/4. maddesine göre kaçak sanık yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda el koymanın kaldırılmasına karar verilir.

4. Postada El Koyma: (CMK m. 129)

Yürütülmekte olan bir suç soruşturması veya kovuşturması kapsamında iddiaya konu eylemle ilgili ispata yarayacak nitelikteki gönderilere, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluş nezdindeyken adliye eli altına alınması, postada el koyma tedbiridir. Bu işlem niteliği bakımından haberleşme özgürlüğünün bir sınırlaması ve gizliliğe bir müdahaledir. Kişilerin temel hak ve özgürlükleri kapsamında yer alan haberleşme özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin kanunla öngörülmesi ve keyfiligi önleyici uygulamaları kapsamı gerekir. Postada el koyma haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki üstün değeri dolayısıyla genel el koyma tedbirinden ayrı biçimde CMK'nın 129. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir²⁹⁰.

CMK'nın 129/1. maddesine göre sadece suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu olan eşyaya el konulabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla postada el koyma tedbiri yalnızca delil elde etme amacıyla uygulanabilir.

Müsadere amacıyla uygulanamayacaktır²⁹¹. Örneğin dolandırıcılık sonucu elde edilen parayla satın alınan cep telefonları şüpheli tarafından posta yoluyla bir başkasına gönderildiğinde bu telefonlara postada el konulamayacaktır. Çünkü bu telefonlar suçun delili değil kazanç müsaderesinin konusunu oluşturmaktadır.

²⁸⁹ Bkz. s. 163 vd.

²⁹⁰ ÖLMEZ, Aslan; "Postada El Koyma" , Adalet Dergisi Sayı 32 , http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/32.sayi/10_10_41.htm. (Erişim tarihi 22.06.2013.)

²⁹¹ AYDIN; a.g.e. ; s. 188.

Telefonlara ancak alıcısına ulaşmasından sonra basit el koyma tedbiri uygulanabilecektir.

Postada el koyma tedbirinin konusunu posta hizmeti veren resmi ve özel kuruluşlardaki her türlü mektup, belge, yazı, paket, koli gibi gönderiler oluşturmaktadır. Önemli olan bu gönderilerin delil niteliğine sahip olması yönündeki yeterli şüpheci.

CMK'nın 129. maddesinde katalog suç belirlemesi yapılmadığından postada el koyma tedbiri her suç için uygulanabilir. Bu tedbir için aranan şüphe derecesine ilişkin bir düzenleme CMK' da yer almamakla birlikte basit el koymada olduğu gibi yeterli şüphenin bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Burada kişinin anayasal haberleşme özgürlüğüne müdahale edildiğinden basit şüphenin yeterli olduğu düşünülmemelidir. Tedbirin uygulanabilmesi için postada el konulacak gönderinin suçun delillerini oluşturduğuna dair yeterli şüphe bulunmalıdır. Bu her somut olayın özelliğine göre uygulayıcılar tarafından takdir edilecektir.

Postada el koymanın uygulanabilmesinin diğer bir şartı da el konulacak gönderinin adliyenin eli altında bulunmasının zorunlu olmasıdır. Başka bir şekilde el koyma tedbiri uygulamadan amaca ulaşabiliyor ise postada el koyma uygulanmamalıdır. Bu husus aslında tüm koruma tedbirlerinin genel koşuludur.

CMK'nın 129/1. maddesine göre postada el koyma kararını kural olarak soruşturma aşamasında Sulh Ceza Hâkimi, kovuşturma aşamasında Mahkeme verecektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısına da postada el koyma emri verme yetkisi tanınmıştır. CMK'nın 127/1. maddesine göre Cumhuriyet Savcısının basit el koyma emrinin dahi yazılı olması gerektiğinden postada el koyma emrinin de yazılı olarak verilmesi zorunludur. Cumhuriyet Savcısının emriyle yapılan postada el koymanın Hâkim onayına sunulmasına dair CMK' da bir hüküm bulunmasa da el konulan gönderinin mutlaka Hâkim onayına

sunulması gerektiği savunulmaktadır . Basit el koyma durumunda dahi Cumhuriyet Savcısının emriyle yapılan el koymanın Hâkim onayına sunulması kabul edildiğinden postada el koyma tedbirinde de aynı yöntemin uygulanması gerekmektedir. Cumhuriyet Savcısı açısından kabul edilen gecikmesinde sakınca bulunan hal, derhal el konulmadığı takdirde gönderinin alıcıya ulaşacağı ve artık delil olarak kendisinden yararlanılamayacak olması durumunda gündeme gelecektir²⁹³.

Postada el koyma gönderinin ilgili kurumdan görevli kolluk memuru tarafından alınması suretiyle gerçekleştirilecektir. Ancak CMK'nın 129/2. maddesine göre görevli memurlar gönderileri inceleyemezler. El konulan gönderi derhal karar veya emri veren Hâkim veya Cumhuriyet Savcısına teslim edilir²⁹⁴. Postada el koyma tedbiri ilgisine bildirilir ancak olayın özelliğine göre soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı var ise ilgiliye bildirim yapılmayabilir. (CMK m. 129/3)

CMK'nın 129/4. maddesine göre açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur.

Burada yeri gelmişken hemen belirtelim ki daha önce üzerinde durduğumuz avukat bürolarında arama konusunda da değindiğimiz gibi postada el konulacak gönderinin avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğu ilgili avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukat tarafından iddia edilmesi durumunda

295

CMK'nın 130/2. maddesinde yer alan usul uygulanmalıdır . Buna göre iddiaya konu gönderi incelenmeden ayrı bir pakette mühürlenmeli ve karar veya emri veren Hâkim, Mahkeme veya Cumhuriyet Savcısına sunulmalıdır. (CMK m. 130/3)

²⁹² KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1134.

²⁹³ ÖLMEZ; a.g.m. ; http://www.vavin.adalet.gov.tr/adaletdersisi/32.savi/10_10_41.htm. (Erişim tarihi 22.06.2013.)

²⁹⁴ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; a.g.e. ; s. 408.

²⁹⁵ Bkz. s. 117 vd.

5. Bilgisayarlarda ve Bilgisayar Kütüklerinde El Koyma: (CMK m. 134)

Bilgisayar sistemlerinde adli soruşturmalar kapsamında yapılacak arama işlemine daha önce değinmiştik²⁹⁶. Bu bölümde bahsi geçen arama sonucunda elde edilen verilere ne şekilde el konulacağı konusu üzerinde duracağız.

Bilindiği gibi bilgisayarlar ve bilişim sistemleri günümüzde hayatımızın her alanında etkili olmaktadır. Hızla gelişen bilişim teknolojisinin oluşturduğu koşullar sayesinde bilgisayarlar günlük yaşamın ayrılmaz bir parçası haline

²⁹⁷ gelmiştir²⁹⁷. Günümüzde artık birçok suç ta bilgisayarlar ve özellikle internet aracılığı ile işlenmektedir. Sosyal paylaşım siteleri üzerinden işlenen özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, bilişim sistemlerine girme ve verileri yok etme, değiştirme gibi suçlar uygulamada en çok karşılaşılan bilişim suçlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bilgisayarların içinde olan veya internet üzerinde dolaşan, elle tutulamayan ve gözle görülemeyen veriler ceza muhakemesinde kendine özgü bir delil hukuku oluşturmuştur. Bilgisayar teknolojisinin kullanılması ile işlenen siber suçlarda klasik delil elde etme yöntemleri yeterli olmamaktadır. Bunun sebebi araştırmamanın konusunu oluşturan verilerin elle tutulan ve gözle görülen nesnelere olmamasıdır. Bu veriler her gün gelişen ve yenilenen teknoloji kullanılarak saklanmakta ve nakledilmektedir. Kolluk güçleri ile soruşturma makamlarının bu yeni teknolojiyi takip etmeleri ve ince noktalarını

²⁹⁸ bilmeleri gerekir²⁹⁸. Ülkemizde Emniyet Müdürlükleri bünyesinde Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlükleri bulunmakta ve bu şubelerde alanında uzman kolluk güçleri görev yapmaktadırlar.

Suçluların delil teşkil edebilecek verileri internet üzerinden kolaylıkla silmek ve değiştirmek imkânına sahip olmaları sebebiyle verilerin sağlamlığının ve güvenilirliğinin teminat altına alınması gerekmektedir. Bunun için de özel koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin henüz imzalamadığı

Bkz. s. 111 vd. , Dipnot 179.

AYDIN; a.g.e. ; s. 193.

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1093.

Siber Suç Sözleşmesi'nde bu hususta detaylı hükümler bulunmaktadır. Sözleşme, taraf ülkelere elektronik ortamda delil toplanabilmesini temin açısından gereken yasal düzenlemeleri yapmayükümlülüğü getirmektedir²⁹⁹.

Soruşturma sistemimizde ise CMK'nın 134. maddesiyle bilgisayarlarda yapılacak el koyma işlemi düzenlenmiştir. Buna göre;

(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözümlenerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir.

(2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere el konulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, el konulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

(3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.

(4) İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

(5) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 17. maddesinde bu hususta neredeyse aynı düzenlemeye yer verilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasına dikkat edildiğinde bilgisayarlarda yapılacak el koyma tedbirine mutlaka soruşturma aşamasında ve delil elde etme amacıyla başvurulabileceği görülmektedir. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi CMK'nın 134/1. maddesinin lafzından sadece soruşturma aşamasında bu tedbire başvurulabileceği anlamı çıksa da CMK' da yargılama sırasında delil toplanmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığından, hatta mahkeme re'sen araştırma yetkisine sahip olduğundan kovuşturma evresinde de bu tedbire başvurulabilmesi mümkün olmalıdır³⁰⁰. Uygulamada bilgisayar ortamındaki delillere ancak suçun ilk öğrenildiği anlarda ulaşılabildiğinden kovuşturma aşamasında bu tedbirin uygulanması da zor bir ihtimaldir.

CMK'nın 134. maddesinde herhangi bir şüphe seviyesi belirlenmemişse de bu tedbire başvurabilmek için basit el koymada olduğu gibi iddiaya konu suçun işlendiğine ve üzerinde araştırma yapılacak bilgisayar, program ve kütüklerine el konulduğunda delil elde edilebileceğine dair yeterli şüphe bulunması gerekmektedir. Siber Suç Sözleşmesi'nde ise bilgisayarlarda arama yapılabilmesi için orada delil olabilecek verilerin var olduğuna inanmak için makul şüphenin bulunması gerektiği belirtilmiştir³⁰¹.

Bilgisayar üzerinde el koyma işlemi yapılabilmesi için başka suretle delil elde etme olasılığının bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla önce klasik delil elde etme yöntemlerine, sonuç alınamazsa bu tedbire başvurulmalıdır. —*İkinci derecede uygulanabilirlik*' olarak da ifade edilen bu koşul oranlılık ilkesinin somutlaşmış bir

302

biçimidir . Bilgisayarlarda arama yapılmasına karar verecek olan hâkimin öncelikle yeterli şüpheyi değerlendiren ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmadığını saptayan bir gerekçe yazmalıdır³⁰³.

ŞAHİN; a.g.e; s. 251.

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1097.

AYDIN; a.g.e. ; s. 195.

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1098.

Bilgisayar üzerinde yapılacak el koyma işlemine ancak Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine Hâkim tarafından karar verilebilir. Bu Hâkim soruşturma evresinde işlemin yapıldığı yerin Sulh Ceza Hâkimi, kovuşturma evresinde ise yargılamayı yürüten mahkemedir. Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amirine bu yönde yetki verilmemiştir. CMK'nın 134. maddesinde bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerinde arama yapılması, kopya çıkartılması ve kayıtların metin haline getirilerek bunlara el konulması ayrı ayrı belirtilmiş işlemlerdir. Dolayısıyla Hâkim de kararında bu işlemleri ayrı ayrı belirtmelidir.

El koymaya konu olacak bilgisayar sisteminin kime ait olduğunun önemi yoktur. Söz konusu sistem şüpheliye ait olabileceği gibi olayla ilgili olmayan üçüncü kişilere de ait olabilir. Önemli olan sistemde delil niteliği taşıyacak verilerin bulunduğu dair yeterli şüphedir.

Buraya kadar bahsettiğimiz şartları ihtiva eden tedbir kararını Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlükleri nezdinde görevli uzman kolluk güçleri icra edeceklerdir. Bilgisayarda ilk aşamada yapılacak araştırmada tüm belge ve programların tek tek açılarak kontrol edilmesi ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. Bu sebeple bilgisayarlarda bulunan arama motoruna aranmakta olan verilerin içerisinde veya başlığında olabilecek isimler yazılmalı ve sonuç alınırca yalnızca bu verilerin içeriği kontrol edilmelidir. Yoksa özel hayatın gizliliğini ihlal edecek şekilde tüm verilerin içeriği açılmamalıdır. Bu yöntem Siber Suç Sözleşmesinde öngörülen makul şüphe için de uygun bir yöntemdir. Arama motorunda ulaşılan belge ve programlar için makul şüphe oluşmuş olacaktır³⁰⁴.

Bilgisayar sisteminin tümüne el konulmadan önce verilerin kopyalanması ve bu kopyalardan delil elde edilmesi yöntemlerine başvurulmalıdır. CMK'nın 134/3. maddesine göre işlemlere başlamadan önce verilerin güvenliği için sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Uygulamada bu işleme —*imaj (image) çıkartma*” denmektedir ve kolluk güçleri yedeklemeyi üç kopya halinde yapmakta, birini

şüpheliye verip diğerini inceleme için almaktadırlar. Üçüncü nüsha ise ilerideki iddialar açısından koruma altına bulundurulmaktadır. Bu yedekleme her durumda yapılmalıdır. Maddenin 4. fıkrasına göre istenmesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır. Bu şekilde hem verilerin güvenliği sağlanmış olacak hem de ileride verilere ekleme yapıldığına dair iddialar engellenmiş olacaktır³⁰⁵. Maddenin 5. fıkrasına göre bilgisayar sisteminin tamamına el koymadan verilerin tamamı veya gerekli kısmı alınabiliyor ise sisteme el konulmayacaktır. Bu durumda gerekli verilerin kopyası alınır ve kopyası alınan veriler kâğıda yazılarak tutanağa bağlanır. Siber Suçlar Sözleşmesi'nde de verinin bir kopyasının alınması el koyma olarak kabul edilmiştir³⁰⁶. Uygulamada bu kopyalar Savcılıklar tarafından temin edilen harda disklere kaydedilip adli emanete alınmakta ve dosyada delil olarak bulundurulmaktadır.

CMK'nın 134/2. maddesine göre şifresinin çözülememesi dolayısıyla programlara girilemiyorsa veya gizlenmiş bilgilere ulaşamadığı durumlarda bilgisayarın kendisine el konabilir ve şifre çözülüp ilgili teknik araçlarla gerekli kopyalar alındıktan sonra el konulan cihazlar geciktirmeden iade edilir. Yedekleme işlemi bu durumda da yapılmalıdır³⁰⁷.

Yapılan bu işlemlerde elde edilen verilerin suç oluşturan içerik ya da virüs programı veya çocuk pornografisi gibi başlı başına suç unsuru ya da suç aracı olması durumunda erişilmez kılınması ve hatta kopyaları alındıktan sonra silinmesi gerekmektedir. Ancak hem CMK' da hem de yönetmelikte bu hususta bir düzenleme yer almamaktadır³⁰⁸. Uygulamada bu gibi durumlarda suç eşyası olması sebebiyle söz konusu bilgisayar, hard disk, sistem veya CD'lere müsadere amacıyla basit el koyma işlemi uygulanarak suç içerikli verilerin kullanılmaya devam edilmesi önlenmektedir.

ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA, SAYGILAR, ALAN; a.g.e. ; s. 450
KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1101.
AYDIN; a.g.e. ; s. 197.
KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1103.

Anılan işlemlerle ele geçirilen verilerin delil olarak kullanılabilmesi için mutlaka bilirkişi incelemesinden geçmesi gerekmektedir. Çünkü bilgisayar verisinin içeriğinin ne olduğunu, ne şekilde ne zaman hazırlandığını anlamak özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmektedir. Dolayısıyla CMK'nın 62. vd. maddesinde yer alan bilirkişi incelemesi bu alanda bir zorunluluktur. Örneğin bilgisayarda kayıtlı bir fotoğraf tek başına delil olarak kabul edildiğinde, fotoğraf herkes tarafından bilgisayarda kolaylıkla açılabilip görülebildiğine göre bilirkişi incelemesine gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak bu fotoğrafın ne zaman ve ne şekilde bilgisayara kaydedildiği, internet üzerinden bilgisayara yüklenmişse bunun hangi site üzerinden yapıldığı gibi hususlar ancak bilirkişi incelemesi ile ortaya çıkmaktadır. Bilirkişi veri üzerinde inceleme yapmadan önce verinin güvenliğini sağlamak üzere kopyasını çıkararak incelemeyi bu kopya üzerinden yapmalı, özgün veriyi korumalıdır. Bu husus Yargıtay kararlarında da dile getirilmiştir³⁰⁹.

Elde edilen bilgisayar verileri üzerinde adli bilişim konusunda uzman bilirkişi tarafından yapılacak incelemede bu verilerin sağlam oldukları, gerçeği yansıttıkları tartışmasız bir şekilde ortaya konduktan sonra bu veriler ceza muhakemesi alanında delil olma niteliği kazanacaklardır. Bu verilerin incelenmesi "*belge incelemesi*" niteliğinde olduğundan ve daha önce de bahsettiğimiz gibi CMK'nın 122. maddesine göre kolluğun belge inceleme yetkisi olmadığından mutlaka kolluk memuru olmayan

³¹⁰

bir uzmanın bilirkişi olarak atanması gerekmektedir. Her ne kadar kuram bu yönde olsa da uygulamada kolluk görevlisi olmayan adli bilişim uzmanı bir yana, bahsettiğimiz el koyma ve yedekleme işlemlerini yapacak bilişim uzmanı kolluk görevlisi görevlendirmek bile büyük bir uğraş gerektirmektedir. Özellikle ilçe düzeyindeki emniyet teşkilatları bünyesinde bu alanda uzman görevlilerin olmayışı ve il merkezindeki görevlilerin de suç oranının yüksek olmasından dolayı ilçelere

"...inceleme yapılacak bilgisayarın veya bilgisayara ait veri içeren ünitelerin, olaydan sonra inceleme yapılana kadar hiç kullanılmaması gerektiği, incelenecek bilgisayarın diskine bazı bilgilerin yazılması, değişmesi veya silinebilmesini önlemek ve söz konusu diskin bütünlüğünü sağlamak için bilgisayarda virüslü dosya üzerinde inceleme yaparken ilk işlem olarak, söz konusu dosyanın birebir (sector-by-sector) yedeğinin alınması (yani incelemenin orijinal dosya üzerinde yapılmaması), daha sonra ikinci olarak alınan birebir yedeğin değiştirilip değiştirilmediğini tespiti yarayacak zaman ve bütünlük kontrolü imkânı sağlayan değerlerin (hash) belirlenmesi..."; **Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin** 2005/6376 esas 2007/2551 karar sayılı içtihadı.(Meşe İctihat Programı.)

³¹⁰ KUNTER, YENİSEY, NUHOGLU; a.g.e. ; s. 1107.

gereken desteği veremiyor olmaları sebebiyle bu alandaki incelemeler çok uzun sürmektedir. Bilirkişi olarak bağımsız bir uzman bulmak ilçelerde mümkün olmamakta, soruşturma dosyaları bilirkişi incelemeleri için il merkezlerine gönderilmekte dolayısıyla basit incelemeler için bile uzun süreler geçmektedir. Daha basit düzeydeki olaylarda ise kolluğun bu alandaki uzmanları bilirkişi olarak atanmakta, hazırlanan rapora herhangi bir itiraz olmadığı ve fail suçunu ikrar ettiği sürece bağımsız bir bilirkişi arayışına girilmemektedir. Günümüzde bilişim sistemleri aracılığı ile işlenen suçların artışı da dikkate alındığında ilçe düzeyinde de olmak üzere mutlaka her emniyet teşkilatı nezdinde yeteri kadar adli bilişim konusunda uzman polis memurları ile Cumhuriyet Başsavcılıkları bünyesinde çalışabilecek bağımsız adli bilişim bilirkişileri görevlendirilmelidir. Bununla birlikte Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelikte bilgisayar verilerinin toplanmasıyla ilgili ayrıntılı kurallara yer verilmesi gerekirken bu hususta bir düzenleme bulunmadığı anlaşılmaktadır. Adli ve nleme Aramaları Yönetmeliği'nde de CMK'nın 134. maddesinde yer alan düzenlemenin aynısı yönetmeliğe alınmış, yapılacak işlemlerin teknik boyutu detaylandırılmamıştır. Mevcut düzenlemelerin de bu açılardan genişletilmesi günümüzde bir gereksinimdir.

6. şirket Yönetimine Kayyım Atanması: (CMK m. 133)

Bir şirketin faaliyeti kapsamında suç işlenmesi durumunda suç delillerinin elde edilebilmesi için şirket yönetimine el koyma tedbiri CMK'nın 133. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar maddede şirket yönetimine kayyım atanmasından bahsedilse de bu aslında yönetime delil elde etme amacıyla el konulmasıdır. Bilindiği üzere şirket yönetimlerine el koyma halinde şirketler önemli değer kayıplarına

311

uğramakta ve pek çok kişi işsiz kalmaktadır³¹¹. İşte bu olumsuz sonuçları önlemek adına CMK' da bu husus şirketin faaliyetlerine devam edebileceği şekilde düzenlenmiştir.

CMK'nın 133/1. maddesine göre suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Görüldüğü gibi maddede açıkça maddi gerçeğin açığa çıkarılmasından bahsedildiği anlaşılmalı ki bu tedbire sadece delil elde etme amacıyla başvurulabilecektir. Tedbir sayesinde şirket faaliyetleri içeriden denetlenerek bilgi edinilecektir. Bu tedbirin kayyım vasıtasıyla uygulanması şirketin işlerini de aksatmayacağı için ticari hayatın gereklerine daha uygundur³¹². Müsadere amacıyla şirket varlıklarına el konulacaksa CMK'nın 123. maddesi kapsamında basit el koyma veya 128. maddesi kapsamında genişletilmiş el koyma tedbiri uygulanmalıdır. CMK'nın 133. maddesi sadece delil elde etme amacıyla şirket yönetiminin kayyıma bırakılması yönündeki tedbiri düzenlemektedir.

Her şeyden önce bu tedbirin uygulanabilmesi için CMK'nın 133. maddesinin 4. fıkrasında tahdidi şekilde sayılmış fuhuş, uyuşturucu ticareti, silahlı örgüt, silah kaçakçılığı gibi katalog suçlardan bir veya birkaçıyla ilgili olarak bir soruşturma veya kovuşturma yürütülüyor olması gerekir. 1. fıkrada bu tedbire hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında başvurulabileceği açık şekilde dile getirilmiştir. Tedbirin uygulanabilmesinin diğer bir şartı da bahsi geçen katalog suçların bir şirket faaliyeti kapsamında işlendiğine dair kuvvetli şüphenin bulunması gerekmektedir. Elbette bu şüphe somut bulgulara dayanmalıdır. Maddenin gerekçesine göre katalog suçun zincirleme veya kesintisiz suç olarak bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerekir. Bu bakımdan bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsa bile, icrası tamamlanmış olan bir suçla ilgili olarak şirket yönetimine kayyım tayin edilemez. Bir turizm şirketinin faaliyeti çerçevesinde örneğin uyuşturucu madde ticareti, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, fuhuş, kumar oynatma gibi katalog suçların işlendiği; kurulan şirketin, gerçek bir ticari faaliyetin icrası için değil, örneğin banka kaynaklarının zimmete geçirilmesinde bir araç olarak kullanıldığı; kurulan şirketin,

suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerinin yurt dışına aktarılmasında veya bunların gayri meşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tabi tutulmasında araç olarak kullanıldığı hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, bu koruma tedbirine başvurulabilecektir³¹³.

CMK'nın 133. maddesinin 1. fıkrasında şirket yönetimine el koymanın ancak gerekli olması halinde uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre şirketin bilgisayar kayıtlarına ve şirket defterleriyle evraklarına el koyma ile aynı sonuca ulaşılabilirse artık bu tedbire başvurmak gerekmeyecektir. Bu ölçülülük ilkesinin de bir yansımasıdır³¹⁴.

Şirket yönetimi için kayyım tayinine ilişkin karar soruşturma aşamasında şirketin bulunduğu yerdeki Sulh Ceza Hâkimi, kovuşturma aşamasında ise yargılamayı yapan ceza mahkemesi tarafından verilecektir. Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amirine bu konuda yetki verilmemiştir. Hâkim veya mahkeme kayyım atanması kararında yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığını veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiğini açıkça belirtmelidir. Şirketin işlemlerinin kayyımın onayına bağlı kılındığı durumda kayyım şirket yönetimi üzerinde bir vesayet kurar. Diğer durumda ise şirket yönetimi tümü ile kayyıma geçer ve kayyım kendisi veya atayacağı kişiler ile şirketi yönetir. Kayyım işlemlerini her iki durumda da Türk Ticaret Kanunu ile Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca yerine getirecektir.

Kayyım tayinine ilişkin karar ticaret sicil gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur. Kayyımın alacağı ücreti Hâkim veya Mahkeme belirler. Bu ücret şirket bütçesinden karşılanır. Ancak kovuşturmaya yer olmadığına veya beraat kararı verilmesi durumunda ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı yasal faiziyle birlikte Devlet Hazinesi'nden karşılanır.

YALVAÇ; a.g.e. ; s. 673.

AYDIN; a.g.e. ; s. 209.

7. Basılmış Eserlere ve Basın Araçlarına El Koyma:

Basın hürriyetinin, bir toplumdaki demokrasi ölçütü ve haber alma hakkının seviyesi açılarından büyük öneme sahip olması sebebiyle basılmış eserlere el koyma

315

tedbiri de ayrı olarak düzenlemeye tabi tutulmuştur . Anayasa'nın 28 maddesinde basın hürriyeti düzenlenmiştir. Bu maddenin 7. fıkrasında süreli veya süresiz yayınların suç soruşturması ve kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu el koyma delil elde etme amacına yönelik el koymadır. Dolayısıyla el koymaya ilişkin buraya kadar açıklanan genel hükümler süreli veya süresiz yayınlar için de geçerlidir. Ancak Basın Kanunu'nun 25. maddesinde bu yayınlara el koymanın icrasıyla ilgili özel hükümler getirilmiştir. Buna göre soruşturma için sübut vasıtası olarak her türlü basılmış eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kolluk el koyabilir. Görüldüğü gibi burada el koyma tedbirinin oranlılık esasına göre uygulanmasının bir yansıması söz konusudur. Suç delili olarak bir eserin tüm nüshalarına el konulması ulaşılacak yararlar meydana gelecek basın özgürlüğü kısıtlaması arasında açık bir dengesizliğe yol açacaktır. Bu hükümle oranlılık ilkesi esas alınmıştır. Basılmış eserlerin en fazla üç adedine el konulmasında Hâkim kararı aranmadığına da dikkat edilmelidir. Basın Kanunu'nun 10. maddesine göre basımcı, bastığı her türlü yayının imzalı iki nüshasını dağıtım veya yayımın yapıldığı gün, mahallin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etmekle yükümlü olduğundan bu eserle ilgili bir suç soruşturması söz konusu olursa teslim edilmiş bu nüshalar sebebiyle 25. madde kapsamında tekrar el koyma da gerekmez³¹⁶.

Basılmış eserin müsadere amacıyla tüm nüshalarına el konulması da mümkündür. Müsadere için bir esere el koyma hali söz konusu olursa müsadere; basılı eserin tümünün mülkiyetinin devlete geçmesi ile sonuçlanacağından basılı eserin tüm nüshalarına el koymak gerekecektir. Bu şekilde el koyma işlemine

317

—*toplatma*” denir . Bu husus Anayasa'nın 28. maddesinin 6. fıkrasının ilk cümlesi

AYDIN; a.g.e. ; s. 176.

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU; a.g.e. ; s. 1146.

ALDEMİR; a.g.e. ; s. 260.

ile Basın Kanunu'nun 25/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Basın Kanunu'nun 25/2. maddesinde tahdidi şekilde sayılan Atatürk aleyhine işlenen suçlar, terör suçları gibi katalog suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalar kapsamında mutlaka Hâkim kararıyla suça konu süreli veya süresiz yayınların tüm nüshalarına el konulabilir. Burada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi Cumhuriyet Savcısına el koyma emri yetkisi verilmemiştir. Her ne kadar bu gibi suçların kovuşturulmasında görevli mahkeme Basın Kanunu'nun 27. maddesine göre Asliye veya Ağır Ceza Mahkemesi ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre ihtisas mahkemesi olan Fikri ve Sınâî Haklar Ceza Mahkemesi olsa da soruşturma aşamasındaki tedbir talepleri için bu kanunlarda ve CMK'da özel bir mahkeme belirlenmediğinden Basın Kanunu'nun 25. maddesindeki tedbir kararını soruşturmanın yürütüldüğü yerdeki Sulh Ceza Hâkimi verecektir. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir³¹⁸.

Basın Kanunu'nun 25/3. maddesine göre ise hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin, 2. fıkrada belirtilen katalog suçların işlendiğine dair kuvvetli delil bulunması halinde Türkiye'de dağıtılması ve satışa sunulması yasaklanabilir ve tüm nüshalara el konulabilir. Bu işlem için kural olarak soruşturmanın yürütüldüğü yerdeki Sulh Ceza Hâkimi karar verecektir. Ancak Basın Kanunu'nun 25/3. maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da bu hususta karar verebilecektir. Bu karar en geç 24 saat içerisinde Hâkim onayına sunulur ve 48 saat içerisinde Hâkim tarafından onaylanmazsa hükümsüz kalır.

Daha önce de el koyma yasağı konusunda belirttiğimiz gibi Anayasa'nın 30. maddesine göre kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez

"... Fikri ve Sınâî Haklar Ceza Mahkemesi'nin suç sebebiyle yargılama yapmaya yetkili olduğu tartışmasız ise de; soruşturma işlemleri aşamasında tedbirlere ilişkin olarak sadece Fikri ve Sınâî Haklar Ceza Mahkemesi'nden talepte bulunulması gerektiği hususunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve 5848 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bir kısıtlama bulunmadığı, bu nedenle söz konusu el koyma işleminin. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından da onaylanabileceği gözetilmeden

Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 26.03.2007 tarihli ve 2006/8908 esas 2007/2002 karar sayılı içtihadı; aktaran **ALDEMİR**, Hüsnü; a.g.e. ; s. 263.

veya işletilmekten alıkonulamaz. Bir basımevinin "*basın işletmesi*" olarak kabul edilebilmesi için Basın Kanunu'nun 2/k maddesine göre bir eseri basım araçları ile basan veya diğer araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişi olarak bir basımcının oluşturduğu basın işletmesi söz konusu olmalıdır. İşte bu işletmelere ait basımevi ve eklentileri ile basın araçlarına suç soruşturması kapsamında dahi el konulamayacaktır.

8. Kaçakçılık Suçlarında El Koyma:

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9. maddesine göre kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğundan şüphelenen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak el koymalar CMK hükümleri uyarınca yerine getirilir. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre gümrük kapıları ile gümrük salonlarında ve gümrük kapıları ve yolları dışından gümrük bölgesine giriş yapanlar hakkında karar ve emre gerek duymaksızın yapılacak el koymalar istisna olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte aynı kanunun 10. maddesinde kaçakçılık suçlarında kullanılan araçlar için el koymadan farklı olarak bir de "*alıkoyma*" kavramından bahsedilmiştir. Buna göre kaçakçılık suçunda kullanılan araca CMK'nın 128. maddesi uyarınca el konularak trafik veya ilgili sicile şerh verilmek suretiyle sahibine iade edilecektir. Ancak 5607 sayılı yasanın 10. maddesine göre bu araç Türkiye'de sicile kayıtlı değilse veya araçta kaçak eşyanın saklanması için oluşturulmuş gizli tertibat varsa veya aracın karıştığı eylemle ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma devam ederken aynı aracın bir başka kaçakçılık olayına daha karıştığı tespit edilmiş ise siciline şerh verilmek suretiyle el konulan araç bu sefer alıkonulur. Dolayısıyla sahibine teslim edilmez. Alıkoymanın amacı kaçakçılık suçlarında yoğun olarak kullanılan araçların müsaderesini sağlamaktır. Mevzuatta alıkoyma kararını kimin vereceği açık şekilde düzenlenmemiştir. Ancak 5607 sayılı yasanın 9/1. maddesine göre kaçakçılık suçlarındaki el koyma işlemlerinde genel olarak CMK hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden alıkoyma kararında da CMK'nın 127. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Uygulamada, aracın alıkonulması el koymadan daha ağır sonuçlar doğurduğundan ve araç zaten henüz

ele geçirilmiş olup alıkoyma kararı için gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olmadığından alıkoyma kararı mutlak suretle Sulh Ceza Hâkimi'nden talep edilmektedir.

Kaçakçılıkta kullanılan taşıt açıklanan şekilde alıkonulduğunda araç sahibi kara taşıtları için kasko değeri, deniz taşıtları için tekne ve makine sigortasına esas teşkil eden değeri, sigortaya tabi olmayan taşıtlar ile hava ve demiryolu taşıtları için piyasa değeri kadar teminatı el koyma tarihinden itibaren 30 gün içerisinde gümrük idaresine teslim eder ise araç kendisine iade edilir. Teminat belirtilen sürede ödenmezse alıkonulan araç soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin gümrük idaresi tarafından satılarak tasfiye edilir. Elde edilen satım bedelinden satışa ve muhafazaya ilişkin giderler karşılandıktan sonra artan kısım soruşturma veya kovuşturmanın yürütüldüğü adliyenin adli emanet memurluğunun banka hesabına alınır. Yargılama sonucunda verilecek karar göre ya sahibine iade edilir ya da müsadere edilir. Aracın alıkonulması sebepleri aynı zamanda müsadere sebebi de olduğundan genellikle bu miktarlar müsadere edilmektedir.

Kaçak eşya ile kaçakçılıkta kullanılan ve alıkonulmuş araçlar, düzenlenecek tutanakla gümrük idaresine teslim edilir. Muhafaza işlemlerini gümrük idaresi yapar. Bu eşya ve taşıtlar adli emanette bulundurulmaz. Alıkonulmuş deniz taşıtları ise ilgili gümrük idaresinin belirleyeceği liman işletme müdürlüğüne teslim edilir.

9. Bankacılık Suçlarında El Koyma:

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 166. maddesinin 1. fıkrasının f ve g bentlerinde özel bir el koyma çeşidi düzenlenmiştir. Her şeyden önce bu tedbirin uygulanabilmesi için aynı yasanın 160/3. maddesinde yer alan zimmet suçunun söz konusu olması gerekmektedir. Söz konusu madde hükmüne göre faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun güvenilir bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının

menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Görüldüğü gibi sadece bu maddede belirtilen şekilde işlenen zimmet suçu açısından 166/1-f'ye g'de yer alan el koyma tedbiri uygulanabilecektir. Diğer bankacılık suçlarında CMK hükümlerine göre el koyma yapılabilir.

5411 sayılı yasanın 166/1-g maddesine göre bahsi geçen suçla ilgili olarak yürütülen bir soruşturmanın sonuçlanmasına kadar, bu suç faillerinin her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarına hâkim kararı, gecikmesinde sakınca olunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile el konulur. Bu suçlara iştirak edenler ile suç faillerinin bu suçlar nedeniyle elde ettiği her türlü haksız kazanımın aktarımı sonucu elde edilen, kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile el konulur. Maddede tedbirin muhatabı olarak *—fail'* kavramının belirlenmesi yerinde olmamıştır. Çünkü henüz soruşturma aşamasında olduğundan şüphelinin bu suçun faili olduğu bir kesinlik arz etmemektedir. Maddede Ceza Muhakemesi tekniğine uygun olarak *—şüphelf* kavramının kullanılması gerekirdi. Ayrıca suça iştirak edenlerle suç faillerinin de ayrı ayrı belirtilmiş olması uygun düşmemiştir. Bilindiği gibi suça

319

iştirak edenler de artık suçun şüphelisi olacaklardır . Bu kavram kargaşasının sebebi Ceza Muhakemesine ilişkin bu gibi konuların tümünden farklı bir kanunla düzenlenmiş olmasından ve kanunu yapanların Ceza Muhakemesi konusunda değil bankacılık konusunda uzman olmalarından kaynaklanmaktadır.

Düzenlemeye dikkat edildiğinde bahsi geçen zimmet suçunu işleyenlerin her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarına el konulacağı öngörülmektedir. Burada kazanç müsadereci amacına yönelik bir el koyma türü karşımıza çıkmaktadır. Ancak maddede el konulacak mal, alacak veya paranın suçtan elde edilmiş olduğuna yönelik bir şüpheden bahsedilmemektedir. Dolayısıyla bu suç şüphesi altındaki

kişinin suçtan elde edilmiş olup olmadığına bakılmaksızın tüm mal varlığına el konulabileceği sonucu çıkmaktadır. Kanımca bu husus oranlılık ilkesine ve CMK'da düzenlenen genel el koyma kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Burada aranan tek şüphe kişinin bahsi geçen zimmet suçunu işlediğine dair hakkında soruşturma başlatılmasını sağlayan yeterli şüphedir. Madde böyle bir şüphe altındaki kişinin tüm mal varlığına el konulabileceğini belirttikten sonra daha da ileri giderek şüphelinin kan ve kayın hısımları ile üçüncü kişiler nezdinde bulunan mal varlığı değerlerine de el konulabileceğini öngörmüştür. Burada hısımların dereceleri sınırlanmadığından şüphelinin çok uzak akrabaları açısından bile bu tedbirin uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu hısımlar açısından uygulanacak el koyma için şüphelinin suçtan elde ettiği kazancın aktarımı sonucu bu kişilerin mal, alacak veya sair eşyalar edinmiş olmaları gerekir.

Bankacılık Kanunu'nda yer olan bu tedbirin uygulanabilmesi için kural olarak Hâkim kararı gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle de el koyma tedbiri uygulanabilecektir. Cumhuriyet Savcısınca verilen el koyma emri yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli Sulh Ceza Hâkiminin onayına sunulur. Hâkim kırk sekiz saat içinde kararını açıklar. Aksi halde el koyma hükümsüz kalır. Maddede şüphelinin hısımları açısından yapılacak el koyma için sadece Cumhuriyet Savcısının emrinden bahsedilmiş olup bu durum için gecikmesinde sakınca bulunan hal bile aranmamıştır. Bu husus gene Ceza Muhakemesi tekniğine uzak bir yol kullanılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla şüphelinin hısımları açısından yapılacak el koyma için de mutlaka öncelikli olarak Hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerektiği kanısındayım.

Sözü edilen banka zimmeti suçuyla ilgili mal varlığı değerleri üzerinde uygulanacak bu el koyma tedbirinin icrası, el konulacak mal varlığı değerinin türüne göre daha önce açıkladığımız taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma hükümleri uyarınca yerine getirilecektir³²⁰.

10. Orman Suçlarında El Koyma:

Orman Kanunu'nun 79/1. maddesine göre orman suçlarının işlenmesi suretiyle elde edilen orman malları ile bu suçların işlenmesinde kullanılan nakil vasıtası ve sair eşyaya Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre el konulur. Orman malları kavramı orman suçlarından dolayı zapt olunan ağaç, tomruk, kereste, yakacak ve sair mahsulleri ifade eder. Orman suçlarının işlenmesinde kullanılan traktör, paletli traktör, greyder, dozer, kompresör, motorlu ve motorsuz el testereleri, diğer araç ve gereçler ile makineler ise suç aleti olarak değerlendirilir. Orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı, cansız, tekerlekli, tekerleksiz, motorlu, motorsuz her türlü vasıtalar da nakil vasıtası olarak kabul edilir . İşte bütün bu orman emvali, suç aletleri ve nakil vasıtalarına el konulmasında CMK'da yer alan genel hükümler uygulanacaktır. Basit el koyma için geçerli olan anlatımlarımız bu konuda da dikkate alınmalıdır. Orman suçlarında ek olarak kolluk amiri yerine orman işletme müdürüne, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamayan durumlarda yazılı emir ile ek koyma yetkisi tanınmıştır. Bu el koyma işlemi en kısa sürede Cumhuriyet Savcısına bildirilir ve işlem 24 saat içerisinde Hâkim onayına sunulur.

Orman suçları açısından yapılacak el koyma işlemi hem delil elde etme hem de müsadere amacıyla yapılabilir. Orman Kanunu'nun 108. maddesinin son fıkrasına göre her türlü orman emvali, nakil vasıtaları ve suç aletleri Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre müsadere edilir. Dolayısıyla üçüncü kişilere ait emval, vasıta ve suç aletlerinin müsaderesi için bu kişilerin iyi niyetli olup olmadıkları önem arz edecektir. Bu bağlamda el konulacak bu eşyaların mutlaka şüpheliye ait olması gibi bir zorunluluk yoktur. Bu durum uygulamada özellikle nakil vasıtaları açısından karşımıza çıkmaktadır. Kaçak orman emvalinin nakledildiği kamyonlar çoğu kez üçüncü gerçek veya tüzel kişilere ait çıkmaktadır. Aracı kullanmakta olan şüpheli, aracın sahibi olmasa da el koyma işlemi yapılmaktadır. Yargılama sonucunda araç sahibinin iyi niyetli olup olmamasına göre müsadere kararı verilmektedir.

Orman Kanunu'nun 84. maddesine göre orman memurları veya diğer görevliler tarafından orman suçlarından dolayı el konulan ağaç, tomruk, kereste, yakacak ve sair mahsuller muhafaza edilmek üzere orman depolarına teslim edilir. İşlemin yapıldığı yerde orman deposu yoksa ve fiilin işlendiği yer belediye hudutlarında ise o yer belediyesine, köy hudutları içinde ise o köy muhtarına, yokluğunda vekiline, onun da yokluğunda ihtiyar heyeti üyelerinden birine yediemin senedi mukabilinde teslim olunur. Belediye veya köy yetkililerine teslim edilen bu mallar en kısa zamanda orman depolarına idarece nakledilir. Bunlardan çürüyecek veya bozulacak olanlarla muhafazası zor ve masraflı bulunanlar, Ceza Muhakemesi Kanununun 132. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine uygun olarak orman işletme müdürlüklerinin müsadereli mallar satış komisyonlarınca, mahallinde veya pazaryerlerinde ilan edilmek suretiyle derhal satılır. Orman emvalinin satış bedelinin tamamı Orman Genel Müdürlüğü hesabına irat kaydedilir.

Orman suçlarının işlenmesinde kullanılan suç aletleri ile nakil vasıtalarına el konulduktan sonra yapılacak muhafaza ve tasfiye işlemleri Orman Kanunu'nun 84. Maddesinin Uygulanması Hakkında Yönetmelikte detaylı şekilde düzenlenmiştir.

11. Askeri Mahallerde ve Avukat Bürolarında El Koyma:

CMK'nın 127. maddesinin son fıkrasına göre askerî mahallerde yapılacak el koyma işlemi, Cumhuriyet Savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir. Askeri mahallerde yapılacak arama işlemiyle ilgili açıklamalarımız tıpkı bu yerlerde yapılacak el koyma tedbiri için de geçerlidir³²². Askeri mahallerde yapılacak el koyma işlemine Cumhuriyet Savcısının bizzat katılmaması işlemi hukuka aykırı hale getirecektir.

CMK'nın 130. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesine göre avukatların görev ve kişisel suçlarıyla ilgili olarak bürolarında ve görev suçlarıyla

ilgili olarak konutlarında yapılacak arama ve el koyma işlemlerine Cumhuriyet Savcısının bizzat katılacağını, baro başkanı veya temsilcisinin de işlemlerde hazır bulunacağını, bu işlemin ancak Hâkim kararıyla gerçekleştirilebileceğini açıklamıştık. Burada, daha önce yapmış olduğumuz bu husustaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz³²³ .

VII. El Konulan Eşyanın Muhafazası veya Elden Çıkarılması:

Buraya kadar açıkladığımız şekilde el konulan veya muhafaza altına alınan eşyanın delil değerini korumak ve zarar görmesini engellemek adına bazı önlemler alınması gerekmektedir. Bu husus CMK'nın 132/4. maddesinde açık şekilde ifade edilmiştir. Gerekli önlemlerin alınmaması durumunda muhafaza altına alınan veya el konulan eşyanın zarar görmesi ile delil değeri kaybolacak ve müsadere edilmesinden beklenen amaç gerçekleşmeyecektir. Böylece bu önlemleri almakla görevli yetkililerin hukuki ve cezai sorumlulukları söz konusu olacaktır. El konulan veya muhafaza altına alınan eşyaları muhafaza etmekle görevli idari birimler eşyanın dış etkenlerden korunması, bakımı ve işler halde tutulması için gereken işlemleri yapmalıdırlar. Bu işlemler her eşyanın niteliğine göre farklılık gösterecektir. Adliyeler bünyesinde bulunan emanet memurluklarında görevli bulunanlarca bahsi geçen tedbirler alınır ancak bilindiği gibi her eşya emanet memurluklarında muhafaza edilmez. Örneğin kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyalar 5607 sayılı yasa gereğince gümrük idarelerinde, ele geçirilen kaçak akaryakıt 5015 sayılı yasa gereğince il özel idarelerinde, tabanca ve mermiler Jandarma Komutanlıkları nezdinde muhafaza edilir. Dolayısıyla bu birimlerin yetkilileri el konulan veya muhafaza altına alınan eşyalarla ilgili gereken önlemleri almalıdırlar.

El konulan veya muhafaza altına alınan eşyanın kamu eliyle muhafazası çoğu zaman bir külfet oluşturmakta, bazı durumlarda da mümkün olmamaktadır³²⁴ .

Bkz. s. 117 vd.
ALDEMİR; a.g.e. ; s. 280.

Örneğin güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturan büyükbaş hayvanların ele geçirilmesi durumunda sahibine iade edilene kadar muhafaza edilmesi gerektiğinde bunun emanet memurluğu aracılığı ile yapılması mümkün değildir. İşte CMK'nın 132/5. maddesinde bu gibi hallerde el konulan eşyanın soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhâl iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebileceği belirtilmiştir. Bu teslim yedieminlik müessesesine göre yapılmalıdır. Yediemin kendisine teslim edilen eşyanın delil değerini koruyacak ve zarar görmesini engelleyecek tedbirleri almak zorundadır. Yediemine hukuki sorumlulukları açıklanmalıdır. Çünkü yedieminin TCK'nın 289. maddesi kapsamında muhafaza görevini kötüye kullanma suçundan sorumluluğu söz konusu olabilir. CMK'nın 132/5. maddesinin son cümlesine göre yediemine yapılan teslim teminat karşılığı da yapılabilecektir.

CMK'nın 132/1. maddesine göre; el konulan eşya, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir. Elden çıkarma kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine soruşturmanın yürütüldüğü yerdeki Sulh Ceza Hâkimi, kovuşturma evresinde ise yargılamayı yürüten Mahkeme tarafından verilir. 132. maddenin 3. fıkrasına göre bu karar duruşmalı olarak verilecektir. Karardan önce eşyanın sahibi olan şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişiler dinlenecek; elden çıkarma kararı, kendilerine bildirilecektir. Elden çıkarılacak eşya delil niteliğindeyse elden çıkarma işleminden önce mutlaka delil incelemesi yapılması bir zorunluluktur. Elden çıkarma kararı verildiğinde eşya satılır veya başka bir şekilde elden çıkarılır. Bu işlem için gereken masraflar çıkarıldıktan sonra eşyanın değeri emanet memurluğu banka hesabına alınarak saklanır. Yargılama sonucunda eşyanın iadesine karar verilmesi halinde bu değer ilgili kişiye iade edilir. Böyle bir durumda eşyanın saklanması, elden çıkarılması için harcanan ve eşyadan elde edilen değerden düşülen değer de ilgiliye iadesi gerekir. Çünkü iade durumunda el koyma veya muhafaza altına alınmanın gereksiz olduğu ortaya çıkacaktır ve bu durumda eşya sahibinin hiçbir şekilde zarara uğramaması gerekir.

CMK'nın 132/6. maddesine göre; el konulan eşya, delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde, sürüm değerinin derhâl ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim edilebilir. Bu durumda müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değer oluşturur. Ödenen bu değer müsadere kararı verilene kadar emanet memurluğunun banka hesabında muhafaza edilir. Müsadere kararı verildiğinde ödenen rayiç bedel Hazineye gelir olarak kaydedilir.

325

5607 sayılı yasa kapsamında yer alan kaçakçılık suçlarıyla ve 6831 sayılı yasa kapsamında yer alan orman suçlarıyla³²⁶ ilgili özel muhafaza ve tasfiye hükümlerine daha önce değinmiştik.

VIII. El Koymanın Sona Ermesi:

Birçok kez dile getirdiğimiz üzere diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi el koyma tedbiri de geçici bir işlemdir. El koyma ile ulaşılmak istenen amaç gerçekleştiğinde tedbirin sona ermesi gerekir. Dolayısıyla el koymaya artık gerek olmadığı anlaşıldığında veya el konulan eşyanın müsaderesine karar verildiğinde el koyma işlemi sona erecektir. Ayrıca kaçak sanık hakkında duruşmaya gelmesi amacıyla gerçekleştirilen zorlama amaçlı el koymada sanığın duruşmaya gelmesiyle istenilen amaca ulaşılmış olduğundan sona ermelidir.

Cumhuriyet Savcısının veya kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan el koyma işlemleri de 24 saat içerisinde Hâkim onayına sunulmazsa veya onaya sunulmuş olup da Hâkim tarafından onaylanmazsa derhal sona ermeli ve el konulan eşya sahibine iade edilmelidir.

El koyma tedbiri ya sahibine iade ya da müsadere ile sona erecektir. CMK'nın 131/1. maddesine göre şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait el konulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek

Bkz. s. 186.

Bkz. s. 190.

kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağıının anlaşılması halinde eşya sahibine iade edilir. İade kararını re'sen veya istem üzerine Cumhuriyet Savcısı, Hâkim veya Mahkeme verecektir. Soruşturma aşamasında böyle bir durumla karşılaşılmasında soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı derhal kendisi iade kararı verebilecektir. Ancak uygulamada el koymanın Hâkim onayına sunulduğu veya Hâkim kararıyla el koyma işleminin yapıldığı durumlarda iade içinde Sulh Ceza Hâkiminden talepte bulunmaktadır. İlgililerin kendi rızalarıyla teslim ettikleri ve bu sebeple muhafaza altına alınmış eşyaların iadesi ise Savcı kararıyla gerçekleştirilmektedir. Yine de kanun metninin lafzından ne suretle olursa olsun el konulmuş veya muhafaza altına alınmış eşyanın delil değerinin olmadığı veya eşyanın müsadereye tabi olmayacağıının anlaşılmasıyla soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısının re'sen iade kararı verebileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte yine uygulamada el konulmuş suç eşyasının üçüncü kişiye ait olduğu durumlarda bu kişinin iyi niyetli olup olmadığına göre müsadere durumu değişeceğinden ve bu kişinin iyi niyetli olup olmadığını mahkeme takdir edeceğinden iddianame kapsamında müsadere talebinde veya şahsın iyi niyetli olduğu iddiasıyla iade talebinde bulunmaktadır. Kanımca da iade hususunun gerekliliği açık ve her türlü şüpheden uzak olmadıkça bu konuyla ilgili olarak soruşturmada Sulh Ceza Hâkiminden, kovuşturmada ise Mahkemeden talepte bulunulması hukuka uygun olacaktır. Özellikle el koyma kararını Sulh Ceza Hâkiminin verdiği durumlarda Cumhuriyet Savcısının iadeyi de Hâkimden talep etmesi daha sonraki hukuka aykırılık iddialarının önüne geçebilecektir.

İade talebinin soruşturma aşamasında eşyanın sahibinden geldiği durumlarda ise Cumhuriyet Savcısı talebi yerinde görmez veya iade hususunda tereddüde düşerse talebi reddetmelidir. CMK'nın 131/1. maddesinin son cümlesine göre bu durumda ilgilinin itiraz hakkı doğacaktır ve böylelikle konu Sulh Ceza Hâkiminin önüne gelecektir. İade talebi kovuşturma aşamasında yapıp da mahkeme talebi reddederse bu durumda da ilgilinin itiraz hakkı mevcuttur. İtiraz prosedürü CMK'nın 267 ve devamı maddeleri uyarınca işleyecektir.

El konulan veya muhafaza altına alınmış eşyanın sahibine iadesi durumunda eşyanın korunması ve saklanması amacıyla yapılan giderlerin eşyanın sahibinden

veya zilyedinden istenemez. Çünkü iade ya el koyma tedbirinin yanlışlığı ya da el koyma ile umulan amaca ulaşıldığı için yapılmaktadır. Her iki durumda da eşyanın sahibi veya zilyedinin, iddiaya konu eylemin şüphelisi veya sanığı olsalar dahi bir sorumlulukları yoktur³²⁷.

El koyma tedbirini sona erdiren bir diğer durum ise müsadere kararıdır. TCK'nın 54 ve 55. maddelerine göre uygulanacak müsadere kararı ile eşyanın mülkiyeti artık devlete geçeceğinden el koyma sona ermiş olur. Çalışmamızın kapsamında başlı başına ayrı bir tez konusu olabilecek müsadere hususu yer almadığından bu konunun detaylarına değinilmemiştir.

IX. El Koyma İşlemine Karşı Kanun Yolları:

Bilindiği gibi CMK'nın 267. maddesine göre soruşturma aşamasındaki tüm Hâkim kararlarına karşı itiraz yolu açıktır. Dolayısıyla soruşturma aşamasında Sulh Ceza Hâkimi tarafından verilmiş tüm el koyma kararlarına karşı işlemin ilgilisi itiraz yoluna başvurabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amirinin yazılı emriyle yapılacak el koyma işlemleri de 24 saat içerisinde Sulh Ceza Hâkiminin onayına sunulacağından işlemin onaylanması durumunda eşyanın sahibi veya zilyedi, onaylanmaması durumunda ise Cumhuriyet Savcısı karara itiraz edebileceklerdir. İtiraz, CMK'nın 268/1. maddesine göre kararın öğrenildiği günden itibaren 7 gün içerisinde yapılmalıdır. İtiraz kararı veren makama yapılacaktır. İtirazın yerinde olduğunu düşünen Sulh Ceza Hâkimi kararını itiraz doğrultusunda düzeltebilir. Ne var ki; Hâkim itirazı yerinde görmezse üç gün içerisinde evrakı, CMK'nın 268/3. maddesine göre itirazı incelemeye yetkili olan Asliye Ceza Mahkemesine gönderecektir. Asliye Ceza Mahkemesi evrak üzerinden kesin olarak karar verir.

CMK'nın 267. maddesine göre Mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabilmesi için kanunda açık bir hüküm bulunması gerekmektedir.

Kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından verilecek el koyma kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabileceği hususunda CMK'da açık bir hüküm yoktur. Zaten uygulamada el koyma tedbirlerinin neredeyse tamamına soruşturma aşamalarında başvurulmaktadır. Ancak kovuşturma aşamasında Mahkeme kararıyla bu işlemin yapılması durumunda kanımca bu bir ara karar olacağından ancak hükümle birlikte temyiz imkânı söz konusu olabilecektir.

El koyma işlemine karşı itiraz yolu dışında CMK'nın 127/4. maddesine göre, zilyetliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine el konulan kimse, Hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir. İşte soruşturma aşamasında yapılmış el koyma işlemine karşı eşyanın zilyedi tarafından yapılan itiraz reddedilmiş olsa bile her zaman Sulh Ceza Hâkiminden bu hususta talepte bulunabilir. Talebi reddedilirse bu karar gene CMK'nın 267. ve devamı maddeleri kapsamında itiraza tabi olacaktır. Zilyet, kovuşturma aşamasında da her zaman bu konuda bir karar verilmesini Mahkemeden talep edebilecektir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi kovuşturma aşamasındaki bu taleplerin reddi itiraza tabi olmadığından hükümle birlikte temyiz yoluna başvurulabilecektir. Ayrıca CMK'nın 131/1. maddesine göre el konulan eşyanın sahibi veya zilyedi el konulan eşyanın muhafazasına gerek kalmadığı veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşıldığı iddialarıyla soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısından, kovuşturma aşamasında ise Mahkemeden iade talebinde bulunabilir. 131. maddenin 1. fıkrasının son cümlesine göre talebin reddi durumunda itiraz hakkı doğacaktır. Bu süreçten daha önce bahsetmiştik³²⁸.

El koyma işlemi çoğunlukla arama işleminin bir devamı olarak uygulandığından el koymaya karşı başvuru itiraz yolunda arama işlemine karşı yapılacak itiraz sebepleri de belirtilmelidir. Bu durumlarda arama işleminin hukuka aykırı olması el koymayı da etkileyeceğinden itirazı inceleyecek makama arama hususundaki hukuka aykırılıkların da sunulması önem arz edecektir.

³²⁸ ' Bkz. s. 194 vd.

X. Hukuka Aykırı El Koyma ve Muhafaza Altına Alma İşleminin Sonuçları:

1. Genel Olarak Hukuka Aykırı El Koyma:

Bu bölüme kadar el koyma tedbirinin nasıl uygulanacağına dair kuralları ve bu tedbirin şartlarını açıklamaya çalıştık. İşte tüm bu krallara aykırı şekilde uygulanan el koyma tedbiri hukuka aykırı olacak ve bunun ceza muhakemesi hukuku, maddi ceza hukuku ve tazminat hukuku açısından sonuçları olacaktır. Soruşturma evresi açısından en önemli delil elde etme yöntemlerinden olan el koyma tedbirinin suçla mücadelenin gereği gibi yapılabilmesi için mutlaka hukuka uygun yapılması gerekmektedir. El koymanın hukuka aykırı olduğu durumlarda sırf bu sebeple sanığın beraat etmesi toplumun adalete olan inancını sarsacak ve soruşturma makamlarına güven kalmayacaktır.

El koyma işlemi ya usulüne uygun şekilde yetkili mercii tarafından verilen bir el koyma kararının olmaması nedeniyle veya böyle bir karar olmasına rağmen el koymanın icrasına ilişkin hükümlere uyulmaması nedeniyle hukuka aykırı hale gelecektir³²⁹. Bu açıklama ışığında hukuka aykırı el koymanın sonuçlarına geçmeden önce hukuka aykırı el koyma işlemlerine örnekler verelim:

- Postada el konulan gönderilerin Hâkim veya Cumhuriyet Savcısının kararı olmaksızın açılıp, incelenmesi,
- Cumhuriyet Savcısı ve baro temsilcisinin bulunmadığı halde avukatın bürosunda el koyma işleminin yapılması,
- El konulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gereken tedbirlerin alınmaması sonucu değerinin düşmesi veya zarar görmesi,
- Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında yazılan ve bu kişiler nezdinde bulunan mektup ve belgelere el konulması,

— Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olmamasına rağmen Hâkim kararı olmaksızın el koyma işlemi yapılması,

— Katalog suçlardan olmayan bir suç sebebiyle taşınmaz, hak ve alacaklara el konulması gibi³³⁰.

2. Hukuka Aykırı El Koymanın Ceza Muhakemesi Açısından Sonuçları:

Anayasa'nın 38/6. ve CMK'nın 206/2-a maddelerine göre kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez ve hükme esas alınamaz. Gene CMK'nın 217/2. maddesine göre yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebilir. Görüldüğü gibi el koyma işlemi hukuka aykırı şekilde icra edilmiş ise el edilen bulgular geçersiz hale gelir ve delil niteliğini kaybederler. Böylece iddiaya konu eylemin ispatı imkânsız hale gelebilir. Bu da maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından kabul edilemez bir durumdur. Dolayısıyla el koyma işleminin mutlaka detaylarıyla açıkladığımız usullere uygun ve son derece dikkatli şekilde icra edilmesi gerekmektedir.

3. Hukuka Aykırı El Koymanın Ceza Hukuku Açısından Sonuçları:

El koyma işlemini yapan kamu görevlisinin, bu işlemin yasal gereklerine aykırı hareket etmesi veya görevinin gereklerinde ihmal göstermesi durumlarında kamunun ve kişilerin zararına neden olacağından hukuka aykırı el koyma işlemi ile bu zarara neden olan kamu görevlisi TCK'nın 257. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olacaktır. El koyulan eşyanın korunması veya iadesi hususlarında ihmal gösteren kamu görevlisinin de aynı suçtan sorumluluğu doğacaktır.

4. Hukuka Aykırı El Koymanın Tazminat Hukuku Açısından Sonuçları:

Anayasa'nın 125. maddesine göre idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Bu hüküm doğrultusunda CMK'nın "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat İstem" başlıklı 141. maddesinin 1. fıkrasının j bendinde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

"Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler."

Görüldüğü gibi bu düzenlemeye göre hukuka aykırı el koymanın mağduru olan kişiler Devlete karşı tazminat davası açabileceklerdir. Hukuka aykırı el koyma sonucu Devlet ilgiliye tazminat öderse CMK'nın 143/2. maddesine göre tazminata neden olan işlemi yapan kamu görevlisine rücu edebilecektir. Devletin kamu görevlisine rücu edebilmesi için kamu görevlisinin mutlaka yaptığı hukuka aykırı el koyma işlemi sebebiyle görevi kötüye kullanmadan suçlu bulunması gerekmektedir.

Şimdi CMK'nın 141/1 -j maddesinde öngörülen tazminat sebeplerini ve tazminatın kapsamıyla usulünü inceleyelim.

4.1. Koşulları Oluşmadığı Halde Eşya ve Diğer Malvarlığı Değerlerine El Konulması:

331

El koymanın koşullarını yukarıda detaylarıyla açıklamıştık . Bu koşullar oluşmadığı halde şüpheli veya sanığın eşyasına ve diğer mal varlığı değerlerine el konulması nedeniyle maddi veya manevi zararları doğmuş ise tazminat hakkı söz konusu olacaktır. Örneğin Hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amirinin yazılı emri olmadıkça el koyma işlemi

Bkz. s. 148 vd.

yapılamayacağından bu karar veya emir olmadan yapılan el koyma sebebiyle tazminat sorumluluğu doğabilecektir. El koyma işleminin Hâkim kararına dayanmasına veya işlemin sonradan Hâkim tarafından onaylanmış olmasına rağmen yapılan itiraz sonucunda Hâkimin kararının kaldırılmış olması durumunda el koyma işleminin koşulları oluşmadan yapıldığı anlaşılacağından yine tazminat hakkı doğabilecektir. El koyma işleminin Hâkim kararına veya onayına dayanması tek başına yeterli değildir. Bu karar veya onayın da el koymanın diğer koşullarını ihtiva ediyor olması gerekir. Yasal koşulları olmamasına rağmen el koyma işlemi Hâkim kararına dayansa bile tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir³³². Örneğin CMK'nın 133. maddesi uyarınca şirket yönetimine koyma işlemi için mutlaka madde kapsamında belirtilen katalog suçlardan birinin söz konusu olmasına karşın burada belirtilmeyen bir suç için el koyma kararı verilirse tedbirin koşulları oluşmamış olacak, Devletin tazminat sorumluluğu doğacaktır.

4.2. El Konulan Eşyanın veya Diğer Malvarlığı Değerlerinin Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması:

CMK'nın 132/4. maddesine göre el konulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirlerin ilgili idare tarafından alınacağını belirtmiştik. El koyma veya muhafaza altına alma işleminin yapılması ile eşya üzerindeki sorumluluk Devlete geçeceğinden bu tedbirlerin alınması işin niteliğinin de doğal bir sonucudur. İşte bu tedbirlerin alınmaması sebebiyle el konulan eşya veya mal varlığı değerinin zarara uğraması durumunda Devletin bu zararı gidermesi gerekir. Böyle bir durumda eşya veya mal varlığı değerinde meydana gelen zarar ile alınmayan tedbirler arasında mutlaka illiyet bağının bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Nitekim bu hususla ilgili bir Yargıtay kararında; kaçak olduğu şüphesiyle el konulan şekerlerin daha sonra eylemle ilgili kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi üzerine küflendiğinin anlaşılmasıyla açılan tazminat davasında şeker yüklü kamyonların muhafaza edildiği Jandarma Komutanlığına ait park yerinde keşif yapılarak olay tarihi itibarıyla buranın durumunun da tespiti ile

şekerdeki bozulmanın bekleme koşullarına bağlı olarak gerçekleşip gerçekleşmediği teknik bilirkişi aracılığı ile belirlenerek tazminat hükmünün buna göre verilmesi gerektiği vurgulanmıştır³³³.

Yapılan yargılama sonucunda el konulan eşyanın müsaderesine karar verilir ise artık eşya zararları ve semereleri ile birlikte Devlete geçeceğinden bu eşyanın uğramış olduğu zararların giderilmesine de gerek yoktur³³⁴.

4.3. El Konulan Eşya veya Diğer Malvarlığı Değerlerinin Amaç Dışı Kullanılması:

Delil elde etme veya müsadere amacıyla el konulan eşya hakkında idari birimlerin yapması gereken tek şey bunları muhafaza etmek ve zarar görmelerini engelleyecek tedbirleri almaktır. Bu eşyalar el koymanın amacı dışında kamu görevlileri tarafından kullanılırsa ve eşya zarar görürse ilgililerin tazminat hakları doğacaktır. Örneğin hırsızlık suçunun konusunu oluşturan cep telefonu bulunup emanete alındığında bu telefonun emanet memuru tarafından günlük ihtiyaçlarında kullanılması sırasında zarar görmesi durumunda devletin bu zararı karşılaması gerekir. Görevlinin el konulan eşyayı şahsi ihtiyaçları için kullandığının tespit edildiği ancak eşyada herhangi bir zararın bulunmadığı durumlarda ise tazminat hakkı olmayacaktır ancak eşyayı kullanan görevlinin cezai ve disiplin sorumluluğu her halde gündeme gelecektir. Ayrıca gene bu eşyanın müsaderesi durumunda eşya zararları ve zararları ile Devlete geçeceğinden zararın karşılanması gerekmez.

³³³ Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 24.05.2010 tarihli ve 2007/15524 esas 2010/7253 karar sayılı içtihadı; aktaran ALDEMİR; a.g.e. ; s. 298.

³³⁴ AYDIN; a.g.e. ; s. 219.

4.4. El Konulan Eşya veya Diğer Malvarlığı Değerlerinin Zamanında Geri Verilmemesi:

El konulan eşya ve malvarlığı değerlerinin delil niteliklerinin kalmadığı veya müsadereye konu olamayacaklarının anlaşılması üzerine sahibine veya zilyedine ³³⁵ derhal iade edilmesi gerektiğinden bahsetmiştik³³⁵. İşte bu iadenin gecikmesi durumunda bir zarar ortaya çıkarsa tazminat hakkı doğacaktır. Örneğin tütün kaçakçılığı yapıldığı iddiasıyla ilgili olarak kapalı kasa bir kamyonunda kaçak sigara ve gizli tertibat bulunup bulunmadığı hususunda detaylı araştırma yapılması gerektiğinde araca fiilen el konulacaktır. Ancak yapılan incelemelerde kaçak sigara ve gizli tertibat bulunamadığında aracın derhal sahibine veya zilyedine iadesi gerekir. Aksi halde gecikme sebebiyle uğranılan zararları Devlet karşılamalıdır.

CMK'nın 131. maddesine göre soruşturma evresinde bir eşyaya Hâkim kararıyla veya onayıyla el konulmuş bile olsa el konulan bu eşyanın iadesine Cumhuriyet Savcısı re'sen karar verebilecektir. Bu kararın gecikmesi durumunda tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir. Ancak daha önce de açıkladığımız üzere uygulamada Hâkim kararıyla veya onayıyla el koyma işlemi yapıldığında iade için de Hâkimden karar talep edilmektedir. CMK'nın 131. maddesinde iadenin açıkça soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evresinde Mahkeme kararıyla yapılacağı şeklinde bir ayırım yapılmamış, iade kararının Cumhuriyet Savcısı, Hâkim veya Mahkeme tarafından re'sen verilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla soruşturma aşamasında ilgilinin rızasıyla herhangi bir karar veya emre gerek duyulmaksızın muhafaza altına alınan eşyaların iadesinin Cumhuriyet Savcısı kararıyla, Hâkim kararı veya onayıyla yapılmış el koyulan eşyaların iadesinin de Hâkim kararıyla yapılması gerektiği kanısındayım. Hâkim kararıyla yapılmış el koyma işleminden sonra iadenin de Hâkim kararıyla yapılması hukuka aykırılık iddialarının önüne geçecektir. Ayrıca Cumhuriyet Savcısı iade hususunun tereddütlü olduğunu düşünüyorsa bu hususta karar verilmesi için iddianame ile yargılamayı yapacak olan Mahkemeden müsadere talebinde bulunabilir. Ne var ki; iade hususu her türlü

Bkz. s. 194 vd.

şüpheden uzak şekilde kesinlik arz ediyorsa Cumhuriyet Savcısı ya derhal iade kararı vermeli ya da iade için Sulh Ceza Hâkiminden talepte bulunmalıdır. İade talebi eşyanın sahibinden de gelebilir. Bu talebin Cumhuriyet Savcısı, Hâkim veya Mahkeme tarafından reddi durumunda itiraz kanun yoluna başvurulabilir.

4.5. Tazminat İsteminin Usul Şartları ile Tazminatın Kapsamı:

Tazminat isteminin usul şartları CMK'nın 142. maddesinde düzenlenmiştir. Yukarıda bahsettiğimiz tazminat nedenlerinden bir veya birkaçının gerçekleşmesinden sonra ilgili kişi karar veya hükümlerin kesinleştiğinin kendisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. Bu süreler hak düşürücü sürelerdir ve bu sebeple Mahkeme tarafından her zaman re'sen gözetilmesi gerekir. Tazminat isteminin süresinde yapılmaması durumunda usulden red kararı verilmelidir. Tazminat istemi, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.

Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir. Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksikliği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur. Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister. İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel ilkelerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir.

Tazminat miktarı eşyanın uğradığı gerçek zarar ile ilgili kişinin eşyayı kullanamaması nedeniyle uğradığı zarar veya gelir kaybının toplamı olarak belirlenmeli, el koyma tarihinden itibaren faiz işletilmelidir³³⁶. Hukuka aykırı el koyma işlemi manevi değeri olan bir eşya hakkında uygulanmışsa manevi zararlar da tazminatın kapsamına dâhil olacaktır.

SONUÇ

Amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan Ceza Muhakemesinin bu amacına ulaşabilmesi için uygulamada belki de en çok başvurulan koruma tedbirleri arama ve el koyma tedbirleridir. Bu tedbirlerin hukuka uygun şekilde icra edilmesi Ceza Muhakemesinin gereği gibi yürütülerek hükmün infazının sağlanması açısından yaşamsal önem taşımaktadır. İHEB ve AİHS gibi uluslararası belgelerde de yer alan özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, mülkiyet gibi anayasal temel hak ve hürriyetlere doğrudan müdahale niteliği taşıyan arama ve el koyma tedbirleri bu hakların birer istisnası oldukları gibi suçlulukla mücadele ve toplumun güvenliği için de başvurulması gereken yöntemlerdir. Bu yüzden özgürlük ve güvenlik ikilemindeki duyarlı dengenin bozulmaması ve toplumun adalete olan inancının sarsılmaması adına bu tedbirlerin hukuka uygun şekilde icra edilmesi şarttır.

Koruma tedbiri olarak arama; kural olarak Hâkim, gecikmesinde sakınca bulunması halinde Cumhuriyet Savcısı ve ona ulaşılamayan hallerde de kolluk amirinin yazılı emri ile gerek şüpheli veya sanığın yakalanması, gerekse de delil olan eşyaya el konulması amacıyla kişinin mesken ve sair yerleri ile üst ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir. Teknik olarak aramadan söz edebilmemiz için kişilerin özel hayatlarına bir müdahale gerekmektedir. Özel hayatın gizliliğine bir müdahale yoksa arama söz konusu değildir. Arama hukuki niteliği itibariyle bir müeyyide değil koruma tedbiridir, bu sebeple geçicidir ve amacına ulaştığında derhal sona erer. Arama hukuk devleti, özel hayatın gizliliği, insan onuruna uygun işlem yapma, oranlılık, maddi gerçeğin araştırılması ve dürüst işlem ilkelerine egemen şekilde icra edilmelidir

Şüphelinin yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe söz konusuysa şüphelinin konutu, iş yeri, üstü, eşyası ve

337

ona ait diğer yerlerin aranabileceği belirtilmiştir . Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın

Bkz. dipnot 59.

yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Uygulamada ihbar üzerine makul şüphenin değerlendirmesinde ihbarcının güvenilir olduğunu gösteren ve olayın bütünlüğü içinde çıkan sebeplere ve bilgi veren kişinin verdiği bilgilere ilişkin yan gerçeklere bakmak gerekir.

Adli aramaya karar vermek yetkisi hâkimindir. Kolluk, arama kararı alınmasını talep ettiği durumlarda, makul şüphe sebeplerini belirten ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet savcısına başvurur. Hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle arama yapılabilir. Avukat bürolarında ve bilgisayarlarda yapılan özel arama halleri sadece Hâkim kararıyla uygulanabilir. Kolluk amiri konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama emri veremez. Gecikmesinde sakınca bulunan hal derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade eder.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde kaçan kişinin takibi sonucu girdiği yerlerde yapılacak aramalar gibi karar veya emre ihtiyaç duyulmaksızın yapılabilecek aramalar düzenlenmiştir. Yönetmelikle normlar hiyerarşisine aykırı olarak CMK' da yer almayan kurumlar oluşturulması ve CMK ile çelişen düzenlemeler öngörülmesi bir gerçek olmakla birlikte bu hükümlerin çoğunlukla uygulamada karşılaşılabilecek güçlükleri aşmak adına ve hayatın olağan akışına uygun olmaları sebebiyle TCK'nın genel hükümleriyle ilgili yapılan gereksiz açıklamalardan arındırılmış şekilde Anayasa ve CMK' ya uygun halde kanunlaştırılması gerekmektedir.

Askeri mahallerde ve avukat bürolarında yapılacak aramalara Cumhuriyet Savcısının bizzat katılması zorunludur. Aranılacak yerin sahibi veya zilyedi aramada hazır değilse temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip hısımlarından birisi,

kendisiyle birlikte oturmakta olan kişi veya komşusunun hazır bulundurulması zorunludur. Delil yasaklarında mutlak aykırılık ve nispi aykırılık gibi bir ayırımın benimsenmesi ve arama tanıklarının aramada hazır bulunmamasının nispi aykırılıklardan olduğu, bu sebeple arama tanıkları olmadan elde edilecek delillerin hukuka aykırı sayılmayacağı şeklindeki yaklaşım CMK'nın 119/4 ve 120/1 hükümlerini fiilen yürürlükten kaldırmış olacaktır. İşlemlerin hukuka uygunluğuna ve keyfiliklerin engellenmesine hizmet eden işlem tanıkları uygulamasının gereksiz olduğu kabul edilemez ve hiçbir gerekçe olmadan bu şarta uymadan yapılan işlemler ile elde edilen yargılamada kullanılamaz. Diğer yandan bu şartın çok katı bir şekilde uygulanması şekil için esasın feda edilmesine ve dolayısıyla suçla mücadelenin imkânsız hale gelmesine yol açacaktır. Dolayısıyla kolluk, işlem tanıklarının hazır edilmesi için olayın özelliğine göre elinden geleni yaptıktan sonra sonuca ulaşamazsa bunu tutanağa nedenleriyle yazarak bulabildiği başka işlem tanıklarıyla veya hiç imkân yoksa işlem tanığı hazır edilmeden arama işlemini gerçekleştirecek, bu işlemlerle elde edilen bulgular da hukuka uygun olacaktır.

Delil olabilecek veya müsadereye tabi olabilecek suç eşyaları ve malvarlığı değerlerinin zilyedin rıza göstermesiyle adliyenin eli altına alınması, muhafaza altına almayı ifade eder. El koyma ise zilyedin bir malvarlığı değerinin üzerindeki tasarruf yetkisinin rızası olmamasına karşın kaldırılmasıdır. Görüldüğu gibi muhafaza altına alma ile el koyma farklı işlem türleridir. Muhafaza altına alma herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı gibi bir karar veya emir de gerektirmez. Ancak el koyma işlemi Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile gerçekleştirilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde el koyma kendiliğinden kalkar. Taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma, bilgisayarlara el koyma, kaçak sanığın duruşmaya getirilmesi için el koyma ve avukat bürolarında el koyma sadece Hâkim kararıyla yapılabilir.

El koyma tedbiri açısından CMK' da bir şüphe seviyesi belirlenmemiştir. El koyma ile kişinin mülkiyet hakkına ve özel hayatına müdahale edildiğinden basit şüphenin yeterli olması beklenemez. Dolayısıyla sadece bir ihbar üzerine veya sadece soruşturma evresinin başladığının anlaşılması sebebine dayanılarak el koyma kararı verilemez. El koyma kararı verilebilmesi için aranan şüphe oranlılık ilkesini göz önünde bulundurarak somut olaya göre belirlenmelidir. Bununla birlikte ekseriyetle el koymadan önce arama tedbirine başvurulmuş olunacağından aranan şahıs hakkında makul şüphe bulunduğuna göre aramada ele geçirilecek eşyanın da suçta kullanıldığına veya suçtan elde edildiğine dair makul şüphenin ötesinde yeterli şüphe bulunması gereklidir. Doğrusu makul şüphenin üzerine yapılan aramada bu şüphe çoğunlukla var olacaktır. El koyma için gereken şüphe suç işlenmesi veya arama tedbirinden bağımsız olarak düşünülmelidir. Bir suçun işlendiğine dair basit bir şüphe ve üstelik kuvvetli bir şüphe sebebi bulunmasına rağmen el koyma işlemine konu olacak eşyanın söz konusu suçta kullanıldığına dair yeterli şüphe olmayabilir.

Basılmış eserlerde, kaçakçılık suçlarında, orman suçlarında, bankacılık suçlarında yapılacak el koyma işlemlerinin icrası ve şartları ilgili kanunlarda belirlenmiştir.

Sanığa veya üçüncü kişilere ait el konulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından delil niteliğinin kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına ilişkin anlaşılması halinde eşya sahibine iade edilir. İade kararını re'sen veya istem üzerine Cumhuriyet Savcısı, Hâkim veya Mahkeme verecektir.

Arama ve el koyma başta Anayasa ve CMK olmak üzere ilgili mevzuatta belirtilen kurallara uygun şekilde icra edilmelidir. Bu kurallara uygun icra edilmeyen arama ve el koyma işlemleri hukuka aykırı olacaktır. Hukuka aykırı arama ve el koyma işlemleriyle elde edilen bulgular geçersiz hale gelir ve delil niteliğini kaybederler. Bu deliller hükme esas alınamazlar. Arama işleminin makul şüphe bulunmaması, Hâkim kararı alınmaması gibi gerekçelerle hukuka aykırı olması durumunda elde edilen deliller tek başına delil olarak kullanılamayacaktır.

ancak konuyla ilgili yan deliller mevcutsa sanığın durumu buna göre değerlendirilmelidir.

Hukuka aykırı arama ve el koyma işlemleri, ilgili görevlilerin TCK'nın 120. maddesindeki Haksız Arama ve 257. maddesindeki Görevi Kötüye Kullanma Suçları açısından sorumluluklarını gerektirir. Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen, eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler devletten tazminat isteyebilirler.

KAYNAKÇA:

ALBAYRAK, Mustafa; Ceza Muhakemesi Kanunu Öz Kitap; Adalet Yayınevi; Ankara 2011.

ALDEMİR, Hüsnü; Adli - Önleme Arama ve El Koyma; Bilge Yayınevi; Ankara 2012.

AKSOY, Şemsettin; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslar arası yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2007.

AKPINAR, Gürsel; "Suç Eşyasının Korunması, El Konulması" ; Adalet Dergisi Sayı 29, http://www.vavm.adaleLsov.tr/adaletdersisi/29.savi/09_34_57.htm, erişim tarihi 22.06.2013.

AYDIN, Murat; Arama ve El Koyma; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2012.

CENTEL, Nur - **ZAFER**, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku; Beta Yayınevi; İstanbul 2006.

CERTEL, Abdulkadir; Müsadere; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2008.

ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç; Uygulamada Arama ve El Koyma; Adalet Yayınevi; Ankara 2012.

ÇALIŞKAN, Bilal; Makul Şüphenin Ötesinde Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında AiHM'in Delil Değerlendirmesi; Adalet Dergisi 35. sayı; Eylül 2009, www.vavm.actoleLsov.tr/adkuetdersisi/35.savi/10_21_23.htm, erişim tarihi 04.08.2013.

ÇİÇEK, İbrahim; Arama; Kazancı Hukuk Yayınevi; İstanbul 2009.

ÇOLAK, Haluk - **TAŞKIN**, Mustafa; Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2007.

DOĞRU, Osman; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları; T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı; Ankara 2003

ERYILMAZ, M. Bedri; Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2003

- EROL**, Haydar; Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Ceza Kanunu; 2. Baskı.
- GEDİK**, Doğan; Müsadere, Seçkin Yayıncılık; Ankara 2007.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref; Yönetmelik Yargı; Turhan Kitapevi; Ankara 2007.
- HAKERİ**, Hakan - **ÜNVER**, Yener; Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler; Adalet Yayınevi; Ankara 2008.
- KAHRAMAN**, Mehmet; "Koruma Tedbiri Olarak Arama"; Yargıtay Dergisi, Cilt 33, Sayı 3, Temmuz 2007.
- KANMAZ**, Fatih; Haksız Yakalama, Tutuklama ve El Koyma Nedeniyle Tazminat, Adalet Yayınevi; Ankara 2008.
- KUNTER**, Nurullah - **YENİSEY**, Feridun - **NUHOĞLU**, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku; Beta Yayınevi; İstanbul Ekim 2010.
- ÖLMEZ**, Aslan; "Postada El Koyma", Adalet Dergisi Sayı 32, http://www.vaym.adaleLsov.tr/adaletdersisi/32.savi/10_10_4Lhtm, erişim tarihi 22.06.2013.
- ÖZBEK**, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama; Seçkin Yayıncılık; Ankara 1999.
- ÖZBEK**, Veli Özer; Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunun Anlamı; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2005.
- ÖZBEK**, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2006.
- ÖZBEK**, Veli Özer - **KANBUR**, Mehmet Nihat - **DOĞAN**, Koray - **BACAKSIZ**, Pınar - **TEPE**, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2012.
- ÖZTÜRK**, Bahri - **TEZCAN**, Durmuş - **ERDEM**, Mustafa Ruhan - **SIRMA**, Özge - **SAYGILAR**, Yasemin F. - **ALAN**, Esra; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2010
- PARLAR**, Ali - **HATİPOĞLU**, Muzaffer - **YÜKSEL**, Erol Güngör; Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat; Ankara 2008.

POLAT, Halil; Teori ve Uygulamada Cumhuriyet Savcısının El Kitabı; Adalet Yayınevi; Ankara 2009.

ŞAFAK, Ali - **BIÇAK**, Vahit; Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Roma Yayınları; Ankara 2005.

ŞAHİN, Cumhur; Sorular ve Cevaplarla Ceza Muhakemesi Hukuku I; Seçkin Yayıncılık; Ankara 2012.

ŞENTUNA, Mustafa Tarık - **POLAT**, Gültekin; Ceza Yargılaması Hukukunda Arama, Adalet Dergisi sayı 14, http://www.yaym.adaletsov.tr/adaletdersisi/14.sayi/13-m_tarik_sentuna-gultekin_polat-ceza_yargilamasi_hukukunda_arama.htm, erişim tarihi 22.06.2013.

ŞİRİN, Osman - **AŞANER**, Halim - **GÜVEN**, Özcan - **YALVAÇ**, Gürsel - **ÖZDEMİR**, Muzaffer - **EREL**, Kemalettin; Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Kapsamında Yeni Ceza Mevzuatı Yorumu; Adalet Yayınevi; Ankara 2008.

TOROSLU, Nevzat - **FEYZİOĞLU**, Metin; Ceza Muhakemesi Hukuku; Savaş Yayınevi; Ankara Ekim 2008.

YALVAÇ, Gürsel; Gerekçeli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar; Adalet Yayınevi; Ankara 2011.

YERDELEN, Erdal; Soruşturma ve Koruma Tedbirleri; Adil Yayınevi; Ankara 2006.

YURTCAN, Erdener; Cumhuriyet Savcısının ve Cumhuriyet Yargıcının Başvuru Kitabı; Beta Yayınevi; Ankara 2007.

www.cigm.adaletgov.tr/Duyuru/adU_kl_sr.rtf; erişim tarihi 24.07.2013.

www.cigm.adaletgov.tr/Duyuru/adU_kl_sr.rtf; erişim tarihi 24.07.2013.

www.Jdkterim.gov.tr; erişim tarihi 22.07.2013.

www.Mrkcebilgi.com; erişim tarihi 22.07.2013.

www.yargUay.gov.tr/abproie/belge/aihm/19_LABITA-ITALYA.pdf; erişim tarihi 22.07.2013

UYAP Mevzuat ve İçtihat Programı.

MEŞE içtihat Programı.

KAZANCI içtihat Bilgi Bankası.

ÖZGEÇMİŞ

1986 yılının Şubat ayında Kayseri'de doğdu. İlköğrenimini Ankara Halide Edip Adıvar İlkokulu ile Kayseri TED Koleji'nde tamamladı. Ortaokulu Kayseri Nuh Mehmet Baldöktü Anadolu Lisesi'nde, liseyi ise Ankara Gazi Anadolu Lisesi'nde okudu. 2005 yılında lisans öğrenimine başladığı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2009 yılında mezun oldu. 2010 yılında Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayı olarak Ankara Adliyesi'nde göreve başladı. 2012 yılında Türkiye Adalet Akademisi'ndeki eğitimini de tamamlayarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Haziran ayı kura kararnamesi ile Karamürsel Cumhuriyet Başsavcılığı'na atanmış olup halen burada Cumhuriyet Savcısı olarak görevini yürütmektedir. 2011 yılında başladığı Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kamu hukuku ana bilim dalındaki yüksek lisans öğrenimine halen devam etmektedir.

Uygur Kaan ARISOY

Karamürsel Cumhuriyet Savcısı

Hükümet Konağı, Karamürsel/KOCAELİ

uygur.kaan.arisoy@adalet.gov.tr

Telefon: 0 533 503 63 42