

GİRİŞ

Günümüz toplumunda suç işlendikçe devletin bu suçları aydınlatabilmesi, bazen bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesini gerektirmektedir. Buradan da temel hak özgürlükler ile suçla mücadele arasında hassas bir dengenin olduğu ortaya çıkmaktadır. Toplumun gelişmesine ve ortak çıkarların daha iyi anlaşılmasına başlanmasına paralel olarak, bireylerin temel hak ve özgürlükleri de gelişme göstermiş ve buna bağlı olarak devletin bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alma, adalet ve hukuki güvenliği sağlama gibi yeni yükümlülükleri doğmuştur. Toplumun güvenliğini sağlamak için devletin öncelikli görevi suç işlenmesini önlemektir. Eğer devlet suç işlenmesini önleyememişse bu noktadan sonra devlete yeni görevler düşmektedir. Bu görevler en az suç işlenmesinin önlenmesi kadar önemlidir. Bu görevler, suç faillerini bulmak, suç delilleri toplamak, adil yargılanmayı sağlamak ve verilen hükmü infaz etmektir.

Suçun meydana geldiği tarihteki delillerin korunması, muhafaza altına alınması, böylece, hâkimin davaya baktığı zamana en az deforme olmuş şekilde delillerin ulaştırılması gerçeği elde etmek için zaruridir. İşte bunu sağlayan araca koruma tedbirleri denir. Koruma tedbirleri kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşımaktadırlar. Kolluk güvenliğinin ve adaletin sağlanabilmesi için kişi hak ve hürriyetlerine dokunan bir takım yetkiler kullanır. Kolluğun kullandığı bu yetkilerden biriside arama ve elkoyma yetkisidir. Özellikle mahkemece verilen hükümden önce haklara müdahale edilmesi bu tedbirlerin önemini daha da arttırmaktadır.

Toplumsal düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç işlendikten sonra kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi için lüzum duyulan en önemli tedbirlerden biri de “arama” tedbiridir. Özel hayata, aile hayatına ve konut dokunulmazlığına müdahaleyi gerektiren “arama” tedbiri, önemi nedeniyle ulusal ve uluslararası hukukta üzerinde hassasiyetle durulan bir konu olmuştur. Ceza Muhakemesinde bir diğer koruma tedbiri olan elkoyma ise özellikleri, önşartları ve hâkim olan ilkeler açısından arama, yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol koruma tedbirleri ile ortak özelliklere sahiptir.

Arama, Anayasamızda düzenlenen konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği gibi temel hak ve hürriyetleri sınırlamaktadır (m. 20, 21). Bu sebeple söz konusu maddelerde bu hakların arama tedbiri ile nasıl sınırlanabileceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasa dışında arama ilgili en temel ve ayrıntılı düzenlemeler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer almaktadır. Tabii bazı özel kanunlarda da kanunların ilgili alanına göre birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlenmiş ve yeni Kanunun 123 ile 134.maddeleri dâhil olmak üzere, toplam oniki maddesi sadece elkoyma koruma tedbiri ile ilgili özel düzenlemelerdir. Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi arama ve elkoyma tedbirlerinin de uygulanmaları halinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması sonucunu doğurdukları unutulmamalıdır. Kanun koyucunun, bu durumu dikkate alarak mevzuatımızda arama ve elkoymayı ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Nitekim Ceza muhakemesinde delil elde etme araçlarının başında koruma tedbirleri gelir, özellikle arama ve el koyma hem sanığın ele geçirilmesi, hem de delil toplanması için vazgeçilmez araçlardır. Böylece ceza muhakemesinin yapılması ve muhakeme sonunda verilecek kararın yerine getirilebilmesi sağlanmaya çalışılır. Çoğu ceza muhakemesi işlemi gibi koruma tedbirleri de zorlayıcıdır ve bir temel hak ve özgürlüğü sınırlar. Bu nedenle yasa koyucu koruma tedbirlerine başvurulabilmesi bakımından belli ölçütler getirmiştir. Ancak, bazen bu tedbire başvurulabilmesi için mutlaka suç işlenmesi gerekmez. Bir suçun işlenmesini önlemek, işlendikten sonra adaleti sağlamak kadar önemli olduğu için, suçla mücadelede bazı önleme tedbirlerine de ihtiyaç duyulmuştur.

Teknolojinin gelişmesiyle bilgisayarlar iş dünyasında çok geniş bir yer tutmaya başlamıştır. Sadece bilgisayarlarla iş yapan şirketlerin bilgisayarlarında arama yapılarak bu bilgisayarlara elkonulması halinde bu şirketlerin iş yapamayacak hale gelmeleri mümkündür. Ayrıca, bu tedbir, özel hayat, ticari ve bilimsel sırlar ve mülkiyet gibi değişik ve önemli birçok hukuki değere tecavüz oluşturmaktadır. Bu nedenle yasakoyucu, ağır sonuçlar doğuran bilgisayarlarda arama ve elkoymayı ayrıca düzenlemiş ve sıkı koşullara bağlamıştır.¹ Bu durumun küreselleşme ile birlikte hayatımızda yer eden bilişim suçlarında da kullanılması gerekmektedir. Bilgisayarlardan elde edilen deliller günümüzde oldukça

¹ Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2006, s.566-567

yer tutmaktadır. Nitekim bilgisayar kayıtları kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerdir. Bir suç işlendiğinde suça ilişkin bazı delillerin bilgisayar kayıtlarında olması mümkündür.² Bu açıdan tezimizin amacı ceza yargılaması sisteminde arama ve el koyma işlemleri olarak karşımıza çıkan koruma tedbiri biçimlerinin ve bu tedbirlerden bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymanın hangi ilkelerle ve ne şekilde uygulanacağıdır.

Bir suçlunun arkasında işlenen suçla ilgili delil, iz ve emare bırakması doğanın bir kanunu olarak insanoğlunun elinde olmadığından, bilişim sistemleri ile işlenen suçlarda suç ile ilgili deliller farklı şekilde ve formatlarda suç sonrasında dijital delil olarak suç sahnesinde kalmaktadır.

Adli Bilişim günümüzde özellikle ceza davaları bakımından kolluk ve mahkemelerin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Suç ve suç sahnesi ile ilk temas eden kolluk görevlilerinin el konulacak bilgisayar ve ekipmanlarının ve diğer elektronik aygıtlara nasıl el koymaları, incelemenin yapılacağı yere nasıl götürmeleri nerede ve nasıl muhafaza etmeleri gerektiğine ilişkin tavsiye kurallarının veya örnek uygulamaların bilinmesi ve uygulanması hukuka aykırı delil iddialarının önüne geçmek bakımından son derece önem taşımaktadır³.

Bugün her bilgisayar kullanıcısı oluşturduğu her şeyi her gün hard diske kaydetmektedir. Bilişim ve telekomünikasyon endüstrisindeki baş döndürücü gelişmeler bilgisayarların hayatımızın her alanında vazgeçilmez unsurlar haline gelmiş bu gelişme kamu sektörünü özel sektöre, bireye, bilime katkısı olduğu gibi beraberindeki bazı problemleri de getirmiştir.

Bütün bu gelişmeler ceza ve hukuk davalarında bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında, bilgisayar verilerinde, veri saklama birimlerinde ve bilgisayar ağlarında aramanın yapılmasını gerekli kılmıştır.

² Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.284

³ BERBER, Leyla Keser, **Adli Bilişim**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.37.

Gerçeğin açığa çıkarılması yönünden, bilgisayardaki kayıtların ceza ve hukuk davalarını delip, iz, eser ve emare oluşturacağı konusunda kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle hem bu olanağı sağlamak ve hem de bireysel yararları saklı tutmak amacı ile bilgisayar, bilgisayar programları ve verileri, bilgisayar ağları, uzaktaki bilgisayarlar ile veri saklama birimlerinde arama yapılması gerekmektedir.

Biz de bu tez kapsamında günümüz dünyasında oldukça büyük bir önem arz eden ve eski ceza muhakemesi usulü kanununda düzenlenmemekle birlikte yeni Ceza Muhakemesi Kanununun 134. maddesinde düzenlenme alanı bulan ancak henüz hakkında yeterince açıklama yapılmamış bulunan bir konuyu “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma” konusunu incelemeye çalıştık.

Konunun mevzuatımızda “arama ve elkoyma” ile ilgili düzenlemeler içerisinde yer alıp, bu kurumun özel bir uygulaması olması nedeniyle beraber irdeleme ve değerlendirme gayreti güdülmüştür.

Bu bağlamda tezimiz üç bölümden oluşmaktadır. Tezin ilk bölümünde, tezin içeriğinin ana müessesini oluşturan arama, ikinci bölümde elkoyma ile hukuki niteliği, üçüncü bölümde ise CMK madde 134 kapsamında bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma konusu işlenip değerlendirildikten sonra bir sonuca ulaşılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMA VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK ARAMA

Genel olarak arama birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak olarak nitelenmektedir. Aramak ise arama için yapılan faaliyeti ifade eder.⁴ Teknik olarak, ise aramak; gözle görülemeyen, kulakla işitilemeyen, koklamayla hissedilemeyen bir nesnenin veya gizlenmiş olan kişinin araştırılması şeklinde ifade edilir.⁵

Arama işlemi ortada olmayan, saklı ve gizli olan nesnelere ortaya çıkarma faaliyetidir. Beş duyu ile açıkça tespit edilebilen şeylere ulaşılması işlemi arama kapsamına girmez. Örneğin, bir otomobilde şoför koltuğu yanında açıkta duran tabancayı alarak ruhsatlı olup olmadığını kontrol etmek arama sayılamaz. Çünkü söz konusu silah herkes tarafından açıkça görülebilmektedir. Aynı şekilde, bahçesine uyuşturucu madde eken bir kişinin bahçesinin havadan helikopter ile veya uzaktan teknik yöntemlerle fotoğrafının çekilmesi arama işlemi sayılamaz.⁵ Arama; kişilerin durdurularak üzerlerinin aranması veya ev, işyeri, araç, eşya ve diğer kapalı yerlerinin aranması şeklinde gerçekleşebilir.⁶

Adil yargılamanın temel gereklerinden biri de muhakemenin mümkün olduğunca kısa bir zamanda sonuçlandırılması ve hükmün infaz edilebilmesidir. Ceza muhakemesi sırasında başvurulmuş tutuklama, yakalama, arama, elkoyma gibi koruma tedbirleri bu amacı sağlamaya yönelik en önemli araçlardır.⁷

Aramanın konusu; aranan araç, gereç ve maddeler ile bir çalıntı mal veya uyuşturucu olabileceği gibi; suç işlemek için kullanılacak veya bir suçta kullanılmış olan, bıçak, silah gibi her türlü tehlikeli, zarar verici madde veya delil niteliği taşıyan bilgi,

⁴ TDK, "Aramak", Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim: 25.12.2010)

⁵ Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.394

⁶ Soyaslan, 2006, s.292

⁷ Bahri Öztürk, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti**, D.E.Ü.Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Ankara, 1991, s.117

belge veya kâğıt olabilir.⁸ Nitekim Ceza Muhakemesi Kanununa göre de arama delil elde etmek üzere yapılan araştırma işlemidir. CMK m.116da da arama “*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Toplumunu tehlikelerden korumak ve oluşan tehlikeyi bertaraf etmek için, devlete tanınan arama yetkisi iki türdür. Anayasal hak ve özgürlüklerin, genel emniyet ve asayişin korunması ve tehlikenin önlenmesi için gerçekleştirilen arama işlemine “önleme araması”; suç işlendikten sonra, suçun ve failinin ortaya çıkarılması için gerçekleştirilen arama işlemine ise “adli arama” denir.⁹ Önleme araması, genel anlamda kamu güvenliğinin tehlikeye düşme ihtimaline karşı başvurulmuş bir yol olup, burada “uzak tehlike” söz konusudur. Kamu güvenliği tehlikeye düşmeden ve henüz bir suç işlenmeden gerçekleştirildiği için, önleme araması ceza muhakemesinin değil, idare hukukunun alanına giren bir işlemdir.¹⁰ Adli arama ise; 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 (CMK) ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir (AÖAY m. 5).

Arama, ceza yargılamasını amacına ulaştırmak için, suç şüphesi altındaki kişilerin, suç delillerinin ve müsadereye tabi nesnelere elde edilmesi amacıyla, konutta, başka kapalı yerlerde ve kişilerin üzerlerinde yapılan bir işlemdir, bir araştırmadır. Bir ceza yargılaması önlemi olarak arama, ilk planda suç ve suç şüphesi altındaki kişileri ilgilendirmesi yanında, suçun dışında kalan kişileri de belirli koşullarla kapsamına alabilir.¹¹ Doktrine bakıldığında da hemen hemen bütün yazarların buna benzer tanımlar yaptığı görülmektedir.

⁸ Bedri Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.32

⁹ Erol Cihan ve Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 1998, s. 267

¹⁰ İsmail Malkoç ve Mahmut Güler, **Uygulamada Ceza Muhakemeleri Kanunu**, C.I, Adil Yayınevi, Ankara, 1994, s. 438

¹¹ Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2005, s. 337

Sonuç olarak aramak, saklı olan belirli bir eşyanın veya bir kişinin belirli bir amaca yönelik olarak, plânlı bir şekilde yapılan bir faaliyettir.¹² Ceza Hukukunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için suç delillerinin ele geçirilmesi amacıyla kolluk tarafından yapılan makul şüpheli veya sanığın üstlerinin, eşyasının, araçlarının, özel kâğıtlarının, konut, işyeri ve eklentilerinin aranması faaliyeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Arama diğer koruma tedbirleri gibi muhakemenin amacına hizmet etmektedir. Başka bir ifadeyle muhakeme aşamasında gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunacak bir koruma tedbidir.¹³ Aşağıda görüleceği gibi arama tedbiri belirli bir tarihsel geliş göstermiştir.

II. ARAMANIN TARİHİ GELİŞİMİ

Tarihsel olarak baktığımızda insanların toplu halde yaşamaya başlamalarından sonra, toplumsal düzenin ve güvenliğin sağlanması gerekmektedir. Devletlerin kurulması ile birlikte ise söz konusu düzenin devlet tarafından sağlanması şart olmuştur. Daha açık bir ifadeyle devlet denilen mekanizmanın kurulup geliştirilmesinden sonra zaman içerisinde suçluyu takip edip cezalandırmak görevi ve yetkisi devlete verilmiştir.¹⁴ Bu çerçevede suçluların yaptıkları eylemle ilgili olarak koruma tedbirleri ve bunlardan bir tanesi olan arama tedbirleri işlemeye başlamıştır.

A. Batıda Gelişimi

Geçmişte batı toplumlarında insanların toplu halde yaşamaya başlaması ile birlikte toplum güvenliği kent devletleri tarafından oluşturulan hukuk düzenleriyle sağlanmaktaydı. Fakat topluluk içinde yaşayan kişilerden biri diğerine karşı, suç oluşturan bir fiil işlediği zaman, aile reisinin, suç işleyene ceza vererek sorunu topluluk içinde çözümlemesine karşılık, suç farklı gruplar arasında işlenmiş ise, o zaman kişisel ölçü esas geçerli olmaktaydı.¹⁵ Yani hukuk kuralları topluluk tarafından oluşturulmaya çalışılmaktaydı.

¹² Cihan ve Yenisey, 1998, s.213

¹³ Öztürk ve Erdem, 2006, s.483

¹⁴ Şemsettin Aksoy, **Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.24

¹⁵ Mert Gümüşay, **Anayasa Değişiklikleri Işığında Arama Hukuku**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2004, s.37

Bu sebeple koruma tedbiri olarak arama ve buna benzer bir hüküm hukuken uygulanmamaktaydı. Örneğin bir batı uygarlığı olan Eski Yunan'da günümüzdeki gibi arama koruma tedbiri yoktu. Bir kurum olarak arama varolsa da, buna ilişkin yasal düzenlemeler bulunmamaktaydı. Varolan kurallar ise uygulamadan ortaya çıkan ve daha ziyade hırsızlık suçuna ilişkin meskende yapılan aramaya yönelikti.¹⁶ Bu dönemde arama fiili icra edilirken, arama yapacak kişinin, üzerindeki giysileri çıkararak Tanrı huzurunda aradığı şeylerin, arama yapılacak yerde olabileceğine dair yemin etmesi gerekirdi. Evde yapılacak arama, evde oturanların katılımı ile ve fakat ev sahibinin yokluğunda yapılabilirdi. Ev sahibi yapılan arama işlemine katlanmak zorundadır. Şayet bundan kaçınır ise, mahkeme önüne davet edilir ve mahkemece kaybolan şeylerin değeri konusunda takdir edilecek miktarı ödemeye yükümlü tutulurdu.¹⁷

Roma devletinin ilk devirlerinde davacı hem sanık hem de üçüncü kişilerin konutunda arama yapma ve bulduğu eşyaya elkoyma yetkisine sahipti. Arama bir özel hukuk sorunu olarak görülür ve devlet bununla meşgul olmazdı. Bu aramalar genellikle hırsızlık suçlarına ilişkin olurdu.¹⁸ Daha farklı bir ifadeyle hırsızlık suçu ile bağlantılı olarak, suçtan zarar gören kişi tarafından, çalınan malını bulması için yerine getirilmekteydi. Malı çalınan kişi bu amaçla hem hırsızın hem de üçüncü kişilerin evlerinde arama yapabilmekteydi.¹⁹ İmparatorluk döneminde ise, malı çalınan kişi önce bu konuda devlet tarafından görevlendirilmiş olan kişiye (magistra) başvurarak, izin istemek durumundaydı. Mağdura izin verilmesi halinde, yanına bir devlet memuru verilmekteydi. Böylece, günümüzde yapılan arama işlemine benzer bir uygulama ortaya çıkmaya başlamıştır.²⁰

Roma'da arama kurumu ancak "12 Levha Kanunları" ile ilk kez yasal düzenlemeye kavuştu ve hırsızlık suçuna ilişkin eski usule dayanmakla birlikte, aramanın nasıl yapılacağını gösteren yazılı bir düzenleme olması bakımından önemlidir. Söz konusu düzenlemeye göre, çalındığı bildirilen şeyin bulunması için saklandığı iddia edilen eve,

¹⁶ Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s.36

¹⁷ Özlem Yenerer, **Ceza muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996, s.42

¹⁸ Özbek, 1999, s.36

¹⁹ Yenerer, 1996, s.43

²⁰ Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Furtum**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1975, s.32

aramayı yapacak kişi yalnızca bir peştamal giymiş ve her iki elinde bir tepsi tutarak girer ve aramayı icra ederdi. Arama hususunda bir talepte bulunulduğunda ev sahibi bunu reddedemezdi. Aksi halde aranmakta olan eşyanın değerinin dört katını ödemek zorunda kalırdı. Aramayı yapacak kişinin üzerinde sadece bir peştamalin olması sebebi, çalınan malın dışarıdan gizlice içeriye sokulmasına engel olmaktadır.²¹

Mağdur arama yaparken yanında komşu ve akrabaları da bulanabilmekteydi. Bu kişiler sadece tanık veya izleyici olarak değil, gerektiğinde kuvvete başvurarak da mağdura yardım etmek için orada bulunmaktaydılar. Konut dokunulmazlığının ihlali ve konuta bir saldırı niteliğinde olan bu arama, bazı kısıtlamalara bağlıdır. Mesela, arama yapan şahıs yatak odasına giremezdi. Ancak bu yasağın geçerli olabilmesi için, ev sahibinin belirli bir şekilde uyararak yemin etmesi gerekirdi. Bu dönemde yatak odasına girilmemesi kadına duyulan saygını göstergesi olarak kabul edilebilir. Aramanın diğer bir şartı aramanın hırsızlıktan kısa bir süre sonra yapılmasıydı.²²

Roma'da jürili muhakeme usulünün uygulandığı devirlerde ise arama, davacıya arama konusunda resmi vekâletname denilebilecek bir yetkinin verilmesi şeklinde gerçekleştiriliyordu. Bu çerçevede, sanık veya üçüncü kişinin delil niteliğinde şeyleri ellerinde bulduklarına inanılıyorsa bunları iade etmekle yükümlüydüler. Şayet vermemekte direnirler ve kötü niyetli olduklarına inanılırsa davacı bu kişilerin evlerini arayabilirdi. Roma Devleti'nin son dönemlerinde hâkimlere de arama yapma yetkisi tanınmıştır. Hâkimler, bu yetkilerini genellikle mahkeme memurları aracılığıyla yerine getirmekteydiler.²³ Genel olarak arama delil elde edilmesi için yapılırsa da, özellikle kaçan kölelerin meskenlerde yakalanabilmesi amacıyla da uygulanıyordu. Böyle bir durumda ev sahibi aramayı reddederse cezalandırılırdı.²⁴

Cermen ve Frank hukukunda da, eski dönemlerde arama ile ilgili yazılı bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak, MS. 5. yüzyıldan itibaren aramaya ilişkin yasal düzenlemelerin ortaya çıkmaya başladığı görülür. Bu dönemde, kanunların yanında geleneklerde etkili olmaya devam etmiştir. Bu hukuk sisteminin geçerli olduğu dönemde

²¹ Özbek, 1999, s.36

²² Yenerer, 1996, s.43

²³ Özbek, 1999, s.37

²⁴ Gümüştay, 2004 s.40

geceleyin evde arama yapılması mümkün değildi. Bu dönemin en önemli kanunu Lex Salica, iz süren kişinin, kural olarak dokunulmaz olmasına rağmen, bir evde arama yapmasına izin veriyordu. Bu durumda o ev dinsiz kabul ediliyor ve arama zorla icra ediliyordu. Cermen hukukunda arama bir takım şekil kurallarına bağlıydı. Buna göre arama yapmak amacıyla bir eve ancak eller açık, herhangi bir şey gizlemeye elverişli olmayan bir elbise ile ve yalın ayak girilebilirdi. Bu kuralı ihlal eden cezalandırılıyordu. Ayrıca geceleyin arama yapılması da yasaktı.²⁵ 13. yy'da şüpheli şahsın suçu kanıtlanana kadar genelde 1 yıl kapalı tutulması ve arama için iznin alınması ile konutunda arama yapılabilmekteydi. Fakat arama yapmadan da direk tahkikata geçilebildiği ve suçu sabit görüldüğü taktirde cezalandırıldığı bilinmektedir.²⁶

Fakat Hıristiyanlığın yayılması ve kilise hukukunun etkisi ile zamanla Cermen ve Frenk hukuku etkisini yitirmiştir. Krallıkların ortaya çıkıp güçlenmesi ile birlikte suçlar kovuşturma yetkisi devlete geçmiş ve suçtan zarar gören dava açmamış olduğu takdirde kovuşturma devlet tarafından yapılmaya başlanmıştır. Muhakemeyi, kralı temsilen memurları yapardı. Dönemin en önemli yasaları olan Sachsenspiegel ve Schwabenspiegel'e göre, bir suç işleyen kişinin kaçtığı ev ya da şatonun aranması mümkündü. Buna göre bu kişi hakim talebi üzerine ya iade edilmeli ya da davacı ve hakim temsilcisi içeriye kabul edilmeliydi.²⁷

Kilisenin güçlenmesi sonucu kurulan ve işlemeye başlayan engizisyon muhakeme sistemi ile engizisyon hakimi, memurları aracılığıyla işe hemen el koyar ve suçu re'sen kovuştururdu. Muhakemenin tek yetkilisi olan engizisyon hâkiminin takdir yetkisinin sınırsızlığı ve suçların dinsel düşüncenin etkisi altında günah olarak kabulü, muhakemenin amacına hizmet eden her yolu mubah sayıyordu. Bu nedenle aramanın sınır ve kapsamının yasal olarak tespit edilmesine gerek duyulmamıştır. Arama muhakeme açısından pratik bir öneme sahip olmasına karşılık, hukuksal sınırlamalara tabi değildir. Bu çerçevede sanığın suçunu itiraf etmesi için, süresiz hapsedmek dâhil, her yol deneniyordu. Sanık soruşturmanın konusu olduğundan işkenceye tabi tutulan sanık üzerinde bulunan bütün ispat vasıtalarının, herhangi bir kurala tabi olmaksızın aranması ve elkonması

²⁵ Özbek, 1999, s.37-38

²⁶ Vasfî Raşit Seviğ, "X'uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:13, Sayı:3-4, 1956, s.321

²⁷ Özbek, 1999, s.38-39

mümkündü.²⁸ Sonuç itibariyle bu dönemde yasalarda olduğu gibi mahkeme uygulamasında da arama konusu kısır kalmış ve eski hukuk kuralları uygulanmaya devam etmiştir. Uygulamada da aramanın sınırları belirsizdi ve muhakemelerde çoğunlukla engizisyon usulü geçerliydi. Bu çerçevede muhakemeyi harekete geçirecek bir şüphe arama için yeterli olup, bu şüphenin ölçüsü ise, “dirayetli ve bilgili bir hâkimin” takdiri olmuştur.²⁹

1789 Fransız ihtilaliyle birlikte oluşan liberal akımın etkisiyle, devlet gücünün kötüye kullanılmasını önleyen ve bireyi koruyan bir muhakeme sistemi oluşturuldu. Bu dönemde “sanık; suçlu olduğu sabit oluncaya kadar masum sayılır” temel ilkesi hâkim olmuştur.³⁰ 19. yy.da Almanya’da birçok devlet ceza usul yasaları hazırlamıştır. Mesela 1849 Alman imparatorluk Anayasası’nın 140. maddesi konut dokunulmazlığını koruma altına almış, bu doğrultuda yasalarda da konutta yapılacak aramanın şartlar düzenlenerek bu alandaki keyfiliğin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Anayasanın bu maddesi doğrultusunda, 1879 tarihli İmparatorluk Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 102. vd. maddelerinde arama bir koruma tedbiri olarak ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Mülga 1412 sayılı CMUK’un mehzazını oluşturan, 5271 sayılı CMK’nın da tümüyle olmasa da birçok yönüyle kaynak aldığı bu kanun, günümüze kadar birçok değişikliğe uğramış olsa da aramaya ilişkin hükümler genel olarak varlığını korumuştur.³¹

Günümüzde ise Batıda özellikle Avrupa Birliği (AB)’de koruma tedbiri olarak arama yapılması kanunlar çerçevesinde gerçekleştirilebilmektedir. Nitekim gerekli durumlarda hâkim ve savcıdan izinsiz arama yapılamaz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Madde:12’de “Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, evine ya da yazışmasına keyfi olarak karışılmaz, onuruna ve adına saldırılamaz. Herkesin, bu gibi müdahale ya da saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı vardır.” İbaresini bu iznin gerekliliğini açıklar niteliktedir.

²⁸ Vasfi Raşit Seviğ, “Engizisyon Muhakeme Usulü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:1, Sayı:4, 1959, s.3

²⁹ Özbek, 1999, s.41

³⁰ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2005, s.5

³¹ Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.5

B. Türkiye’de Gelişimi

Osmanlı İmparatorluğu’nda da usul hukuku alanında tümüyle İslam hukuku hükümlerinin uygulandığı söylenebilir. Osmanlı İmparatorluğu’nun 1879 yılına gelene dek ayrı bir ceza muhakemesi usulü de yoktu. Tanzimat’a kadar genel ceza yargılaması tek hâkimli şer-ıye mahkemelerinde yapılmaktaydı. Mahkemelerin görevleri de hukuk ve ceza olarak ayrılmış değildi. İşte bu sebeplerle Osmanlı İmparatorluğunun kuruluşundan 1879 Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu çıkana dek yukarıda belirtilen aramaya ilişkin kuralların uygulama alanı bulduğu kabul edilebilir.³²

Osmanlı usul hukuku alanında İslam hukuku hükümleri gereğince İslam hukuku Tanrı iradesine dayanır. Kaynağı ise, Kur-an, Sünnet, İcma ve son olarak Kıyas’tır. Kur-an ve Sünnet temel kaynaktır.³³ İslam’da özel hayatın gizliliğine ve korunmasına büyük önem verilmiştir. Kur-an’ın Hucurat suresinin 12. ayetinde gizli ve ayıp hususları öğrenmeye çalışmak anlamına gelen “tecessüs” yasaklanmıştır. Bu ayetin bütün özel hayat hallerini korumada ana hüküm olduğu söylenebilir.³⁴ Her ne kadar, İslam Hukukunda “arama” konusunda ayrıntılı ve açık bir düzenleme bulunmamakta ise de, özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına özel bir önem verilmiştir. Devlet kuvvetleri ancak suçüstü hallerinde veya mahkeme kararıyla konuta girebilirdi. Bu zorunluluklar dışında başkasının konutuna girilemezdi. Kur-an da başkasının evine ancak kapıdan ve izinle girilebileceği emredilmiştir. Bu kurala aykırı davranılması suç olarak kabul edilmiş, bu yöntemle elde edilen delillerin de ceza yargılamasında kullanılmasına izin verilmemiştir.³⁵

İslam hukukunda arama bir koruma tedbiri olarak bulunmamaktaydı. Zaten koruma tedbiri kurumu da bulunmuyordu. Ancak arama ayrı bir kurum olarak düzenlenmemiş olsa da uygulamada konut araması şeklinde görülmüştür.³⁶ Şöyle ki, İslam hukukuna göre

³² Feridun Yenisey, “Ceza Yargısında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler”, **Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu**, İstanbul, 1983, s.41-42

³³ Ziya Umur, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, C. I, İstanbul, 1987, s. 149

³⁴ Servet Armağan, **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, Hak Yayınları, Ankara, 1996, s. 81

³⁵ Seydi Kaymaz, **Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.17

³⁶ Özbek, 1999, s.41

konut, kişinin sırlarının saklı olduğu, ailesinin bulunduğu, devamlı veya geçici bir surette oturduğu yerdir ve bu yönüyle kutsaldır.³⁷

İslam hukukunda konut dokunulmazlığı bizzat Kur'an tarafından teminat altına alınmıştır. Nur suresinin 27. ve 28. ayetleri buna yöneliktir. Buna göre, başkalarının bulunduğu kapalı bir yere girerken izin istenmeli ve şayet izin verilmezse oraya girilmemelidir. Bu şekilde özel hayatın gizliliği korunmaya çalışılmıştır.³⁸

İslam hukukunda arama bir ceza muhakemesi kurumu olmadığı gibi, yazılı olarak da düzenlenmemiştir. Bu nedenle arama kurumunun varlığı ve şekli, din bilginlerinin sözleri ve uygulamalarından oluşmuştur. Mesela, bir evde şarap olduğu ihbarı gelmişse bu eve baskın yapıp arama yapılabilirdi. Yine din bilginlerine göre, müfsit, yani kargaşa çıkarıcı, bozguncu kimselerin evlerini basmada bir sakınca yoktur. Ayrıca İslam hukukunda ceza davaları da bir özel hukuk kurumu olarak kabul edildiğinden bir evde arama yapılması için davacının bu konuda talepte bulunması gerekmektedir.³⁹

İslam hukukunda da özel hayatın gizliliğine sınır getirilebilir. İslam hukukçularının üzerinde ittifak ettiği şu hallerde konuta giriş özel hayatın gizliliğine müdahale sayılmaz:⁴⁰

-Bir kimsenin hayatı tehlikede ise, mesela, imdat istiyorsa veya bir felakete maruz kalmışsa o kimsenin evine izinsiz girilebilir.

-Yangın, sel, düşman istilası ve hırsızlık vakıalarında da böyle bir müdahale söz konusu olabilir. Çünkü bu durumda kişilerin durumu tehlikededir.

-Adli soruşturmanın bir gereği olarak bir kimsenin evine girilebilir. Adli bir faaliyet çerçevesinde yapılan aramalarda yetkili mercinin izni söz konusu olduğundan bu durumda

³⁷ M. Faruk En-Nebhan; **İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Esasları**, Çev: Servet Armağan, İstanbul, 1980, s.188

³⁸ Mustafa Reşit Belgesay, **Kuran Hükümleri ve Modern Hukuk**, İstanbul, 1963, s.255

³⁹ M. Tahir Taner, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul, 1950, s.15

⁴⁰ "İslam'da Temel Hak ve Hürriyetler Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği", **Başyazı Din İşleri Yüksek Kurulu Uzmanı**, Sayı: 127, <http://www.diyamet.gov.tr/turkish/sureliyyayinoku.asp?sayfa=5&sayi=127>, (Erişim: 25.12.2010)

ev sahibinden arama için izin istenmez. Ancak arama yapılırken niçin arama yapıldığı söylenmelidir. Bu arama suçluyu yakalamak veya delillerin elde edilmesini sağlamak amacını taşır.

Ayrıca, İslam hukukunda han, hamam, dükkân gibi yerler mesken olarak kabul edilmediğinden bu tür yerlere girmek izne bağlı kılınmamıştır.⁴¹

İslam hukukunda arama şu şekilde gerçekleştirilirdi:⁴² Eğer bir evde delil elde etmek veya yakalamak amacıyla arama yapılacaksa, hâkim (kadı)⁴³ söz konusu evde arama yapmak üzere iki tane güvenilir kişi ve bu kişilere yardımcı olmak üzere erkek ve kadınlar görevlendirirdi. Bu kişiler arama yapılacak eve gider ve aniden eve girerlerdi. Evde kadınların bulunmasının da bu konuda bir önemi yoktur. Şayet arama yakalama amacıyla yapılıyorsa, hâkimin görevlendirdiği kişilerden bir kısmı evin kapısında duruyor ve evin etrafını sarıyordu. İslam hukukundaki haremlik-selamlık anlayışının varlığı sebebiyle aramaya kadınlar da katılıyordu. Aramaya katılan kadınlar da yakalanacak kişiyi, evdeki eşine sorar ve evin her köşesini ararlardı. Daha sonra da erkekler odaya girer ve onlar da arama yaparlardı. Aramalar sonucu aranılan kişi bulunamazsa arama ile görevli kadınlar bu kişinin kadın kılığına girip girmediğini evde bulunan kadınları tek tek arayarak öğrenmeye çalışırlardı.

İslam hukuku hükümlerinin usul hukuku alanında da uygulandığı Osmanlı İmparatorluğunda 1879 yılına kadar ayrı bir ceza muhakemesi usulü yoktu. Kazaskerlik makamı⁴⁴ istisna edilecek olursa, denilebilir ki, Tanzimat'a kadar genel ceza yargılaması ve makamı tek hâkimli şer'îye mahkemeleriydi. Bu şer'î mahkemelerde görevler bakımından hukuk ve ceza ayrımı yoktu. Bu sebeple Osmanlı devletinin kuruluşundan 1879 tarihli Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu'un çıkarılışına kadarki dönemde yukarıda anlatmaya çalıştığımız İslam hukukuna ait kuralların arama konusunda da uygulandığını söyleyebiliriz.⁴⁵

⁴¹ Hamdi Yazır, **Hak Dini Kuran Dili**, C. 5, İstanbul, 1979, s. 3497

⁴² Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Ankara, 1994, s.55

⁴³ Ahmet Gökçen, 1994, s.52

⁴⁴ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Basım ve yayım, On dördüncü Bası, İstanbul, 2006, s.144

⁴⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, 2006, 144

Yukarıda da ifade edildiği gibi esasen İslam hukukunun uygulandığı Osmanlı İmparatorluğu'nda 1876 tarihli Kanuni Esasi'ye kadar konut dokunulmazlığı hakkında açık bir hüküm bulunmamaktaydı. 23 Aralık 1876 tarihli Kanuni Esasi'nin 22. maddesinde “*Memaliki Osmaniye 'de herkesin mesken ve menzili taaruzdan masundur. Kanunun tayin eylediği ahvalden maada bir sebeple Hükümet tarafından cebren hiç kimsenin mesken ve menziline girilemez.*” denilmekteydi. Buna göre, herkesin konut ve konakladığı yerin dokunulmazlığının olduğu ve kişilere ait bu yerlere kanunun belirlediği haller dışında hükümet tarafından zorla girilemeyeceği belirtilmiştir.⁴⁶

Söz konusu madde özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı ile ilgili olarak yeterli bir düzenleme öngörmemiş olsa da konut dokunulmazlığının anayasal güvence altına alınmış olması yönüyle önem taşımaktadır. Bu maddede belirtilen “*Kanunun tayin eylediği ahvalden maada*” ibaresi ile öngörülen konut dokunulmazlığının istisnaları ise 1879 tarihli Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu'nda düzenlenmiştir.⁴⁷

Sonuç olarak denilebilir ki Osmanlı devletinde 1876 Anayasası ve 1879 tarihli Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu çıkarılana kadar arama İslam hukuku uygulamasına göre icra ediliyordu. Dolayısıyla, bugünkü anlamda aramanın şartları, kapsamı ve sınırlar belli değildi.

1808 tarihli Fransız CMUK'unun kısmen tercüme ve tadili suretiyle yapılan bu geçici kanun, 1929 yılında kabul edilen 1412 sayılı CMUK'un kabulüne kadar ülkemizde uygulanmış ve yaklaşık elli yıl yürürlükte kalmıştır. Aramaya ilişkin hükümler, Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu'nunda, “*Savcının Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmesi*” başlığı ile I. kitabın IV. bölümün 2. kısmı altında düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun 33. maddesinde “*Cürümün niteliğine göre kabul edilebiliyorsa, sanıkta bulunan kâğıtlar ve eşyalar bir fiilin aydınlatılması için delil olabiliyorsa, bu durumda savcı sanığın evinde arama yapmak amacıyla derhal harekete geçebilir*” denilmektedir. Buna göre, aramayı yapmakla yetkili kişi savcıdır ve savcı iki şartla arama yapabilir: Birincisi, cürmün

⁴⁶ Suna Kili, Şeref Gözübüyük, **Türk Anayasa Metinleri**, Anlara, 1985, s. 33

⁴⁷ Özbek, 1999, s.44

niteliğine göre kabule elverişli olması, ikincisi ise, aramaya başvurulması halinde elde edilecek şeylerin delil niteliğine haiz olmasıdır.⁴⁸

Kanunun 34. 35. ve 36. maddelerinde aramanın ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin hükümler içermektedir. Söz konusu hükümlere göre, sanığın evinde suçla ilgili veya sanığın o suçu işlediğine dair herhangi bir delil bulunursa savcı bir tutanak düzenlemek ve söz konusu şeylere elkoymak zorundadır (m. 34). Elkonulan şeyler mümkünse toplanır ve imza altına alınır; şayet arama esnasında aramanın konusunu oluşturan suçla ilgisi olmayan şeyler de bulunmuşsa bunlar da kaydedilerek bir kutu veya torbaya konur, ağzı kapanarak savcının mührü basılır (m. 35). Söz konusu işlemler sanık hazır ise onun varlığında, hazır olmak istemiyor veya olamıyorsa tayin edilen vekil huzurunda icra edilir. Vekilce imzaya engel bir durum varsa elkoyma tutanağına bu yolda bir kayıt düşülür (m. 37).⁴⁹

Cumhuriyetin ilk ceza usul kanunu olan 1929 tarih ve 1412 sayılı CMUK ile benzerlikleri bulunan Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, savcı aramayı icra ederken sanığın hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlüdür. Arama esnasında sanığın bulunmaması halinde vekilinin mutlaka hazır bulundurulması, tutanağın onun tarafından da imzalanması, imzaya engel bir durum varsa onun da tutanağa geçirilmesi, ilgililer açısından güvence oluşturan olumlu düzenlemelerdir. Bu olumlu düzenlemelere karşın, aramaya karar verme yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelere bırakılmamış olması, aramaya maruz kalan kişiler bakımından sanık-üçüncü kişi ayrımı yapmayı, şartları ve yerine getirilişi hakkında yetersiz güvence getirmesi ve yakalama araması hakkında hüküm içermemesi söz konusu kanunun eksikliklerini oluşturmaktadır.

Cumhuriyet döneminin ilk Anayasası olan 1921 Anayasası'nda aramaya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasanın, yapıldığı dönem koşulları itibarıyla olağanüstü bir döneme ait olması ile bu durum açıklanabilir. 1924 Anayasası'nın ise 76. maddesinde arama ile ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, *“kanunda yazılı usul ve haller dışında kimsenin konutuna girilemez ve üstü aranamaz.”*⁵⁰

⁴⁸ Özbek, 1999, s.44-45

⁴⁹ Özbek, 1999, s.45

⁵⁰ “1924 Anayasası Metni”, <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>, (Erişim: 25.12.2010)

1961 Anayasası'nda özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan düzenlemeler bulunmaktadır. Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı söz konusu Anayasanın 15 ve 16. maddelerinde aynı isimler altında düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliği başlığını taşıyan 15. maddeye göre, *Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.* 16. maddeye göre ise, *Konuta dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.*⁵¹

1982 Anayasası'nın ise 20. ve 21. maddelerinde özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığına ilişkin hükümler bulunmaktadır. 20. maddede herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı, 21. maddede, kimsenin konutuna dokunulamayacağı vurgulanmaktadır. Ayrıca bu maddelere göre, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş bir hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Eğer, hâkim kararı dışında (yetkili merciin emri ile) yapılmış bir arama sonucu elkoyma gerçekleşmişse, yetkili merciin kararı 24 saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar (m. 21/2).

1982 Anayasasında 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile değişiklik yapılmadan önce özel hayatın gizliliği ile ilgili olarak tıpkı 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, "*Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.*" şeklinde hüküm bulunmaktaydı. Ancak söz konusu kanunla yapılan değişiklikle bu hüküm madde metninden çıkarılmıştır. Ayrıca

⁵¹ "1924 Anayasası Metni", <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, (Erişim: 25.12.2010)

yapılan bu değişikle 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri anayasadan çıkarılmış ve her bir özgürlükle ilgili sınırlama sebepleri özgürlüklerin düzenlenmiş olduğu ilgili maddelerde her bir özgürlüğe özgü olarak ayrıca düzenlenmiştir.

Cumhuriyet döneminde arama konusu ile ilgili olarak Anayasa'dan sonraki en temel ve teferruatlı düzenleme 1929 tarih ve 1412 sayılı CMUK'tur. Ancak bu kanun 2005 tarih ve 5271 sayılı CMK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Mülga CMUK'taki arama ile ilgili hükümler Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki hükümlerin hemen hemen aynen tercümesidir.⁵² 5271 sayılı yeni CMK ise, mülga CMUK gibi tümüyle Alman CMUK'tan alınmış olmasa da söz konusu kanun ve doğal olarak Alman öğretisi ve mahkeme kararlar hukukumuz bakımından kaynak olma özelliğini korumaktadır.⁵³

Mülga CMUK ile CMK arasında arama konusu ile ilgili olarak genel anlamda paralellik bulunmakla birlikte bir kısım farklılıklar da bulunmaktadır. Ayrıca, PVSK, KMK, Olağanüstü Hal Kanunu (OHK) gibi bazı kanunlarda da, kanunların kendi düzenleme alanı ile ilgili olarak, arama konusunda hükümler bulunmaktadır. Ancak biz çalışmamızın aşağıdaki asıl kısmında arama konusu ile ilgili en genel düzenlemeleri içeren CMK'yı ele alacağız. Mülga CMUK'a ise, CMK ile farklılıkları ve benzerlikleri ile ilgili olarak yer yer değinilecektir.

III. ARAMA ÇEŞİTLERİ

Devlete tanınan "arama" yetkisi iki türdür. Bunlardan ilki "milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi" amacıyla gerçekleştirilen "önleme araması", ikincisi ise "suçun işlenmesinden sonra suç ve suçlunun ortaya çıkarılması" amacıyla gerçekleştirilen "adli aramadır."⁵⁴

⁵² M. Bedri Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.45

⁵³ Özbek, 2006, s.5

⁵⁴ Feridun Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma**, Ankara, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 12, 1995, s. 14

Her iki arama türünün anayasal dayanağı, 1982 Anayasasının 20 ve 21. maddeleridir.⁵⁵

A. Önleme Araması

Önleme araması; somut ve muhtemel tehlikenin yok edilmesi amacıyla, kişilerin üstünde, eşyasında ve araçlarında, silah, patlayıcı madde gibi suç unsurları ile bizzat suç unsuru oluşturmamakla birlikte duruma göre suç işlemekte kullanılabilecek (pet şişe, bozuk para, çakmak gibi) eşyanın bulunması için gerçekleştirilen araştırma faaliyeti olup, aynı zamanda toplum için tehlike oluşturabilecek kişilere ulaşmak amacı ile de başvuru bir tehlike tedbiridir.⁵⁶

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

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

Bu yerler:

⁵⁵ Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.394

⁵⁶ M. Bedri Eryılmaz, **Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama**, Ankara, 2003, s.161

1) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yer veya yakın çevresi,

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

3) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerler,

4) Öğretim ve eğitim özgürlüğünün sağlanması için her derecede öğretim ve eğitim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması olasılığı karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri halinde, girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içerisinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerleri,

5) Umumi veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentileri,

6) Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışları,

7) Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçları şeklinde ayrıntılı olarak gösterilmiştir (PVSKm.9/1).

PVSK'nın 9/2. maddesinde; suçun önlenmesi amacıyla "kişilerin üstleri, araçları, özel kağıtları ve eşyanın" aranabileceği sınırlı olarak sıralanmış, önleme amacıyla konutta arama yapılmasına imkan tanımamıştır. AÖAY'nin 19. maddesinin son fıkrasında; konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Yönetmelikteki bu düzenlemeden önce bazı yazarlar, konutta hakim kararıyla önleme araması yapılabileceğini savunmaktaydılar.⁵⁷ Ancak yönetmelikteki bu açık düzenleme ile artık konutta önleme araması yapılamayacak, konutta arama genel hükümlere göre yapılacaktır.

⁵⁷ Orhan Yener, **Ceza Yargılaması Polis Ve Jandarma Mevzuatı**, Adil Yayınevi, Ankara, 1998, s.98

PVSK'nın 20. maddesinde ise, konutta önleme araması yapılamayacağına dair bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, toplum için veya kişiler bakımından mevcut bulunan hayati bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine kolluk görevlileri eve girebilir. Bu tür bir önleme araması işlemini yapmak bakımından, her kolluk görevlisi özel bir emir almaya muhtaç olmaksızın, görevi gereği yetkilidir. Kolluk toplumu tehlikeden korumakla görevlidir. İmdat istenmesi veya yangın gibi büyük bir tehlikenin haber verilmesi veya görülmesi hallerinde kişileri tehlikeden kurtarmak için konuta, işyerine ve eklentilerine doğrudan girebilir. Ev sahibinin rızası olmaksızın, kolluğun bir ikametgâha girebilmesi ve önleme araması yapabilmesi için, mevcut ve önemli bir tehlikeyi önlemek amacıyla hareket etmelidir. Yardım istenmesi halinde de aynı durum söz konusudur.⁵⁸

Bunun yanında, teknik olarak arama sayılmayan bazı idari kontroller nedeniyle de konuta, kamuya açık olmayan özel işyerlerine veya diğer yerleşim yerlerine girilebilmesi için hâkim kararı veya yetkili merciden yazılı emir alınmasına gerek bulunmamaktadır. Örneğin, bu gibi yerlerde, yangın önlemleri, sağlık ve güvenlik tedbirleri nedeniyle yapılacak kontroller için herhangi bir karar veya yazılı emre gerek yoktur.⁵⁹ Ancak, burada unutulmaması gereken, bu yerlere idari kontrol sebebiyle girilmiş olmasıdır. Bu amacı bahane edip, girilen yerde arama işlemi yapılması mümkün değildir. Bu yola tevessül edilmişse, ortada hukuka aykırı bir arama işlemi vardır.⁶⁰

Önleme aramasında (adli arama tedbirinde olduğu gibi) kural, hâkim kararıyla arama işleminin yapılmasıdır. Anayasanın 20 ve 21. maddelerinde önleme araması içinde hâkim kararı alınması veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama emrinin hâkim onayına sunulması yönünde getirilen düzenleme karşısında, artık önleme aramasının idari niteliğini kaybettiği öne sürülmektedir.⁶¹

⁵⁸ Erol Cihan – Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1998, s.270

⁵⁹ Nurullah Kunter - Feridun Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s.765

⁶⁰ Eryılmaz, 2003, s.278

⁶¹ Nur Centel – Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ., İstanbul, 2003, s.298

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

Önleme araması yapılabilmesi için öncelikle, 1982 Anayasanın 20, 21 ve PVSK'nun 9. maddesinde sayılan sebeplere (milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması) bağlı olarak, korunan hukuki menfaatin tehlike altında bulunması gereklidir. Önleme araması yapılabilmesi için, kolluk tehlikenin oluştuğuna dair makul sebepleri gerekçeleri ile birlikte o yerin mülki amirine yazılı olarak bildirmelidir (AÖAY. m.20). Mülki amir, gecikmesinde sakınca olan bir durumu var ise arama emrini kendisi vermeli, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal yoksa arama kararını hâkimden istemelidir.⁶²

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

- a) kamu hizmetine ayrılmış binalara girerken yapılan üst ve eşyada arama,
- b) sivil hava meydanlarına girişte yapılan kontrol ve aramalar,
- c) olağanüstü halde yapılan aramalarda,

⁶² Nurullah Kunter - Feridun Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Özet Kitap**, İstanbul, 2005, s.106

d) sıkıyönetim zamanında yapılan aramalarda,

e) yakalandıktan sonra muhafaza altına alınan kişilerin üst ve eşyasının aranması,

f) seçimlerde silah taşınmasını önlemek amacı ile yapılan aramalara, hakimden karar alınması gerekmez.

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

Genel olarak konuyu toparlayacak olursak; suç öncesi idari alanda kalan önleme aramalarında Cumhuriyet savcısı yetkili değildir. Bu nedenle kolluk, tehlike sebeplerini belirleyen bir raporla mülki amire başvurur. Gecikmede sakınca varsa mülki amir kendisi yazılı emir verir veya istemi reddeder veya sulh ceza hakimine başvurur. Gecikmesinde sakınca olmayan hallerde ise hakim kararı gerekir. Önleme araması kamuya açık olmayan özel iş yerlerinde, konutta, yerleşim yerlerinde ve eklentilerinde yapılamaz(AÖAY.19/son). Buralarda arama yapılabilmesi CMK'daki genel arama kurallarına tabidir. Kolluk amirinin ise önleme araması emri vermesi, şaşırtıcı bir şekilde Türk Hukukunda kabul edilmemiştir.⁶³ Oysa adli aramalarda kolluk amirine yazılı emri ile konut dışında arama kararı verme yetkisi 5271 sayılı CMK'da 25.5.2005 değişikliği ile verilmiştir(CMK 119/1).

B. Adli Arama

Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların yerine getirilmesini sağlamak amacıyla geçici olarak başvuru ve hükümden

⁶³ Kunter ve Yenisey, 2003, s.387

önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çarelere “koruma tedbirleri” denilir.⁶⁴

Temel hak ve özgürlüklere müdahale sonucu doğuran koruma tedbirlerinden birisi de bir suçun ortaya çıkması üzerine, saklanan şüpheli veya sanığın yakalanması, suçun delillerinin tespiti ve müsadereye tabi eşyaların ele geçirilmesi amacıyla, kişilerin konutlarında, etrafi çevrili sair mahallerinde, üstlerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemini ifade eden “adli arama” tedbiridir.⁶⁵

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

Adli arama, anayasal dayanağını 1982 Anayasasının 20 ve 21. maddelerinden almakta olup, CMK'nın 116. ve 136. maddeleri arasında, “elkoyma” tedbiriyle birlikte yasal çerçevesi çizilmiştir. Adli arama; suçun delillerine ve müsadereye tabi eşyaya ulaşım, bunların ele geçirilmesini de amaçladığından, “elkoyma” tedbiriyle iç içe ve bir yönüyle “elkoyma” tedbirine “vasıta” olan bir koruma tedbiridir.⁶⁶

Adli arama; yakalama amaçlı adli arama, araştırma amaçlı adli arama ve delil veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla yapılan adli arama olarak sınıflandırılabilir. Şunu da belirtmek gerekir ki, adli arama işlemi bazen bu amaçlardan sadece birine ulaşmak için gerçekleştirilebileceği gibi, uygulamada da çoğu kez bu amaçlardan her üçüne veya bunlardan her ikisine ulaşmak için gerçekleştirilmektedir.⁶⁷

⁶⁴ Bahri Öztürk – M. Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.284

⁶⁵ Nevzat Toroslu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003, s.193

⁶⁶ Özlem Yenerer, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı**, MÜSBE Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, İstanbul, 1996, s.16

⁶⁷ Yenisey, 1995, s.26

IV. ARAMANIN ŞARTLARI

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

A. Şüphe Bakımından Şartlar

Suçun işlenmiş olduğunu haber alan yetkili makamlar derhal soruşturmaya başlar. Bu gereği ifade eden ilkeye *araştırma mecburiyeti ilkesi* denir⁶⁸. Yetkili makamları araştırma mecburiyetine iten esas ise şüphedir. Şüphe ise, yetkili makamların o fiil hakkında kesin bir sonuca varamayıp duraksamasıdır denilebilir⁶⁹. Hazırlık soruşturmasının başlaması bir “şüphe”nin varlığını gerektirir. Bu şüphe ise olaylara dayanan basit şüphedir. CMK soruşturmaya başlanabilmesi için “Cumhuriyet savcısının bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenmesini”(CMK m. 160) yani somut, yaşanmış olayların yetkilileri bir suçun işlediği düşüncesine götürmesini aramıştır. Ancak böyle bir düşüncenin oluşumu sadece belli, somut, yaşanmış olayla mümkün olabilir. Soyut bir düşünce yeterli değildir⁷⁰.

Bir koruma tedbirine başvurabilmek için gereken şüphe, soruşturma aşamasının başlaması için gereken şüphe ile asla aynı olamaz. *O halde bir arama koruma tedbirine başvurulabilmesi için nasıl bir şüphe gereklidir?* Bu soruya cevap verebilmek için basit şüphe dışında, şüphenin diğer derecesi olan ve yeterli ve kuvvetli şüphe olmak üzere ikiye ayrılan yoğun şüphe üzerinde durmak gerekir⁷¹.

Şayet basit şüphe soruşturma sonunda, kovuşturma neticesinde sanığın mahkum olacağını gösterecek yeterliliğe erişmişse buna **yeterli şüphe** denir. Bu durumda artık kamu davası açılmalıdır. CMK bunu “Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler” biçiminde ifade etmiştir (CMK m.170/2).

Bazı koruma tedbirleri bakımından yasa kuvvetli şüphe aramaktadır. Gerçekten bir kişi hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için “kuvvetli suç şüphesinin varlığını

⁶⁸ ÖZTÜRK, Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti** (Hazırlık Soruşturması), Ankara. 1991, s. 49.

⁶⁹ Sözlük anlamı itibari ile şüphe “zihnin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda tereddüt etmesi, hangisinin doğru olduğunu kestirememesi, bir şeyin olup olmadığı hakkında tereddüde düşmedir. (YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992, s.848.)

⁷⁰ ÖZTÜRK, Koğuşturma, s.54.

⁷¹ ÖZBEK, Arama, s.61.

gösteren olgular” bulunmalıdır(CMK m.100). Yine yakalama (CMK m. 90) ve zorla getirme (CMK m. 146) koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için tutuklama kararı verilmesi için gerekli sebepler aranmaktadır.

Yasanın bu konuda kuvvetli şüphe araması bu koruma tedbirlerinin kişi özgürlüğünü kaldıran tedbirler olmasıdır. Gerçekten hakkında kamu davası açılması sanığın özgürlüğünü elinden almaz. Bu açıdan yasa kamu davasının açılması bakımından yeterli şüphe ile yetinmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “aramayı” düzenleyen 116. maddesinde arama yapabilmek için gerekli olan şüphenin derecesi belirtilmiştir. 116. maddeye göre; “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda *makul şüphe* varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir”. Böylece, 1412 sayılı CMUK(m.94)’deki “*umulan haller*” kavramı yerine, yeni kanunda, daha çok şüphenin yoğunluğunu içeren “*makul şüphe*” ibaresi konulmuştur. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin⁷² 6. maddesinde, “*Makul şüphe*, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe” şeklinde tanımlanmıştır.

Makul şüphede, ihbar ve şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. (AÖAY. m. 6).

İhbar makul bir şüphedir. İhbarda bulunan kişinin güvenilir ve verdiği bilgilerin detaylı olması durumunda ihbar makul bir şüphe oluşturur. Kişiye güvenilemiyorsa veya ihbarı destekleyen somut olgular detaylı bilgiler bulunmasa da kolluğun evvelki bilgi dağıtıcılığı ihbarı teyit ediyorsa, ihbar makul bir şüphe oluşturur⁷³.

B. Arama Kararı ve Arama Emri Bakımından Şartlar

1. Hâkim Kararı

1982 Anayasasının 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanunun 5. maddesi ile değişik “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesine göre,

“ Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

⁷² Bkz.Resmi Gazete, Tarih:01.06.2005, Sayı: 25832.

⁷³ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.937; KUNTER, Nurullah -YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, 12.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s.393.

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

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

5271 sayılı CMK’nın 25.05.2005 tarihli 5353 sayılı kanunla değişik “Arama kararı” başlıklı 119. maddesine göre;

“Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına 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”.

Buna göre, adli aramaya karar verme yetkisi kural olarak hâkime aittir⁷⁴. Bu konuda karar verme yetkisi soruşturma aşamasında aramanın yapılacağı yerdeki "sulh ceza

⁷⁴ Amerikan Yüksek Mahkemesinin kararına (Vale v La. (1970)) konu olan bir olayda polis şüpheliyi başka bir suçtan dolayı yakalamak üzere evine gelmiştir. Bu sırada uyuşturucu madde sattığı anlaşılan sanıktan mal almak üzere bir başka şahıs evin önüne gelmiştir. Teslimat sırasında polis sanığı evin önünde yakalamıştır. Sanığın üzerinde uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Bunun üzerine polis evin içinde daha başka uyuşturucu madde paketlerinin bulunup bulunmadığını tesbit etmek üzere hakimden karar almadan ve rızaya dayalı da olmaksızın uyuşturucu maddenin saklanmış olduğundan şüphelendiği yerlerde arama yapmıştır. Yüksek Mahkeme verdiği kararda emarelerin yok olabileceğini veya buldukları yerden

hâkimi"ne (CMK m. 162), kovuşturma aşamasında ise davanın görüldüğü mahkemeye aittir (CMK m.192)⁷⁵.

Suç ilk olarak kolluğa bildirilmiş ise, kolluk, arama kararı alınması için, makul şüphe sebeplerini ve aranan eşyanın niteliğini içeren ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet savcısına başvurur. Cumhuriyet savcısı da kolluğun talebini yerinde görürse, arama kararı için hâkime başvuracaktır⁷⁶.

Hâkimin, savcının arama talebini ret etmesi halinde, savcı herhangi bir düşünce ile kendisi arama yapamayacağı gibi, arama emrini vererek arama yaptıramaz. Ancak, redde uğrayan arama kararı talebinden sonra yeni vakıa ve emarelerin elde edilmesi halinde, bu vakıa ve emarelere dayanarak tekrar hâkimden arama kararı isteyebilir⁷⁷.

Arama kararı dosya üzerinden verilir. Hâkimin verdiği bu karara da itiraz edilebilir. Ancak itirazın yapılması, kural olarak aramayı durdurmaz. Buna karşılık, aramaya mahkeme tarafından karar verilmişse, bu takdirde mahkeme kararlarına itiraz yolu kapalı olduğundan, ancak son kararla birlikte temyiz yoluna başvurulabilir. Keza, arama kararına karşı kanun yararına bozma yoluna da gidilebilir⁷⁸.

2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri

5271 sayılı CMK'nın 119. maddesine göre, hâkim kararı üzerine veya *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde* cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler⁷⁹. Yukarıda açıklandığı üzere Anayasanın 20. ve 21. maddeleri de bunu desteklemektedir.

Adli aramalar bakımından "*gecikmesinde sakınca bulunan hal*"; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade eder (AVÖAY. m.4)⁸⁰.

başka yere götürülebileceğini gösteren olguların olmadığı, bu nedenle hakimden karar almadan arama yapma yetkisinin doğmadığı ve dolayısıyla yapılan aramanın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bkz. YENİSEY, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, s.39.

⁷⁵ YAŞAR, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005, s.325.

⁷⁶ ERYILMAZ, M. Bedri, **Türk ve İngiliz Hukukunda Durdurma ve Arama**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.151.

⁷⁷ ERYILMAZ, Türk ve İngiliz Hukuku, s.151.

⁷⁸ ÖZBEK, Arama, s.163.

⁷⁹ ŞAFAK-BIÇAK, Ceza Muhakemesi Usulü ve Polis, s.164.

⁸⁰ Gecikmesinde sakınca bulunan hal tabiri, CMK'da tanımlanmamıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4.maddesinde bu deyim, adli ve önleme aramaları için ayrı ayrı açıklanmıştır. Buna göre, adli aramalarda gecikmesinde sakınca bulunan hal, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması ihtimalini ifade

Cumhuriyet savcısı, adlî kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir(CMK m.161/3). Bu kural gereğince bazı yazarlar, “Cumhuriyet savcısı tarafından e-mail ve cep telefonu mesajı gibi şekillerle verilen emirler, arama sona erinceye kadar yazılı hale dönüştürülmelidir”, görüşündedirler⁸¹.

Ancak Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile buna paralel olarak 2559 sayılı PYSK'nın 9. ve 5271 sayılı CMK'nın 119. maddesinde yapılan değişiklikler ve her defasında yetkili merciin yazılı emrinin vurgulanması karşısında, hakim kararı gibi, yetkili merciin yani Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin emrinin de mutlaka yazılı olması gerekir⁸².

3. Kolluk Amirinin Yazılı Emri

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise *kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabileceği*, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda aramanın, ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği CMK'nın 119/1. maddesinde belirtilmiştir⁸³.

Kolluk âmirlerince konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama kararı verilemez. Ancak Yönetmeliğin 8/1-d maddesinde “.....veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri *araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda*” karar veya yazılı emir gerekmeyeceği belirtilmiştir. Yönetmeliğin bu maddesi gereğince bu gibi hallerde kolluk eşya(suç delili) araması yapamayacaktır.

etmektedir. Önleme aramaları bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade etmektedir.

⁸¹ GÜLŞEN, Recep, **Yeni Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/139.doc Erişim Tarihi, 04.09.2010

⁸² Benzer görüş için bkz. ATASOY, Sevil, **Adli Amaçlı Manyetik Bant İncelemesinde Yazdırma Yöntemleri**, Adli Tıp, İstanbul Barosu Dergisi, 72. Cilt, 1998, s.830; ÖZTÜRK-ERDEM ise, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi yetkili merciin yazılı emrinin aranmasının, bırakınız işlenmiş suçlarla mücadeleyi, önleyici kolluk hizmetlerini dahi yapılamaz duruma sokacağını; kolluğun arama yapamamanın sakıncasını gidermek için, aramadan daha ağır bir koruma tedbiri olan yakalama cihetine gidebileceğini savunmuştur (bkz. ÖZTÜRK-ERDEM, Ceza Muhakemesi Usulü, s.533-534).

⁸³ GÜLŞEN, a.g.m.

4. Arama Kararı ve Arama Emrinin Kapsamı

Arama karar veya emrinde; 1) aramanın nedenini oluşturan fiil, 2) aranılacak kişi, 3) aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi yâda eşya, 4) karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilmelidir (CMK'nın 119/2.)⁸⁴. Arama kararında, elkoymak üzere aranan eşyanın ne olduğu da açıkça belirtilmelidir(CMK 119/2-b). Bu yüzden genel nitelikteki arama kararları geçerli değildir⁸⁵.

C. Kişi Bakımından Şartlar

Adli arama, şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilen bir koruma tedbiri olduğu gibi, koşulları oluştuğunda, bu kategoriye girmeyen diğer kişiler hakkında da uygulanabilir(CMK m.116 ve m.117).

5271 sayılı CMK'nın 2. maddesine göre şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi ifade eder⁸⁶. Adli aramaya, soruşturma safhasında şüpheli, kovuşturma safhasında ise sanık hakkında, "yakalama, suç delillerinin tespiti ve müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi" amacıyla başvurulabilecektir. (CMK m. 116)⁸⁷.

Şüpheli, sanık veya hükümlünün yakalanabilmesi yâda suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m. 117/1)⁸⁸.

Suçla ilgisi olmayan kişiler hakkında arama tedbirine başvurulabilmesi için, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların var olması gereklidir⁸⁹.

⁸⁴ ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.337.

⁸⁵ MARRON v. US, 1927 (KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU s.948)

⁸⁶ **Soruşturma:** Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, **Kovuşturma:** İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder(bkz. CMK m. 2)

⁸⁷ ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s.411.

⁸⁸ CENTEL-ZAFER, Ceza Muhakemesi Usulü, s.293.

⁸⁹ EROL, Adli Yargı..., s.238; YAŞAR, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.505.

D. Zaman Bakımından Şartlar

Aranılan yer, mesken, işyeri ve sair kapalı bir mahal ise, yani etrafı çevrilmiş bir yer ise, arama gündüz yapılmalıdır(CMK m. 118/1). Aramanın gündüz yapılması, gündüz başlaması demektir. Gündüz başlanan arama, bitmezse, gece de devam edebilir⁹⁰. Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde adli arama gece yapılamaz. Ayrıca bu yerlerde kolluk âmirinin yazılı emriyle de arama yapılamaz. Ancak;

a) Suçüstü hâlinde(CMK m. 2/1-j),

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

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

d) Geceleyin herkesin girip çıkabileceği 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 7 nci maddesinde sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde⁹¹, gece adli arama yapılabilir(AÖAY. m. 31).

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

V. ARAMA KARARI OLMADAN YAPILAN ARAMALAR

A. AÖAY'nin 8. Maddesinde Belirtilen Durumlar

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

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

⁹⁰ YENİSEY-KUNTER-NUHOĞLU, s.933.; YAŞAR, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.507; ÖZTÜRK-ERDEM ise gündüz başlayan aramaya akşam devam edilemeyeceğini, ancak CMK 118/2'deki hallerde akşamda aramaya devam edilebileceği görüşündedirler (ÖZTÜRK-ERDEM, Ceza Muhakemesi Usulü, s.543).

⁹¹ **Madde 7-** (Değişik madde: 24/11/2004 - 5259 S.K./2.mad) “ Kişilerin tek tek veya toplu olarak eğlenmesi, dinlenmesi veya konaklaması için açılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri; gazino, pavyon, meyhanesi, bar, birahane, içkili lokanta, taverna ve benzeri içkili yerler; sinema, kahvehane ve kiraathane; kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet kafeler ve benzeri yerler umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır”.

yapılacak aramada, (Yürütmesi durdurulan bölüm: yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında)⁹²

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

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 17. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda hemen yapılan aramalarda,

(2) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17. maddesinin altıncı fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında;

(3) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 18. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, 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 yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,

(f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hali ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması ve (Yürütmesi durdurulan bölüm: ilgilinin rızası ile) diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü halinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak

⁹² Danıştay Onuncu Dairesinin verdiği yürütmeyi durdurma kararı nedeniyle artık, mahkemece çıkarılan zorla getirme, yakalama veya tutuklama kararının aynı zamanda bir “arama kararı” olduğu ileri sürülemeyecek; konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yakalama amaçlı aramalar içinde hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekecektir

amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağruları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için, ayrıca bir karar veya emir almaksızın arama yapılabilecektir.

B. Rıza İle Arama

Özgür iradeye dayalı ve hukuken aydınlatılmış bir iradenin mahsulü olan rıza hukuken ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebeptir.

5237 sayılı TCK'nundaki bu düzenlemeye rağmen Danıştay 10. Dairesi, aynı gerekçelerle 01.06.2005 tarihli AÖAY'nin 8. maddesinin (f) bendindeki "*ilgilinin rızası*"nın yürütmesini durdurmuştur⁹³.

Kararın gerekçesinde, gerek Anayasa'nın ilgili maddelerinde, gerek CMK'da özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esasının benimsenmesi gerektiği, ifade edilmiştir.

VI. ARAMANIN AMAÇLARI

Yukarıdaki bölümlerde de yer yer değinildiği gibi aramanın iki temel amacı vardır:

- a) Yakalama amaçlı arama
- b) Delil elde etme
- c) El koyma amaçlı arama.

Bu husus CMK'nun 116. maddesinde "*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*" şeklinde somut olarak ifadesini bulmuştur. Arama koruma tedbiri bu amaçlardan her ikisine yönelik olabileceği gibi sadece birisine yönelik de olabilir.

⁹³ Bkz. T.C. Danıştay Onuncu Daire, E. 2005/6392, T. 19.01.2006, Yürütmeyi Durdurma Kararı.

Aramanın amacı diğer koruma tedbirlerinin amacı ile aynıdır. Ancak aramanın amacı CMK'nun 116. maddesinde somutlaştırılmıştır.⁹⁴

AVÖAY'nin 5. maddesinde de 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 için yapılacağı belirtilmektedir.

Aramanın her iki amacına bakıldığında her ikisinin de ayrı bir koruma tedbiri olduğu görülmektedir. Aramanın amaçları yakalama ve delil elde edip el koyma olarak belirlendiğinde, aramanın hemen her zaman yakalama ve/veya el koyma tedbirine aracılık ettiği söylenebilir. Burada arama tedbiri yakalama ve el koyma tedbirlerinin bir ön basamağını oluşturur. Dolayısıyla arama bir araç koruma tedbiridir. Gerçekten arama hiçbir zaman bizzat arama amacıyla yapılmaz. Bu husus arama tedbirinin ayrı bir koruma tedbiri olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu açıdan arama tedbirinin doğrudan amacının yakalama ve delil elde edip el koyma olduğu, dolaylı amacının ise söz konusu iki koruma tedbirinin uygulanmasını sağlamak olduğu söylenebilir. Biz çalışmamızda aramanın doğrudan amaçlar üzerinde duracağız.⁹⁵

A. Yakalama Amaçlı Arama

“Yakalama”, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılmasını sağlamak için, hakkında suç şüphesi bulunan kişinin, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde, geçici olarak özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran bir koruma tedbiridir.⁹⁶

Yakalama tedbiri 01.06.2005 tarihli Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin (YGİY) 4. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Yakalama, kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde

⁹⁴ Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I-**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.242

⁹⁵ Özbek, 1999, 53

⁹⁶ Handan Yokuş Sevük; □ 5271 Sayılı CMK□ da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, **Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD)**, Sayı: 03, 2005, s. 63

hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını ifade eder”.

Yukarıdaki bölümlerde yapmış olduğumuz açıklamalarda koruma tedbirlerinin tümünün bir veya birden çok insan hak ve hürriyetini sınırladığını ifade etmiştik. İşte yakalama tedbiri de bir koruma tedbiri olarak kişi hürriyeti ve güvenliğini sınırlamaktadır. “Yakalama”, kişinin denetim altına alınmasını ifade eder. Yakalamanın belirli bir şekli yoktur. Kişinin hareket özgürlüğünün kısıtlanması yeterlidir.⁹⁷

Bir kişinin “yakalanması” dört halde mümkündür:⁹⁸

-Kişinin bir suç işlediği anda suçüstü tespit edilmesi (CMK m. 90),

-Kişi hakkında yetkili mercilerce yakalama emri çıkartılmış olması (CMK m. 98 ve 5275 sayılı kanun m. 19),

-Kişi hakkında tutuklama kararı bulunması (CMK m. 101), .

-Kişi hakkında zorla getirme kararı bulunması (CMK m 43. 44.146).

Koruma tedbiri olarak yakalama, mülga CMUK’un 127. vd. maddelerinde düzenlenmişti. Söz konusu maddeler incelendiğinde, herkesin yakalama yapabileceği haller ile savcı ve kolluk kuvvetlerinin yakalama yapabileceği haller olarak ikili bir ayrıma gidilerek düzenleme yapıldığı görülmektedir. Ayrıca herkesin yakalama yapamayacağı haller de kendi içinde, müzekkeresiz ve müzekkereli yakalama diye ikiye ayrılmaktaydı. Buradaki müzekkereden kasıt yakalama müzekkeresidir. Yeni CMK ise, yakalama müzekkeresi terimi yerine yakalama emri terimini kullanmaktadır. Yeni CMK’nın da yakalama ile ilgili düzenlemelerinin mülga CMUK ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. CMK’da yakalama ile ilgili hükümler 90 ila 99. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bir

⁹⁷ Şahin, 2007, 204

⁹⁸ Aksoy, 2007, s.52

yakalama emrine dayanmayan (müzekkeresiz) yakalama halleri ile ilgili düzenlemeler CMK'nın 90. maddesinde yerini almıştır. CMK'nın 90/1. maddesinde herkesin yakalama yapabileceği haller düzenlenmiş ve söz konusu hallerde bir yakalama emrine (müzekkeresine) gerek olmaksızın, herkesin geçici olarak yakalama yapabileceği belirtilmiştir. Bu haller genel olarak suçüstü durumlarını kapsamaktadır. CMK'nın 90/2. maddesinde ise, yakalama yetkisi herkese tanınmamış olup, sadece kolluk görevlilerinin, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, yakalama emrine gerek olmaksızın yakalama yapabileceği düzenlenmiştir. Suçüstü hali bu durum için de önemli bir örnektir. Zira gecikmede sakınca bulunan hal genelde suçüstü hallerini içerir. Bir yakalama emrine dayanan (müzekkereli) yakalama halleri ise, CMK'nun 98. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede yakalama emri düzenlenmesinin nedenleri ve emre istinaden yakalama halleri yani müzekkereli yakalama halleri düzenlenmiştir.⁹⁹

Suçüstü durumunda yapılan yakalamalar, fiili bir durum olduğundan, bir karara veya emre dayanmaz. Bu sebeple, yakalanan kişinin kendisine veya başkalarına zarar vermesini engellemek için üzerinde bıçak, silah vb. gibi tehlike yaratabilecek şeylerin bulunması için yapılacak “*kaba üst araması*” (CMK m. 90/4, YGİY m. 6/2, AVÖAY m. 8/1. b) ve suçüstü halinde kaçan şüphelinin yakalanması için takip edildiği sırada girdiği yerlerde yapılacak “*tekrar yakalama amaçlı arama*” için herhangi bir karar alınmasına gerek yoktur. (AVÖAY m. 8/d).¹⁰⁰ Yakalandıktan sonra yapılan kaba üst araması, kişinin vücudunun mahrem bölgelerini kapsamaksızın, üzerindeki ceket, palto, kazak ve pantolon gibi elbiselerinin genel olarak aranmasıdır. Burada kişinin üzerindeki elbiseleri yoklanır. Bu açıdan kaba üst aramasına “*yoklama*” demek daha doğrudur.¹⁰¹ Kaba üst araması aslında yakalama kapsamında değerlendirilmesi gereken bir işlemdir. Bu nedenle bu hususun AVÖAY m. 8'de düzenlenmesi isabetli değildir. Düzenlenmesi gereken yer yakalama hükümlerinin bulunduğu yakalama yönetmeliğidir. Nitekim aynı hüküm YGİY m. 6/2'de düzenlenmiştir. AVÖAY m. 8'deki kaba üst araması ile YGİY m. 6/2'deki yakalama sırasındaki kaba üst araması aynı şeyi ifade etmektedir.¹⁰²

⁹⁹ Mesut Bilen, **Adli Arama ve Önleme Araması**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006, s.36

¹⁰⁰ Aksoy, 2007, s. 52-53

¹⁰¹ Özbek, 1999, 258-259

¹⁰² Şahin, 2007, 207

Yakalama sırasında üst yoklaması ve üst arama yetkisi de kendiliğinden doğar. Eğer kişinin kazak ve pantolonu gibi elbiselerinin çıkarılması isteniyorsa, artık bu arama “*ince üst araması*” olur. İnce arama detaylı arama olarak da adlandırılabilir. Kaba üst araması yapıldıktan sonra yapılacak ayrıntılı aramada ise (ince arama), arama kararı gerekecektir.¹⁰³ İnce arama, suç delillerinin ele geçirilebilmesi amacıyla, vücudun özel (mahrem) bölgelerini kapsayan, vücuttaki ceket, palto, başörtüsü gibi elbiselerin dışındaki elbiselerin çıkarılması ile yapılan, ayrıca, rectum, vajina gibi diğer vücut boşluklarının aranmasını da gerektiren aramadır.¹⁰⁴

Yakalandıktan sonra kişinin gözaltına alınarak nezarethaneye konulması söz konusu olabilir. Nezarethaneye alınmadan önce kişinin üzerindeki kemer, kravat, kesici-delici alet gibi eşyaların alınması için yapılan aramada ise (YGIY m. 10), CMK 161 uyarınca, bütün adli işlemler Cumhuriyet savcısı emri ile yapıldığı için, yakalananlar savcıya derhal bildirileceğinden ve gerekli emirler alınacağından, nezarethaneye almak için yapılan aramalarda yazılı emir şartı gerçekleşmiş sayılır.¹⁰⁵ Yine, bu durumda yapılacak arama, görevli kolluk personeli açısından görevin ifası niteliğindedir. Bu nedenle yapılacak arama, kanun hükmünün icrası niteliğinde bir hukuka uygunluk sebebi içerdiğinden, hâkim kararına ve yazılı arama emrine gerek yoktur (AÖAY m. 8/1.c.)¹⁰⁶ Bu arama, aslında bir güvenlik aramasıdır. Yani arama suç delillerinin ele geçirilmesi için değil güvenlik için yapılır. Dolayısıyla nezarethaneye alınmadan önceki yapılan arama, konumuz olan yakalama amaçlı adli arama çerçevesinde yapılan bir arama değildir.

Herkesin “*yakalama*” yapabileceği durumlarda yapılan arama ayrı bir özellik gösterir. Şöyle ki, acaba bir suç işlendikten hemen sonra bir eve giren faili yakalamak amacıyla o sırada olaya tanık olan herhangi bir kişi o evde arama yapabilecek midir? Kuvvetli gerekçelerle savunulan bir görüşe göre, herkese arama yetkisi vermek amaca aşan bir tutumdur ve temel hak ve özgürlüklere aykırılık oluşturur. Aksi bir düşünce Anayasaya ve kanunlara aykırılık oluşturur. Zira söz konusu düzenlemelere göre, aramayı ancak kanunla yetkili kılınmış merci yapabilir. Başka bir ifade ile “*herkes*” arama yapmaya

¹⁰³ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınevi, Ankara, 2005, s. 344

¹⁰⁴ Şahin, 2007, 207

¹⁰⁵ Özbek, 1999, 267

¹⁰⁶ Bilen, 2006, s.67

kanunen yetkili kılınmış değildir. Arama için kanunla yetkili kılınanlar ise, kolluk görevlileridir (CMK m. 119). Ayrıca, herkese arama yetkisi vermek kişilerin suiistimallerine zemin oluşturabilir. Bu sebeplerle böyle bir durumda arama yapılmamalı kolluğa haber verilip gelmesi beklenmelidir.¹⁰⁷

Yakalama emri ile tutuklama ve zorla getirme kararlarının üstü kapalı arama kararı oldukları bazı yazarlar¹⁰⁸ tarafından ileri sürülse de, Danıştay 10. Dairesi 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren AVÖAY’nin 8. maddesinin (a) ve (c) bentleri ile aynı maddenin (f) bendindeki “*ilgilinin rızası ile*” ibaresinin, 27. maddesinin ve 30. maddesinin birinci fıkrasının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Adalet ve İçişleri Bakanlıkları aleyhine açılan davada;

13.03.2007 tarihli ve 2005/6392 E. ve 2007/948 K. sayılı karar ile dava konusu Yönetmeliğin; 8. maddesinin (a) bendindeki “*...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada,*” ibaresi ile 30. maddesinin birinci fıkrasının ve 8. maddesinin (f) bendindeki “*...ilgilinin rızası...*” ibaresinin iptaline, 8. maddesinin (c) bendi ile 27. maddesinin iptal isteminin reddine, karar vermiştir.¹⁰⁹ Danıştay söz konusu başvuru ile ilgili vermiş olduğu yürütmeyi durdurma kararında, konut dokunulmazlığının Anayasanın koruması altında olduğunu, bu hakka müdahalenin şartlarının da Anayasanın 21. maddesinde gösterildiğini, yakalama amaçlı arama konusunda bir istisnanın ise öngörülmediğini belirtmiştir. Buna göre, bir kişi hakkında yakalama emri var ise, yakalanması için kendisine ve üçüncü kişilere ait konut veya diğer yerlerde arama yapılabilir; ancak bunun için usulüne uygun alınmış arama kararı veya arama emri gereklidir.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için bizzat şüphelinin veya sanığın üzerinde veya ona ait yerlerde arama yapılabilirdiği gibi, üçüncü kişilere ait yerlerde de arama yapılabilir. Gerçekten CMK’nın 117. maddesine göre, “*şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*” Ancak söz konusu maddenin

¹⁰⁷ Özbek, 1999, 302

¹⁰⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2006, s.938-944

¹⁰⁹ <http://www.cigm.adalet.gov.tr/Duyuru/adlionleme.doc>, (Erişim: 25.12.2010)

ikinci fıkrasına göre, bu hallerde arama yapılabilmesi, aranılan kişinin veya suç delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir. Böylece, örneğin, meşhut suçun söz konusu olduğu sıcak takipte, şüphelinin üçüncü bir kişinin konutuna girmesi ve/veya suç aletini veya diğer bir delili üçüncü kişinin konutuna atması halinde buralarda da arama yapılması mümkün olabilecektir.¹¹⁰

Mülga CMUK'da şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için üçüncü kişilerle ilgili yerlerde arama yapılabilmesi konusunda tartışma yaratacak şekilde bir düzenleme mevcut idi. Şöyle ki, CMUK'un 94. ve 95. maddeleri aramanın amaçlarından biri olarak yakalamayı düzenlemiş bulunmaktaydı. Sanık veya şüphelinin aranmasına ilişkin 94. maddenin 2. cümlesi bir suç işlemek veya buna iştirak etme şüphesi altında bulunan kimsenin aranmasının amaçlarının birisinin de yakalama olduğundan söz edilmekteydi. Ancak bu şekilde yapılacak arama yalnızca "*şüpheli altında bulunan kimsenin*" yakalanmasına yönelik olabilir. Yine CMUK'un 95. maddesi üçüncü kişiler hakkında yapılacak aramanın amaçlarından birisinin de yakalama olduğu belirtilmekteydi. Ancak, bu maddeye göre yapılacak yakalama amaçlı arama sadece "*sanığın yakalanması*" amacıyla yapılabilirdi. Dolayısıyla sanığın yakalanması amacıyla CMUK'un 94. maddesine göre arama yapılamazdı. Bunun için 94. maddedeki koşullar yeterli değildi.¹¹¹ CMK'nın konuya ilişkin 116. ve 117. maddelerinde her iki durumda da sanığın ve şüphelinin yakalanması amacıyla arama yapılabileceği açıkça düzenlendiğinden artık bu konuda herhangi bir belirsizlik bulunmamaktadır.

Yakalama amaçlı arama işlemi ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma safhasında yapılabileceği gibi verilmiş olan hükmün yerine getirilmesini sağlayan infaz aşamasında da söz konusu olabilir. Yakalamanın yukarıda belirtilen türleri açısından; soruşturma aşamasında, hem yakalama emrine dayalı (müzekkereli) yakalama, hem de yakalama emrine dayanmayan (müzekkeresiz-suçüstü) yakalama yapılabildiği halde; kovuşturma ve infaz aşamasında sadece yakalama emrine dayalı yakalama işlemi yapılmaktadır. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde çıkarılan yakalama emirlerinin

¹¹⁰ Şahin, 2007, 242

¹¹¹ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2006, s.953

CMK'un 98. maddesine dayandığı ifade etmiştik. İnfaz aşamasında çıkan yakalama emri ise, 5275 sayılı CGTİK'in 19. maddesine dayanmaktadır. Söz konusu maddeye göre, hükümlü, hapis cezası veya güvenlik tedbirinin infazı için gönderilen çağrı kâğıdının tebliği üzerine, on gün içinde gelmez, kaçar ya da kaçacağına dair şüphe uyandırır, Cumhuriyet savcısı tarafından hakkında yakalama emri çıkartılır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, üç yıldan fazla hapis cezalarının infazı için doğrudan yakalama emri çıkarılır. Bu aşamaların hepsinde, yakalama emirlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılacak aramalarda CMK'nın 116. ve devamındaki genel ilkeler geçerli olup, arama için hakim kararı veya gecikmede sakınca halinde yetkili merciin yazılı emri gereklidir. Yukarıdaki durumların tümünde arama yakalama amaçlı yapılmaktadır. Yani, arama koruma tedbiri bir başka koruma tedbiri olan yakalamaya aracılık etmektedir.

B. Delil Elde Etme Amaçlı Arama

Ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğuna yukarıdaki bölümlerde değinmiştik. Ceza mahkemelerinin maddi gerçeğe ulaşması ise, yargılama konusu olayla ilgili delillerin mevcut olmasına bağlıdır. Şayet delil yoksa veya mahkûmiyet için yeterli değilse, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, söz konusu iddia ile ilgili olarak kovuşturma aşamasında, beraat kararı verilir (CMK m. 223/2). Soruşturma aşamasında ise, suça konu olayla ilgili olarak, *yeterli şüphe oluşturacak delil*" elde edilememiş olursa, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilir (CMK m. 172). Buradan çıkan sonuç delil elde etmenin ceza muhakemesi için hayati bir öneme haiz olduğudur.

Maddi gerçeği araştırmanın bir sonucu olarak ceza muhakemesi hukukunda delil serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre, hukuka aykırı olmamak şartıyla suça konu olayın aydınlatılması için her şey delil olarak kabul edilir.¹¹²

Delil, bir fiilin suç olup olmadığını ispata yarayan araçlardır.¹¹³ Başka bir anlatımla bir suçun işlenip işlenmediğini ve eğer işlenmişse kim tarafından nasıl işlendiğini

¹¹² Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde hukuka Aykırı Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s.15

¹¹³ Özbek, 1999, 303

aydınlatmaya yarayan,¹¹⁴ suç konusu olayı temsil ve aksettiren araçlardır.¹¹⁵ Bu şekilde suça konu olayla ilgili şüphe ortadan kaldırılır ve olay aydınlatılır. Gerçekten soruşturma bir şüphe ile başlar. Deliller ise, bu şüphenin kesinliğe dönüşmesine veya tamamen ortadan kalkmasına yarar.¹¹⁶

Mülga CMUK'un 94. ve 95. maddeleri aramanın delil elde etme amacından açık bir şekilde bahsetmişti. CMK'nın 116. ve 117. maddeleri de aramanın bu amacından açık bir şekilde söz etmiştir.

İşte, arama koruma tedbiri, gerçeğe ulaşılması için delil elde etmede araç olarak kullanılan koruma tedbirlerindedir. Bu tedbir ile yukarıda tasnif edilen deliller elde edilmeye çalışılmaktadır.

C. Elkoyma Amaçlı Arama

İspat aracı olarak yararlı görülen ya da müsadere konusu olacak eşyanın, elinde bulunduran kişinin rızası hilafına olarak adliyenin eli altına alınmasına el koyma denir. Bu tanımdaki unsurlar esas olarak CMK' da ki el koyma ile ilgili düzenlemelere dayanmaktadır (CMK m. 123). Şayet zilyedin rızası varsa, bu durumda yapılan işlem el koyma değil, muhafaza altına alma olarak adlandırılır (CMK m. 123/1).

Yukarıdaki tanımdan çıkan sonuç el koymanın iki konusunun olduğudur.¹¹⁷ Bunlar:

- İspat aracı olarak yararlı görülen malvarlığı değerleri,
- Eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturacak malvarlığı değerleridir.

¹¹⁴ Kaymaz, 1997, s.15

¹¹⁵ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2006, s.631

¹¹⁶ Hakan Hakeri, Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler (Temel)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 277

¹¹⁷ Özbek, 1999, 303

El koyma ile müsadere kavramları da birbirinden farklı kavramlardır. Şöyle ki, el koyma bir koruma tedbiri olduğundan koruma tedbirlerinin genel özelliklerini taşımakta olup, geçicidir. El koyma mülkiyet hakkında bir karar değildir. Sadece suça konu olayla ilgili bir karar verilinceye kadar zilyetliğin geçici olarak zapt edilmesidir. Zorlun olarak da adlandırılan müsadere ise, bir kimsenin taşınır veya taşınmaz bir malının kendi rızası olmaksızın devlet güçleri tarafından elinden alınmasıdır. Eşyanın müsadere edilmesi durumunda eşyanın mülkiyeti devlete geçer.¹¹⁸

El konulan eşya muhakeme sonunda ya müsadere edilir ya da sahibine iade edilir. Müsadere kavramı TCK' da kazanç müsadere ve eşya müsadere olarak ikili bir ayrıma tabi tutularak düzenlenmiştir. Eşya müsadere TCK m. 54'te, kazanç müsadere TCK m. 55'te düzenlenmiş olup, söz konusu konularla ilgili usulü düzenlemeler ise, CMK m. 256 vd. maddelerinde yerini almıştır.

CMK'nın 116 ve 117. maddelerinde “suç delillerinin elde edilebilmesinden” söz edilmektedir. Buradaki elde etmeden maksat elkoyma olarak anlaşılmalıdır. Zira ilgilinin rızası varsa, muhafaza ve emniyet altına alma söz konusu olacaktır.¹¹⁹

El koyma mülga CMUK'un 95/1 maddesinde “eşyanın zaptı” ifadesi ile düzenlenmiştir. Buradaki zapttan maksat el koymadır. Her ne kadar CMUK 94. maddede el koymadan (zapt) bahsedilmemişse de tabiidir ki, 94. maddeye göre yapılan arama sonucu şayet delil elde edilirse bunlara da el konulacaktır. Ayrıca CMUK madde 99'da “zapt olunan veya emniyet altına alınan eşya”dan bahsedilmekte, madde 86'da ise, “müsadereye tabi olan eşya muhafaza veya başka bir suretle emniyet altına alınır” denilmektedir. Buradan çıkan sonuç, muhafaza ve emniyet altına alma tedbirinin de ayrı bir tedbir olarak CMUK'ta kabul edilmiş olduğudur. Buna göre, el koymanın konusunu oluşturan eşyayı elinde bulunduran kişi eğer eşyayı rızası ile verirse eşya muhafaza ve emniyet altına alınacaktır. Aksi takdirde eşyaya el konulacaktır.¹²⁰

¹¹⁸ İlyas Şahin, **Türk Ceza Yargılamasında Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1991, s.28-29

¹¹⁹ Özbek, 1999, 304

¹²⁰ Şahin, 1991, s.28-29

Bazı hallerde yapılan arama sonucu el koyma işlemi gerçekleştirilemez. Buna el koyma yasağı denilmektedir. Dolayısıyla aşağıda belirtilen hallerde el koyma amacıyla arama yapılamaz.

1. Devlet Sırrı Niteliğinde Bilgiler İçeren Belgeler

Ceza Muhakemesi Kanununun 125/1. maddesinde, “*Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz*” denilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, “*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 kaydettirilir*”. Mülga CMUK’un 88. maddesinde ise, bu konuda yasaklayıcı bir hüküm bulunmaktaydı. Söz konusu hükme göre “*Resmi dairelerde saklı evrak ve sair vesikalar münderecatının iflası memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edilirse bu evrak ve vesikaların gösterilmesi ve teslimi istenmez. Şu kadar ki bu beyan kâfi görülmezse o dairenin mensup olduğu vekâlete müracaat olunabilir.*” Buna göre, herhangi bir devlet kurumundan bir suç olgusuna ilişkin bilgiler içeren belge ve bilgilerin teslimi o kurumun en büyük amirinden talep edilebilir. Amir, eğer talebe konu belgelerin memleketin selametine zarar vereceğini düşünüyorsa bunu beyan ederek bu belgeleri vermeyebilirdi. Amirin bu beyanı yeterli görülmezse amirin bağlı olduğu bakanlığa başvurulabilirdi. Bu hüküm el koyma yasağı olarak değerlendirilmekteydi.

CMK’nın 125/1. maddesinde kabul edilmiş olan ve “*devlet sırrının yargıdan gizlenememe ilkesi*¹²¹” olarak adlandırılacak düzenleme, şüphesiz ki mülga kanuna göre bir ilerlemedir. Ancak, CMK’nın 125/3. fıkrası mülga kanundaki bu yasağın kısmen kalktığını göstermektedir. Şöyle ki, söz konusu fıkra göre, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarda bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Başka bir ifade ile hapis cezasının alt sınırı 5 yıldan az olan suçlarda bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren resmi belgeler mahkemelere karşı gizli tutulabilir ve bu belgelere el konulamaz. Bu sınırın üzerinde ise bir suç olgusuna

¹²¹ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2006, s.964

ilişkin bilgileri içeren resmi belgeler mahkemelere karşı gizli tutulamaz ve bu belgelere el konulabilir.¹²²

CMK 125'te ki düzenleme, bir hukuk devletinde, devletin suçla ilişkili bir sırrının olamayacağını öngörmektedir. Ayrıca, devlet sırrı niteliğindeki belgeleri inceleme yetkisi sadece mahkeme hâkimi veya heyetine verilmekle, devlet sırrı içeren belgeler yargılama makamı dışında kalan kişilerin ulaşması engellenmiş olmaktadır. Ayrıca her suçta değil belli ağırlıktaki suçlarda bu düzenleme kabul edilmekle, orantılılık ilkesi de sağlanmak istenmiştir. Son olarak el koyma ve incelemenin bu türü sadece kovuşturma evresi için öngörülmüş olup soruşturma aşamasında kabul edilmemiştir.¹²³

Devlet sırrının ne olduğu ise, CMK'nın 47/1. maddesinde devlet sırrı niteliğindeki bilgiler konusunda tanıklık ile ilgili olarak tanımlanmıştır. Söz konusu maddeye göre, *“açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır.”*

2. Şüpheli veya Sanık ile Tanıklıktan Çekinebilecek Kimseler Arasındaki Mektuplar ve Belgeler

Ceza Muhakemesi Kanununun 126. maddesinde, *“şüpheli veya sanık ile 45. ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça el konulamaz”* denilmekle söz konusu el koyma yasağı ifade edilmiştir. Maddeden de anlaşılacağı üzere el koyma yasağının söz konusu olabilmesi için bu mektup ve belgelerin şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinme hakkı olanların bizzat nezdinde, yani, yanlarında bulunması gerekir. Bu belgeler bu kişiler dışında, mesela, arkadaşlarında veya yakınlarının üzerinde veya yanında bulunursa bu halde el koyma yasağı söz konusu değildir. Burada nezdinde bulunmaktan maksat sadece kişinin üzeri olmayıp, mektup ve belgelerin yerleşim yerinde veya işyerinde, araçlarında bulunması da, kavramın içeriğine dahildir. El koyma yasağı olsa da tanıklıktan çekinebilecek birisi

¹²² Zekeriya Yılmaz, **Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi (Yargılama)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 50

¹²³ Şahin, 2007, 249

kendi rızasıyla bu mektup ve belgeleri teslim edebilir. Bu durumda ise el koyma değil “*muhafaza altına alma*” söz konusu olur.¹²⁴

Mülga CMUK’un 89. maddesindeki “*tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler soruşturma konusu vakıalara iştirak etmiş olmak veya yataklik etme şüphesi altında bulunuyorlarsa artık bu mektuplara da el konulabileceğine*” düzenlemeye CMK 126’da yer verilmemiştir.¹²⁵ Sonuç olarak denilebilir ki, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlarla şüpheli arasındaki mektuplara ve belgelere el koyma amaçlı arama yapılamayacaktır.

3. Basımevi ve Eklentileri ile Basın Araçlar

1982 Anayasasının 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı kanununun 4. maddesi ile değişik 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 madde ile basın özgürlüğünün korunması amaçlanmıştır. Bu madde ile getirilen el koyma yasağı sebebiyle el koyma amaçlı arama da yapılamayacaktır.

4. Şüpheli veya Sanığın Müdafii ile Yaptığı Yazışmalar

Ceza Muhakemesi Kanununun 154. maddesine göre, şüpheli veya sanık vekâletname aranmaksızın konuşulanların başkaları tarafından duyulamayacağı bir ortamda müdafii ile görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz. Denetlenemeyecek yazışmalar içeren belgelere de el koyma ve el koyma amaçlı arama yapılamayacaktır. Çünkü el koyma incelemeyi, inceleme ise, denetlemiş olmayı sonuç verecektir.¹²⁶

¹²⁴ Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, 2006, s. 151

¹²⁵ Şahin, 2007, 250

¹²⁶ Şahin, 2007, 250

İKİNCİ BÖLÜM

EL KOYMA VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK ELKOYMA

Yasa'da elkoyma, aramadan ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Eşyanın kişinin muhafazası altında olduğu biliniyorsa ancak bu eşyaya arama sonucunda ulaşılamayacaksa veya eşyanın kişi tarafından nerede saklandığı bilinmiyorsa elkoyma tedbirine başvurulur.¹²⁷ Fakat el koyma, çoğunlukla arama ile ilişkili olarak uygulanan bir koruma tedbiridir. Başka bir ifadeyle, genellikle, suç delillerinin elde edilmesi amacıyla yapılan bir arama sonunda el konulabilecek bir eşyanın bulunup bulunmadığı ortaya çıkabilir. Bu nedenle arama ve elkoyma kararlarının birlikte verilmesi uygun olabilir.¹²⁸

Arama kararı niteliği itibarıyla uygulayıcılara arama işlemi sonucunda bulunan eşyalara ve delil niteliği taşıyan diğer şeylere elkoyma hakkı vermez. Bu itibarla, sadece bir arama kararı verilmiş olması halinde, arama sonunda bulunan eşyalara elkonulamaz. Aksi hâlde, yapılan elkoyma işlemi hukuken yok hükmünde olacaktır.¹²⁹ Kısacası elkoyma da öteki ceza yargılaması önlemleri gibi, ceza yargılamasının amaçlarına hizmet eder. Elkoyma da gerçeği ortaya çıkarma amacı ağır basar.¹³⁰

Anayasa'ya göre, özel yaşam dokunulmazdır. Kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara elkonulamaz. Elkoymaya, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerinden birini veya bir kaçını gerçekleştirme amacıyla başvurulabilir (Ay m.20/2). Ayrıca önemi nedeniyle elkoyma, yakalama ve tutuklama ile birlikte Anayasada düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının 20.maddesi 2001 yılında değiştirilmiş ve üst başta, özel kâğıtlar ve eşyada elkoyma konusunda son derece ilginç

¹²⁷ Kleinknecht/Meyer-Gofner,1993, 895, k.no.1.; Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.373

¹²⁸ Şahin, 2007, s.248

¹²⁹ Hüseyin Serkan Yıldız, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.110

¹³⁰ Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2004, s.452

yeni düzenlemelere yer verilmiştir.¹³¹ Anayasayı değiştiren 4709 sayılı kanunun 4. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20.maddesinin 1.fikrasının 3.cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve 2.fikrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “Milli güvenlik. Kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar, aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar” şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasanın 28.maddesinde de, basılmış eserlere elkoyma konusu düzenlenmiştir. Diğer taraftan CMUK’un “zapt” adını verdiği işleme, yeni kanun*, “elkoyma” demektir.¹³²

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin tanımlar başlığı altında; “*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*” ifade eder(AÖAY m.4).

Elkoyma muhakeme hukukunun öteki dallarında da ortaya çıkan bir kavramdır. Medeni muhakeme hukukunda “ihtiyati tedbir” (HUMK m.101), İcra-iflas hukukunda ise “ihtiyati haciz” (İİK m.257) adı altında düzenlenen önlemler de birer elkoymadır. Bunlar da hukuk dalları içinde, kişilerin haklarına kavuşmalarını güvence altına almaya yarar.¹³³

Doktrinde el koyma ile ilgili çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan bazıları şu şekildedir:

¹³¹ Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem - Özge Sırma - Yasemin F. Saygılar, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.415

* 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu Resmi Gazete: 17.12.2004

¹³² Kunter ve Yenisey, 2005, s.351

¹³³ Yurtcan, Erdener, **Cumhuriyet Savcısının ve Cumhuriyet Yargıcının Başvuru Kitabı**, T.C. Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2007, s.81; Aslan Ölmez, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Elkoyma**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.6

-Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılabilen veya müsadereye tabi olan eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın adliyenin eli altına alarak, eşyayı elinde bulunduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmak olarak tanımlanabilir.¹³⁴

-Elkoyma; bir suç işlendikten sonra onu aydınlatmak için gerekli olan delileri temin etmek veya müsadereye tabi eşyayı emniyet altına almak için yapılan ceza muhakemesi işlemi şeklinde de tanımlanmıştır.¹³⁵

-Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demektir.¹³⁶

- Eşya üzerinde zilyedinin sahip olduğu tasarruf yetkisinin, zilyedin rızası olmamasına rağmen kaldırılmasıdır.¹³⁷

-Bir koruma tedbiri olarak el koyma, rıza bulunmayan hallerde zorla şeyi alma yetkisini ifade etmektedir.¹³⁸

Delillerin toplanması, araştırılan delil kaynağının niteliğine göre, konut veya işyerinde arama yapılmasını, vücut muayenesini, psikiyatrik muayeneyi, iletişimin dinlenilmesi ve eşyaya el konulması gibi soruşturma işlemlerini gerekli kılar.¹³⁹ Nitekim elkoyma da, bir tehlikeyi önlemek amacıyla veya delil olarak kullanılmak üzere¹⁴⁰ yapılır. Tanımlamalarda incelendiğinde el koymanın bir koruma tedbiri olma hususunda, doktrinde birlik vardır. O halde her koruma tedbirinde bulunan özellikler, el koymada da vardır. Bu

¹³⁴ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F Saygılar, Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.444

¹³⁵ Ahmet Gökçen, **Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 1993, s.5

¹³⁶ Centel ve Zafer, 2008, s.373

¹³⁷ Yurtcan, 2004, s.452

¹³⁸ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.412

¹³⁹ Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s.76

¹⁴⁰ Nurullah Kunter - Feridun Yenisey, **Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2005, s.351

koruma tedbirine CMUK'da "zabıt", "zapt" bazen de "haciz" denilmiştir.¹⁴¹ Fakat günümüz yasal doktrininde el koyma terimi kullanıldığı için bizde çalışmamı da el koyma teriminin kullanılması uygun görülmüştür.

II. ELKOYMANIN CEZA MUHAKEMESİNDEKİ YERİ

CMK'nın eşya veya kazancın muhafaza altına alınması ve bunlara elkonulması başlığı altında; İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır(CMK m.123/1) hükmü ile Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir(CMK m.123/2) hükümleri el koymanın yasal dayanaklarıdır. CMK'da elkoyma, aramadan ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Bunun anlamı şudur: Elkoyma kararı veya emri, el konulacak eşyanın bulunduğu kişiden istenmesine ve kişi rızası ile bu eşyayı vermezse, onun tazyik hapsine konulması sonucunun doğmasına neden olur. Elkoyma kararı kişinin üzerinin veya eşyasının veya konutunun aranmasına olanak vermez. El konulacak eşyanın ilgili kişide olduğu konusunda şüphe varsa veya sadece elkoyma kararının verilmesinin, el konulacak eşyaya ulaşmayı zorlaştıracığı düşünülüyorsa arama kararı verilmelidir. Arama kararının sonucunda, arama hükümleri çerçevesinde elkoyma işlemi yapılabilir.¹⁴²

Özel elkoyma açısından, CMK'da ayrıntı düzenlemelere yer verildiği ve bazı özel elkoyma çeşitlerinin uygulanması için gerekli şüphe şartının ayrıca belirtildiği görülmektedir. Taşınmazlar, hak ve alacaklara ilişkin elkoymanın düzenlendiği CMK'nın 128. maddesinde, bunlarla ilgili olarak elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için muhakeme konusu suçun işlendiği ve tedbir konusu taşınmaz, hak ve/veya alacağın söz konusu suçtan elde edildiğine dair "kuvvetli şüphe" sebeplerinin varlığının gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, elkoyma konusu taşınmaz, hak ve alacağın belirli suçların işlenmesi suretiyle elde edildiğine dair basit, makul veya yeterli şüphe sebeplerinin bulunması elkoyma tedbirinin uygulanması için yeterli olmamakta, somut vakıalara dayalı kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı gerekmektedir.¹⁴³

¹⁴¹ Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem - Veli Özer Özbek, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s.665

¹⁴² Centel - Zafer, 2008, s.344-345

¹⁴³ Öztürk, Erdem, Sırma, Saygılar, 2006, s.435; Şahin, 2007, s.256; Yıldız, 2010, s.94

CMK'nın söz konusu maddesinde belirtilen eşya ve diğer mal varlığı değerlerini yanında bulunduran kişi istem halinde bunları göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür (CMK m. 124. f.1). Kişinin bundan kaçınması halinde elkoyma tedbirinin konusunu oluşturacak eşya ve diğer mal varlığı değerlerinin bulunduğu yer biliniyorsa, zor kullanılarak işlem tamamlanır.¹⁴⁴ Yasada, istenen eşyayı vermeyenler hakkında yapılacak işlem de belirtilmiştir. Buna göre iki grup eşya ve diğer mal varlığı değerlerini yanında bulunduran kişinin, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlü olduğu, kaçınma halinde bu şeyin zilyedi hakkında 60.maddede yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngörmüştür. Fakat hemen belirtelim ki; el konulacak eşyayı gösterme ve teslim etme mükellefiyeti herkes için geçerli değildir. Anayasanın 38. maddesinde belirtilen ve “hiç kimse kendisini suçlayan bir beyanda bulunmaya zorlanamaz” hükmü ile şüpheli ve sanıklar; CMK'nın 45 ve 46. maddelerinde belirtilen tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler bu mükellefiyetten istisna edilmiştir.¹⁴⁵

CMK 45 ve 46. maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere, bu kimselerin nezdinde bulundukça, el konulmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. Aslında kişi hak ve özgürlüklerini sınırlandırmasına rağmen, ceza muhakemesinde son kararın doğru olarak verilebilmesi ve bunun yerine getirilebilmesi için kabul edilen elkoyma tedbirine iki türlü mal varlığı değerleri ile ilgili olarak başvurulabilir. Birincisi deli olabilecek eşya, ikincisi ise eşya ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleridir (CMK m. 12).

Yine elkoyma kararı verme yetkisi, denetlenmesi, elkoyma işleminin yapılması konulan, Ceza Muhakemesi Kanunu 127. maddesinde belirtilmiştir. Ayrıca “Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma” CMK madde 128’de, “Postada Elkoyma” CMK madde 129’da, “Avukat Bürolarında Arama, Elkoyma Ve Postada Elkoyma” CMK madde 10’da, “El Konulan Eşyanın İadesi” CMK madde 11’de, “El Konulan Eşyanın Muhafazası Veya Elden Çıkarılması” CMK madde 12’de, “Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini” CMK madde 1’de, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama,

¹⁴⁴ Nevzat Toroslu - Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 2006, s.242

¹⁴⁵ Aslan Ölmez, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Elkoyma**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.11

Kopyalama ve Elkoyma” CMK madde 14’te sayılmıştır. Bu düzenlemelerin dışında “Zorlama Amaçlı Elkoyma ve Teminat Belgesi” CMK madde 248’de düzenlenmiştir.

III. ELKOYMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Toplumsal hayatı düzenleyici kuralların tarihi, insanların topluluk halinde yaşamalarıyla başlamaktadır. İkel toplumlarda kamu kavramı gelişmeyip, devlet olgusu oluşmadığından; suç, sanığın işlediği günah olarak görülmekte ve mağdur ile ailesine suçludan intikam alma hakkı tanımaktaydı.¹⁴⁶ Ceza Muhakemesi Hukuku uzun bir geçmişe sahiptir. Gerçekten bu geçmiş, insanların toplum haline geçmeye başlamasına kadar uzanmaktadır. İkel toplumlarda ceza muhakemesi kuralları çok yetersizdi. Suç, suçlunun işlediği günah olarak görülüyor ve suçtan zarar görene ve ailesine suçludan intikam alma hakkı tanınıyordu. Toplumun gelişmesine ve ortak çıkarlarının daha iyi anlaşılmasına başlanmasına paralel olarak, ceza muhakemesi kuralları da gelişti ve ceza muhakemesi bir devlet işi olarak görülmeye başlanmıştır.¹⁴⁷

A. Batıda Gelişimi

Antik Yunan’da hukuk konusunda ilk göze çarpan şey, konu ile ilgili bilgi yokluğudur. Batı, çoğu konuda başlangıcı eski Yunan’da aramakta, kültür ve uygarlığının, kurumlarının kaynaklarını veya kökenlerini eski Yunan’a götürmektedir. Antik Yunan’daki çoğu konuyu çok yakından incelemiştir ve incelemeye devam etmektedir. Bunun tek istisnası hukuk gibi görünmektedir. Eski Yunan’da hukuk konusu bir yana itilmiş gibidir. Hukukun bir yana itilmişliğini, günümüze ulaşmış bilgilerin yetersizliği veya Antik Yunan’da sistemli hukukun, yani bir kodeksin veya kaynakların bulunmaması ile bağlantılıdır.¹⁴⁸ Bu sebeple suç ve hukuk açısından Antik Yunan da el koyma üzerine kaynak teşkil edecek bir iz yoktur.

¹⁴⁶ Şakir Akbulut, **Kolluğun El Koyma Yetkisi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009, s.53

¹⁴⁷ Öztürk, Erdem, Sırma, Saygılar, 2006, s.5; İsmail Uğuz, **Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s.29

¹⁴⁸ Y. Kenan Yonarsoy, “Eski Yunanda Yasalaştırma Girişimleri ve Hukuk”, **Anadolu Araştırmaları**, Sayı:12, 1990, s.113

Roma'da ise suç muhakemesinin çok geliştiğini görmekteyiz. Ne var ki bu gelişme Ortaçağda da sürmedi. İnsanlık Ortaçağda derin bir karanlığın içine düştü. Suç muhakemesinde, özellikle Ortaçağın ikinci yarısında, insanların vahşiliğini tüm çıplaklığıyla gözler önüne seren düzenlemeler yapıldı. Roma'da ve Ortaçağın birinci yarısında, suç muhakemesinde itham sistemi hâkimdi. Medeni muhakeme ve suç muhakemesi arasında büyük farklar yoktu. Ortaçağın ikinci yarısında ise, Kilise Hukukunun etkisiyle itham sistemi terk edilip yerine tahkik sistemi getirildi. Bununla hâkim hem davacı, hem de hüküm veren kişi, suçtan zarar gören ise önemli bir tanık, sanık ise soruşturma konusu oldu. Her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin bulunması temel prensip, ikrar da en önemli delil sayıldı. Bu düzenlemenin tabii sonucu olarak ta işkence olağan hale geldi. Ortaçağın karanlığı Yeniçağın başlarında da yaşandı.¹⁴⁹

Eski Roma Hukukunda kanun tarafından düzenlenmiş bir elkoyma müessesesinden bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte elkoymanın ön aşamasını teşkil eden bir takım hukukî işlemlere Eski Roma Hukukunda rastlanmaktaydı. Bu devirde uygulanmakta olan itham sisteminde*, şahitliğin yanı sıra ev defteri gibi özel nitelikte olan belgelerde delil kıymetine haizdi. Davacı olan şahıs, şüpheli kişinin evinde bu tür maddî ispat vasıtalarının ortaya çıkarılması amacıyla şekle tabi bir arama yapma ve bulduğu eşya üzerine elkoyma hakkına sahipti.¹⁵⁰ Müşteki olan şahsa, bu tür belgeleri zorla dahi olsa ele geçirmek için gerekli vasıtalar tedarik edilirdi. Praetor tarafından, sanık dâhil, elinde delil niteliğinde eşya bulunan herkesten bunları isteyebilme yetkisi verilirdi. Sanığın bu konuda beyanda bulunmaktan çekinmesi veya inkâr etmesi halinde, davacının şüphelenilen evde arama yapmasına müsaade edilir; bu surette ortaya çıkarılan veya elkonulan belgeler iki şahit huzurunda mühürlenirdi. Bu belgeler müştekiler tarafından Roma'ya götürülür veya gönderilirdi. Evrakı götüren şahıs Roma'ya varışından itibaren üç gün içinde quaestio başkanına bunları teslim etmek zorundaydı. Başkan, jüri üyeleri huzurunda bu belgeleri yine mühür altına alır ve duruşmanın yapılacağı zamana kadar muhafaza ederdi.¹⁵¹

¹⁴⁹ Bahri Öztürk, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt:1, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1991, s.8; Uğuz, 2007, s.29

* İtham sistemine (akkusationsprozess) ilk defa doğu memleketlerinde rastlanmış, daha sonra bu usul Yunan ve Roma Medeniyetlerinde vuzuh kazanmıştır.

¹⁵⁰ Gökçen, 1993, s.95-96

¹⁵¹ Akbulut, 2009, s.53-54

Ortaçağın ikinci yarısında ise, Kilise Hukukunun etkisiyle itham sistemi terk edilip yerine tahkik sistemi getirildi. Bununla hâkim hem davacı, hem de hüküm veren kişi, suçtan zarar gören ise önemli bir tanık, sanık ise soruşturma konusu oldu. Her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin bulunması temel prensip, ikrar da en önemli delil sayıldı. Bu düzenlemenin tabii sonucu olarak ta işkence olağan hale geldi. Ortaçağın karanlığı Yeniçağın başlarında da yaşandı. Bununla birlikte elkoymanın ön aşamasını teşkil eden bir kısım hukuki işlemlere bu dönemde rastlanmaktaydı. Bu devirde uygulanmakta olan itham sisteminde, şahitliğin yanı sıra ev defteri gibi özel nitelikli olan belgelerde delil kıymetini haizdi. Davacı olan şahıs, şüpheli kişinin evinde bu tür maddi ispat vasıtalarının ortaya çıkarılması amacıyla, şekle tabi bir arama yapma ve bulduğu eşya üzerine elkoyma hakkına sahipti.¹⁵²

İspat vasıtası olan veya müsadereye tabi eşyaya elkoyma gibi koruma tedbirleri Germen Hukukuna yabancı idi. Devlet tarafından yürütülen ceza muhakemesi, kişiler tarafından ihtiyari olarak başlatılan ve Aleni Tevbih Muhakemesi (Rügeverfahren) adı verilen muhakemede, şekli gerçek araştırılmaktaydı. Burada, sanığın işlenen fiil açısından gerçekten kusurlu olup olmadığının tespitine gerek yoktu. Bu sebeple delil değeri taşıyan eşyaya elkoyma gibi tedbirlerden bahsedilemezdi. Suç teşkil eden fiilin takibi mağdura ve kabilesine ait bir hak olması nedeniyle intikam ve kan davası yaygındı.¹⁵³ Özellikle Ortaçağın ikinci yarısında (900-1450) yılları arasında ceza yargılamasında yenileştirme hareketleri dikkati çekiyor. Bu devirde itham sisteminin yerini giderek tahkik sistemine dayanan yargılama almaktadır. Bu aşamada hâkim, kendi kişiliğinde davacı ve yargılayıcı niteliklerini toplamıştır. Konumuz açısından en önemli nokta şudur: Suçtan zarar gören kişi yargılamada tanık durumundadır, sanıkta soruşturmanın süjesi değil, fakat objesidir.¹⁵⁴

12. Yüzyıl Avrupa'sında özgürlük, burjuvazinin sosyal statüsü haline gelmiştir. Hatta bir Alman atasözünde, "Kentin havası insanı özgür yapar" denilmektedir. Bunun yanı sıra hukuksal olarak da bir yenilik gerekiyordu. Yani daha çabuk işleyen bir hukuk, daha hızlı ve daha az rastlantılara bağımlı ispat yolları, yargı yetkileri alanına giren insanların mesleki uğraşlarını daha iyi tanıyan ve önüne gelen meseleyi iyi bildiği için

¹⁵² Uğuz, 2007, s.29

¹⁵³ Akbulut, 2009, s.55

¹⁵⁴ Erdener Yurtcan, **Şahsi Dava ve Uygulaması**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1989, s.14; Uğuz, 2007, s.33

tartışmaları kısa kesebilen yargıçlar gerekliydi. Bu ihtiyaçtan dolayı, zamanla, İngiltere’de “piepowder” denilen adliye mahkemeleri kurulmaya başlandı. Ayrıca daha sonra soylu sınıfını yargılama yetkisi bulunan “echevin” mahkemeleri kuruldu. Bunun ardından ise, İtalya, Fransa, Almanya ve İngiltere’de bağımsız yargı hakkına sahip adacıklar oluşmasını sağlayan yargısal özerklik getirilmiştir.¹⁵⁵

12. yüzyıldan 15. yüzyıla kadar ortaçağ Avrupa hukukunun gösterdiği en önemli değişiklik ceza muhakemesinin taraflar arasında bir muhakeme olmaktan çıkıp kamusal bir nitelik kazanmasıydı. Ayna zamanda bu muhakeme sistemi, engizisyon muhakeme sistemine doğru bir geçiş süreci yaşamıştır. özellikle iktisadî bakımdan gelişmiş şehirlerdeki kamusal nitelikteki ceza muhakemesinde failin cezalandırılmasının mümkün olduğunca çabuk bir şekilde sağlanması amacıyla maddî delillerin re’sen isbat vasıtası olarak kullanılmasına başlanmıştır.¹⁵⁶ Nitekim1498’de Fransa’da muhakeme kararları ile konmuş ve yerleştirilmiş olan Engizisyon muhakeme usulü yürürlüğe girmiştir.¹⁵⁷

Alman şehir devletlerinde, 15.yüzyılın nihayetinden, 19.yüzyılın sonuna kadar üçyüzyıldan fazla süre ile engizisyon muhakeme sistemi uygulanmıştır. İtham sisteminin büyük ölçüde yürürlük alanı bulduğu Ortaçağ İtalyan hukukunun Alman hukuk dünyası tarafından iktibas edilmesi suretiyle, Ceza Muhakemesi Hukuku sahasında kapsamlı kanuni tedbirlere yer verilmiş; buna bağlı olarak da engizisyon muhakeme sistemine yeni bir yapı ve düzen kazandırılmıştı. Alman kanunlarının hazırlanmasında Roma Hukuku ve Ortaçağ İtalyan Hukuku etkisiyle, elkoyma gibi koruma tedbirinin izlerine rastlanmakta idi.¹⁵⁸ Engizisyon muhakeme sisteminde, arama ve elkoyma gibi koruma tedbirlerine yer vermeye gerek yoktur. Çünkü sanığı, suçunu itiraf etmesi için süresiz hapsedmek gayet normal sayılıyordu. Arama ve elkoyma tedbirleri genel olarak işkence yapmak gibi kanuni icbar vasıtalarıyla birlikte başvurulmuş tedbirlerdi ve herhangi bir usule tabi olmadan takdire bırakılmışlardı. Uygulamada bu görevleri alelade adli infaz memurları icra etmekteydi.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Pirene, 2005, s.62-64; Abdulhalik Bakır ve Pinar Ülgen, “Geç Ortaçağlarda Avrupa’da Kent ve Kentsel Yaşam Hakkında Bir Değerlendirme”, **Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt:7, Sayı:2, 2009, s.131

¹⁵⁶ Gökçen, 1993, s.58

¹⁵⁷ Vasfî Raşit Seviğ, “Engizisyon Muhakeme Usulünün Tedvin Devri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Sayı:1-4, 1958,s.3

¹⁵⁸ Gökçen, 1993, s.112

¹⁵⁹ Akbulut, 2009, s.56

Söz konusu dönemlerde Roma-Cermen Muhakeme Sistemine dayanan ve kilisenin etki alanı içinde tatbik edilen Kilise Hukukunda elkoyma konusunda genel bir prensip mevcut değildi. İspat vasıtalarının zorla emniyet altına alınması kabul edilmekle beraber, muhakemenin tarzı hakkındaki bilgiler kesin değildir.¹⁶⁰ Müşterek Hukuk Devrinin ilk Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Carolina'dır. Bu kanunun yapılmasına, ceza işlerinde çok sayıda keyfi muamele ve adli cinayet şikâyetleri neden olmuştur. Daha çok CMUK hüviyetinde olan Carolina, Ceza Muhakemesi açısından büyük bir gelişmenin sembolüdür. Bu kanunda kamusal iddia ön plandadır ve tahkik sistemi hâkim olmuştur.¹⁶¹

Eski Alman Ceza Muhakemesinde uygulanmış olan şahsi davadan edinilen kötü tecrübe nedeniyle, 16. yüzyılın başında yürürlüğe giren Constitutio Criminalis Carolina ile koğuşturmanın devlet tarafından yapılması prensibi (Offlzialprinzip) lehine önemli bir karar verilmiştir. Böylece, kamu davasının mecburiliği prensibi de (Lc-galitâtsprinzip) kabul edilmişti. Zira devletin dava açmak tekelinin vatandaşın gözünde haklı görülebilmesi için bu şarttır: eğer devlet vatandaş yerine hareket eder ve bunu yapmaya mecbur olursa, devletin harekete geçmemesi durumunda bir koğuşturma boşluğu ortaya çıkar ve suç mağduru olarak zor durumda kalmış olan vatandaş, kendi hakkını bizzat kendisi almaya gayret edebilir.¹⁶²

Carolina Ceza Kanununda elkoymaya ilişkin hüküm bulunmamakla beraber belirti kıymetinde olan şeylerin elkoymak suretiyle emniyet altına alınması, suçun isbatı açısından sık başvurulmuş bir yoldu, işkencenin ön aşamasını teşkil eden elkoymanın mevcudiyeti, bu sistemde işkencenin kabul edilmiş olmasına ve engizisyon muhakemesinin niteliğine dayanmaktadır.¹⁶³

Ortaçağın karanlığından Rönesans ve reform hareketleriyle çıkmıştır. Bunu takip eden Aydınlanma Döneminde insana saygı gösterilmesi ve tahkik sistemiyle işkencenin kaldırılması istenmiştir. İnsanlık açısından bir dönüm noktası olan Aydınlanma Dönemindeki hareketlere devrin ceza muhakemeleri kayıtsız kalmamışlardır. Bu yoldaki

¹⁶⁰ Gökçen, 1993, s.112

¹⁶¹ Öztürk, 1991, s.17

¹⁶² Albin Eser, **Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu?**, Marmara Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1993, s.21

¹⁶³ Gökçen, 1993, s.113

gelişmeler Fransız İhtilali ile hızlanmış, ihtilalciler özellikle itham sistemiyle sözlülük ve halka açıklık ilkelerinin ceza muhakemesine hâkim olmasını istemişlerdir. Bu istekler 19-22 Temmuz 1791 ve 19 Eylül 1791 tarihli iki kanunda ifadesini bulmuştur. 1808 Fransız CMUK' sı ise savcılığa ve itham sistemine yer vermiş, koğuşturma mecburiyeti ve maslahata uygunluk ilkelerinden, maslahata uygunluk ilkesini benimsemiştir. Fransa'daki bu gelişmelerden Almanya'da etkilenmiştir. 1848 ve 1861 Bayern, 1849 Prusya, 1864 Baden ve 1869 Wüttemberg CMUK'larında savcılık kurumu, itham sistemi, halka açıklık, sözlülük ve delillerin serbestçe değerlendirilebilmesi ilkeleri kabul edilmiştir. Bu kanunlarda Fransız modeline uygun olarak, maslahata uygunluk ilkesini tercih etmişlerdir. Derhal ifade edelim ki, koğuşturma mecburiyeti ilkesi Almanya' da ilk olarak tam manası ile 1879'da gerçekleştirilebilmiştir.¹⁶⁴

Fransa'da elkoyma tedbiri, Fransız İhtilali esnasında uğradığı radikal değişikliktir sonra, son şeklini 1808 Napolyon Ceza Muhakemesi Kanunuyla almıştır. Bu Kanuna göre, elkoymaya karar verme yetkisi prensip olarak sorgu hâkimine aittir. Ancak, meşhut cürüm hallerinde savcı veya yardımcısı da elkoymaya karar verebilir (md. 46). Şüpheli kişi yakalanmışsa elkoyma kararı, onun huzurunda icra edilir. Şayet şüpheli kişi bizzat bulunmak istemiyorsa, bu konuda birini yetkilendirebilir (md. 39). Bunun haricinde elkonulan eşya, numaralandırdığı şüpheli kişiye gösterilmeli ve bu konuda bir diyeceğinin olup olmadığı kendisine sorulmalıdır. Şayet bu konuda beyanda bulunmaktan çekinirse bu husus tutanağa geçirilir. Ayrıca, konuya dair tutanak mümkün olduğu takdirde polis komiserinin veya muhtarın ya da o beldeden iki kişinin huzurunda tutulur ve bunlar tarafından her sayfası müştereken imzalanır(md. 42).¹⁶⁵

Fransa'da gelişen ve Almanya üzerinde de etkileri görülen hürriyetçi akımlar, 19.yüz yılın başında bilhassa Güney Almanya bölgesinde, halen engizisyon etkisindeki ceza muhakemesinde bazı reformların yapılmasına sebebiyet vermiştir. Bu reformlar arasında özellikle arama ve elkoyma gibi koruma tedbirlerine müracaat imkânının sınırlandırılması gösterilebilir. En önemi değişikliği ise 1848 ihtilali gerçekleştirmiştir. Bunu daha sonraları çoğu Alman şehirleri, yeni ceza muhakemesi kanunları ihdas etmek suretiyle takip etmişlerdir. Bu şehir devleti kavramları elkoymaya dair hüküm ihtiva

¹⁶⁴ Öztürk, 1991, s.17-18; Uğuz, 2007, s.36-37

¹⁶⁵ Akbulut, 2009, s.56

etmekle beraber, bazı noktalarda farklılıklar arz etmekteydiler. Çeşitli şehir devleti kanunlarında elkoyma konusunda sınırlama ve istisnalara yer verilmiş bulunmaktaydı. Bazı kanunlarda elkoyma tedbirine “en azından belli bir asgari cezayı gerektiren cünhalarda başvurulabileceği” belirtilmişken; başka bazı kanunlarda; “evraka elkoymanın söz konusu olduğu hallerde, bu evrakın münhasıran şüpheli kişiye ait olması gerektiği” hükmü yer almıştır.¹⁶⁶

1887 yılında Almanya’da yürürlüğe giren İmparatorluk Ceza Muhakemesi Usul Kanununda elkoyma, bu günkü düzenlemelerin dayanağını teşkil eden hükümler içermektedir. Germen Şehir Devletleri dönemindeki düzenlemelerle mukayese edildiğinde İmparatorluk CMUK’ndaki elkoymaya dair hükümler, genel olarak kısa ve net ifade tarzının yanı sıra, önemli değişiklikler içermektedir. Önce elkoyma, bazı şehir devleti kanunlarında olduğu gibi, aramanın içinde değil müstakil bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Ayrıca belge ve diğer evraklar üzerinde elkoymaya dair çeşitli özel ve katı düzenlemeler, artık bütün ispat vasıtaları açısından herhangi bir ayırım yapılmaksızın kabul edilen genel ve yeni hükümlerle terk edilmiştir.¹⁶⁷

B. İslam Hukukunda Gelişimi

VII. yüzyılda İslamiyet’in yayılmaya başlaması ile birlikte ve süratle yayılmaya başlayınca Kuran’ın ve Sünnet’in tespit etmiş olduğu hukuk kuralları bu büyük devletin ve onu teşkil eden büyük insan topluluklarının bütün ihtiyaçlarını karşılayamaz bir duruma gelmiştir. Bunun için de bir yandan Kıyas ve İcma yoluyla İslâm hukukunun boşlukları doldurulmaya çalışılmıştır. Diğer taraftan İslam hukukunda kaynağını Kuran’ın oluşturduğu, ceza konuları “Ukubat” adı altında toplamıştır.¹⁶⁸

İslam hukukunda suçlar üç kısma ayrılmaktadır:

¹⁶⁶ Gökçen, 1994, 61-62; Uğuz, 2007, s.37

¹⁶⁷ Akbulut, 2009, s.57

¹⁶⁸ Coşkun Üçok, “Osmanlı Kanunnamesinde Aykırı Hükümler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 1-4, 1947, s.125-126

“-Birinci Kısım Suçlar: Bunlar, katil (cinayet’ün nefis), yani bir kimseyi öldürmek veya bir kimseyi çeşitli şekillerde yaralamak (cerh) suçlarıdır. Görüldüğü gibi bu suçlar, “hakkı ademiye” denen şahsın haklarına karşı işlenen fiilleri kapsamına alırdı. Bu suçlarda kişisel haklara üstünlük tanındığından af ve sulh geçerlidir. İslam hukukunda katil, Amden katil (bilerek isteyerek), şibih amit (kasıt benzeriyle), hataen katil, hata mecrasına cari katil (hataya benzer bir fiil), teşebbüsen katil olmak üzere beşe ayrılmaktaydı. Cerhin ise Amden cerh, hataen cerh, hata hükmünde cerh, teşebbüsen cerh olmak üzere dört başlık altında incelenmekteydi.

-İkinci Kısım Suçlar: Bu suçlar, Kuran tarafından gösterilmiş olup, Allah’a karşı işlenen suçları kapsamına almaktadır. Bunlar İslam toplumunun yararlarına dokunan suçlardır. Hırsızlık, zina, şarap İçme, kazif veya zina iftirası, yol kesme, irtîdat veya ridde denilen İslam dinini terk etmek gibi suçlardır. Bu suçlarda, suçtan zarar görenin şikâyetinde bulunması gerekmezdi. Çünkü bunlar insanların birarada yaşamaları için kurulmuş olan düzeni bozar ve böylece Allah’a karşı İşlenmiş olarak kabul edilirdi. Bu belli suçların işlendikleri mahkeme Öünde kesinleşince artık af ve sulh geçerli olmazdı. Cezaların miktarı da değişmez olduğundan, bu cezalarda arttırma veya indirmenin yapılması da mümkün değildir. Ancak, suçlu suçunu kabul etmez ve toplanan delillerle de suçluluğu ispatlanamazsa Allah merhametli olduğu için affedeceğinden, hâkimin cezalandırma yoluna gitmemesi tavsiye edilmiştir. Bu çeşit suçları kavuşturma görevi, devlet başkanına veya onun hâkimine düştüğü gibi, her iyi Müslüman’ın da, böyle suçları ihbar etmek yükümlülükleri vardı. Ancak, kazif (zina yapan) ve hırsızlık suçlarında şikâyet ve talep zorunlu olmaktadır.

-Üçüncü Kısım Suçlar: Taziren cezalandırılan fuller bu gruba girmektedir. Bilindiği gibi taziri gerektiren suçlar; hakkında ayet ve hadis gereği herhangi bir hükmün bulunmadığı, ceza takdirinin hâkime bırakıldığı suçlardır. Tazir sözcüğü yasaklamak, cezalandırmak, zorlamak, reddetmek, terbiye etmek, anlamında kullanılmaktadır. İslam hukuku kaynaklarında gerek suç, gerek karşılığında cezası gösterilmiş olmamakla beraber, kişilere veya kamuya zarar verdikleri için ulüemr tarafından cezalandırılan fiiller olarak

*geçmektedir. Devlet başkanı veya ona vekâlet eden hâkim, suçluyu ve suçun toplumdaki durumunu gözönüne alarak cezayı takdir eder”.*¹⁶⁹

İslâm ülkesinde yani İslâm hukukunun, İslâm kanunlarının uygulanabildiği yerlerde yaşayan ve yaşamak isteyen Müslüman ve ehli kitap kimselerin hayatı, malı, ırzı ve şerefi İslâm ceza hukuku tarafından eşit olarak korunur. Bunlara dokunanlar ise aynı hukuka uyularak cezalandırılırdı.¹⁷⁰

İslâm hukukunda bu günkü anlamda koruma tedbirlerinin bulunduğunu söylemek kolay değildir. Bununla birlikte yakalama, tutuklama, arama gibi bazı tedbirlere müracaat edildiği görülmektedir.¹⁷¹ Bununla birlikte yakalama, tutuklama ve arama gibi bazı koruma tedbirlerine rastlamak mümkündür. İslam hukukunda elkoyma ile ilgili doğrudan bir müessese bulunmasa da, ilk devirlerden itibaren müsadereye tabi eşya ve müsadere uygulaması mevcuttur. İslam hukukunda bazı eşyaların Müslümanlar nezdinde bulunması suçtur ve bulunduğu takdirde zapt ve müsaderesi gerekir. Özellikle bu yasak eşyalardan şarap ve domuz eti en çok bilinenlerdendir. İslam hukukunda müsaderenin amacı, suçluya mani olmak, suç işlenmesini önlemektir. Genellikle suç eşyası imha edilmek maksadıyla müsadere edilmektedir. İslam hukukunda, mesken masuniyeti ve özel hayatın gizliliği kabul edilmiştir. İslam’a göre başkalarının meskenlerine girerken izin istenmeli, izin verilmezse oraya girilmemelidir. Devlet kuvvetlerinin bir eve girmesi suçüstü halleri dışında, ancak hâkim kararı ile mümkündür. Delil elde etmek yahut aranan bir şahsı yakalamak için yapılan arama, müştekinin talebi üzerine; hâkim, yardımcıları ve kadınlar tarafından gerçekleştirilir. Kadınlarında aramaya katılması, İslam’ın kadın erkek ilişkilerindeki prensipleri ile paralellik göstermektedir.¹⁷²

İslam Hukukunun ikinci dönemi, kırılma noktasıyla Dört Halife ve Emeviler şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Her iki dönemde de sahabe nesli fıkıh açısından belirleyici bir role sahip olmakla beraber siyaset-fıkıh ilişkisi bakımından Emeviler devri hilafetin saltanata dönüşmüş olması sebebiyle önemli bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Dört

¹⁶⁹ İlhan Akbulut, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı:1, 2003, s.167-168

¹⁷⁰ Üçok, 1947, s.127

¹⁷¹ Uğuz, 2007, s.31

¹⁷² Akbulut, 2009, s.54

Halife devri dini hayatın, İslam'ın insanlığa getirdiği inkılâbın tekâmül devridir. Bu dönemde her şey din için, dinin amaçlarını gerçekleştirmek içindir. Emeviler devrinde ise fazilet ve manevi tekâmülün yerini, siyasi istikrar ve maddi gelişme almaya başlamış, kültür karışması, saltanatın ve siyasi baskıların doğurduğu muhalefet (Havaric ve Şia), özellikle fikhın kamu hukuku alanında yeni düşünce ve teorilere zemin hazırlanmıştır.¹⁷³

C. Türkiye’de Gelişimi

İslamiyet sonrası dönem, 940 tarihinden başlayıp 1926’ya kadar sürmüştür. Yaklaşık bin yıllık bir zamanı kapsayan bu devrede, Müslüman Türklerin yani Osmanlıların ülkelerinde geçerli olan sistem, İslam Hukukudur.¹⁷⁴ Osmanlı Devleti hukuku İslam Hukukunun bir uygulaması olarak görülmekteydi ve temel hürriyetlerinden biri kişi dokunulmazlığıydı. Kişiler ve devlet organlarında, şahsın varlığına ve hürriyetine dokunulamayacağı, herkesin yaşama hakkına sahip olduğu anlayışı hâkimdi. Maddi ve manevi şahsiyetinin gelişmesine ve hürriyetine, hâkim karan olmaksızın müdahale edilemeyeceği benimsenmiştir. Kişilerin sadece zan ve şüphe üzerine değil, ancak kesin bir delile dayanılarak yakalanması ve tutuklanması mümkündür. Bu anlamda suçu sabit oluncaya kadar üzere herkes masumdur. Bu kaide ilk zamanlardan beri istisnaları ile birlikte uygulanmış gelmiştir. Koruma tedbirlerinde çok esaslı bir ön şart olan “orantılılık” Osmanlı Devleti hukukunda da uygulanmıştır.¹⁷⁵

Yukarıda bahsedildiği gibi 1926 ya kadar olan dönemde Osmanlı hukukunda İslami hükümler geçerliydi. Fakat ilerleyen zamanda farklı fikir akımları farklı yasaları ve uygulamaları getirmiştir. Bunlardan biri Tanzimat dönemi olarak nitelenen dönemde padişah adına Mustafa Reşit Paşanın okuyup ilan ettiği 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayun’udur. Yasaların temelini can ve mal güvenliği olduğu belirtilmiş, şeriata göre yargılanma güvencesi getirilmiş ve Padişahın da bu kurallara uyacağı ifade edilmiştir. Kişi güvenliğine değinilmiş, ancak bunun korunması için gerekli güvenceler getirilmemiştir.¹⁷⁶

¹⁷³ “Türkiye Diyanet Vakfı”, **İslâm Ansiklopedisi**, Cilt 13, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996, s.4

¹⁷⁴ Gökçen, 1993, s.115

¹⁷⁵ Mehmet Kahraman, **Koruma Tedbiri Olarak Adli Kontrol**, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2007, s.22

¹⁷⁶ Murat Özen, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında İç Hukukta Tutuklama ve Adli Kontrol**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.16

Fakat Hattı Hümayun harici söz konusu dönemde üzerinde durulması gereken düzenleme 1879 tarihli “Usul-Ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkati”dır. 1808 Fransız Ceza Usul Kanununun çevirisi olan Osmanlı Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu’nun I.Kitabı’nın IV. Bölümü’nün “Savcının Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmesi Hakkında” başlıklı 2. Kısım altında savcılarının görevleri düzenlenmiştir.¹⁷⁷

Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu’nun 32.maddesinde savcılık makamının, suçta kullanılan her türlü eşya, silah, suçtan husule gelen eşya veya olayı aydınlatmaya yarayacak eşyaya elkoymak ve olayın açıklanmasını sağlamak için, sanığa göstermek mecburiyetinde olduğu belirtilmektedir. Bu işlemden sonra tutulan tutanak, sanık tarafından imzalanmalıdır. Eğer sanık imzadan çekinirse, bu hususta tutanakta belirtilmelidir. Fiilin türünden sanık nezdinde bulunan kâğıt ve eşyanın olayın aydınlatılması açısından faydalı olacağı anlaşılıyorsa, savcılık gecikmeden sanığın evini aramalıdır (m.33). Sanığın evinde bulunan kâğıt ve yazılar, suçu açıklıyor veya sanığın beraatını geciktiriyorsa, bu durumda da savcılık bir tutanak tutmak suretiyle söz konusu eşyaya el koyar (m.34). 35.maddeye göre, elkonulan eşya mümkünse bağlanıp mühürlenmelidir. Bu eşyanın dışına yazı yazmak mümkün olmadığı hallerde, bir kasa veya çuval içine konmalı ve bir bantla tespit edilerek savcılığın mührü basılmalıdır. Kanunun 36.maddesinde ise, burada bahsedilen muamelelerin, sanık yakalanmışsa onun huzurunda, eğer kendisi bulunmak istemezse bir temsilcisinin mevcudiyetiyle, imzalarının da alınmak suretiyle yapılacağı belirtilmektedir. Böylece emniyet altına alınan eşya kolayca teşhis edilecektir.¹⁷⁸

Neticede Osmanlı döneminde elkoyma hükümleri değerlendirildiğinde genel bir yasal dayanaktan bahsedilemez. Osmanlının son dönemlerindeki bazı yasal uygulamalarla elkoyma hükümlerine değinilse de Cumhuriyet dönemindeki Anayasal değişiklikler kadar yeterli olamamıştır. Bu bakımdan önemi nedeniyle elkoyma, yakalama ve tutuklama ile birlikte Anayasada düzenlenmiştir. 1982 Anayasasının 20.maddesi 2001 yılında değiştirilmiş ve üst başta, özel kâğıtlar ve eşyada elkoyma konusunda son derece ilginç yem düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasayı değiştiren 4709 sayılı kanunun 4. maddesine

¹⁷⁷ Metin Çokmutlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2007, s.22

¹⁷⁸ Gökçen, 1993, s.118-119

göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20.maddesinin 1.fikrasının 3.cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve 2.fikrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “*Milli güvenlik. Kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden bin veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar, aksı halde elkoyma kendiliğinden kalkar*” şeklinde düzenlenmiştir.

Ayrıca Anayasanın 28.maddesinde de, basılmış eserlere elkoyma konusu düzenlenmiştir. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz 20 Ağustos 1929 tarihinde meriyete girmiştir. Bu kanun 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu esas tutulmak ve ilga edilmiş olan İstinaf Mahkemelerine ve ağır ceza işlerinde jüriye ait hükümler alınmamak suretiyle vücuda getirilmiştir. Kanunumuzun mehazı olan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü de, birçok noktalarda Fransız kanunundan ve bazı noktalarda eski Cermen usulünden mülhem olmuştur.¹⁷⁹

1412 sayılı CMUK’daki incele konumuzu teşkil eden hükümler değişikliğe uğramadan gelmiştir. Yeni 5271 sayılı CMK ise 17 Aralık 2004 tarihinde yürürlüğe girmiş ve elkoyma koruma tedbiri ile ilgili 123 ile 134.maddeler arasında düzenleme getirilmiştir.

IV. ELKOYMANIN AMACI

Elkoymanın iki temel ve fonksiyonel amacı bulunmaktadır.

Basit elkoyma ile diğer özel elkoyma işlemlerinin amacı, koruma tedbirlerinin amaçlarıyla paralellik göstermektedir¹⁸⁰. Elkoyma işleminin amacı da; işlemin niteliğini ve

¹⁷⁹ Uğuz, 2007, s.40-41

¹⁸⁰ KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.340.

şeklini de belirler¹⁸¹. Elkoyma kararında, elkoymanın yapılmasına yol açan deliller ile birlikte elkoymanın hangi amaçla yapıldığı da gösterilmelidir. Elkoyma;

a. Muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılmasını sağlamak

b. Muhakeme sonucunda verilecek kararın kağıt üzerinde kalmasını önlemek, verilecek kararların uygulanmasını garanti altına almak amacıyla yapılır¹⁸².

CMK'nın 131. maddesi; elkoyma işlemi ileride müsadereye karar verilecek eşya hakkında veya kazanç müsadereye söz konusu olacak ise, suçtan elde edilen kazanç veya eşya hakkında yapılıyor ise müsadere amaçlı elkoyma söz konusudur. Bu amaçla yapılan elkoyma işlemi ile; müsadereye konu olacak eşyaların kaçırılması ve yok edilmesi önlenerek ileride verilmesi muhtemel müsadere kararının kağıt üzerinde kalmasının önlenmesi, müsadere kararının uygulanmasının garanti altına alınması amaçlanır.

CMK'nın 133. maddesi; 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. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyımına verildiği açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur. Kanun uyarınca şirket yönetimine elkonulması kararı, muhakeme konusu olan suçun şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu durumlarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla yani delil elde etmek ve muhakemenin yürütülmesini sağlamak amacıyla yapılır¹⁸³.

CMK'nın 248. maddesi uyarınca yapılacak elkoyma işleminin amacı, kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamaktır. Bu durumda yapılacak elkoyma işlemi bu amaca uygun şekilde kararlaştırılır ve uygulanır. Bu elkoyma işlemi de sanığın mahkemeye gelmesi sağlanarak muhakemenin yürütülmesi amacıyla yapılır.

¹⁸¹ GÖKCEN, Postada Elkoyma, s.49.

¹⁸² ÖZTÜRK-ERDEM, Ceza Muhakemesi, s.552.

¹⁸³ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.148.

V. ELKOYMANIN ŞARTLARI

A. Şüphe

Şüphe Arapça “şubhe” bir kelimedir ve Türkçe sözlük anlamı olarak “kuşku” olarak nitelenmektedir.¹⁸⁴ Osmanlıca Lugatta ise “zihnin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda tereddüt etmesi, hangisinin doğru olduğunu kestirememesi, bir şeyin olup olmadığı hakkında tereddüde düşülmesi” olarak tanımlanmaktadır.¹⁸⁵

Koğuşurma makamlarının “bir suçun işlendiği zehabını verecek bir hale muttali olması” araştırma mecburiyeti ilkesinin gereğinin yapılmasını gerektirir. Bu yapılırken, oranlılık ilkesi daime göz önünde bulundurulmalıdır. Bir suçun işlendiği zehabını verecek hal, örneğin bir delilin ortaya koyduğu hal olabilir. Belli ve yaşanmış somut olaylar, bir suç işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyuyorsa; yetkilileri “bir suçun işlendiği düşüncesine götürüyorsa” ancak o takdirde hazırlık soruşturmasına başlanabilir. Ortada suç işlendiğini gösteren hiçbir delil olmamasına rağmen hazırlık soruşturmasına başlamak ve daha sonra bazı koruma tedbirlerine başvurmak suretiyle temel hak ve hürriyetlere yersiz müdahalelerdi bulunmak, ancak “keyfilik” olarak değerlendirilebilir. Bir suç işlendiği yolunda her hangi bir şüphe yoksa bir koruma tedbiri olan elkoymaya karar verilemez. Bu bakımdan şüphenin ispat vasıtaları sebebiyle de oluşabileceğini göz önünde tuttuğumuzda, gerek kolluk kuvvetlerinin ve iddia makamının soruşturma aşamasında ve gerekse mahkemenin kovuşturma aşamasında muhakemeye dâhil edeceği delilleri toplama şeklinin de usul ve yasalara uygun olması gerektiğini söylenebilir.¹⁸⁶

Şüphe, zihnin birçok düşünce arasında tercih yapma konusunda duraksama yaşamasıdır. Ceza muhakemesinin başlayabilmesi için basit şüphe yeterlidir.¹⁸⁷ Ceza muhakemesi hukukunda şüphe; hazırlık soruşturmasının başında, koğuşurma makamının delillere ve vakıalara dayanan bir tahminidir. Hazırlık soruşturmasının daha sonraki

¹⁸⁴ TDK, “şüphe”, Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <<<http://tdkterim.gov.tr/bts/>>> (Erişim: 25.03.2011)

¹⁸⁵ Ferit Develioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitabevi, Ankara, 1993, s.486

¹⁸⁶ Uğuz, 2007, s.45

¹⁸⁷ Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, 01.02.2010, <<http://www.cagipolisi.com.tr/v1/yazdir.php?art_id=2300>> (Erişim: 25.03.2011)

devrelerinde ve son soruşturmada ise, iddia lehindeki delillerle, savunma lehindeki delillerin yetkililere eşit değerde görünmesi karşısında, bu makamların karar vermede tereddüde düşmeleridir.¹⁸⁸

Ceza muhakemesinde hazırlık soruşturması şüphe ile başlar. Şüphe, kanunumuzda çeşitli şekillerde karşımıza çıkar. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi gereği, suç haberini alan yetkili makamlar derhal soruşturmaya başlamak zorundadır. Böyle durumlarda basit şüphenin varlığından söz edilir. CMK'nın 170/1. maddesinde “*Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir. Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler*” denilmek sureti ile kamu davasının açılabilmesi için yeterli şüphenin bulunması gerektiği şartı aranmıştır. Üçüncü olarak kuvvetli şüpheden bahsedilebilir ki yine Kanunumuz'da sanığın tutuklanması için kuvvetli şüphe şartı aranması da bu duruma örnek teşkil eder.¹⁸⁹

Elkoymanın yapılabilmesi için, elkoyma işlemine konu edilecek eşyanın alınması ile elkoymanın amacına ulaşacağı yolunda yeterli şüphe sebebinin bulunması gerekir. Örneğin, bir hırsızlık suçunun işlendiğine ve bu suçun şüpheli tarafından işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunabilir, ancak şüphelinin suçta kullandığı düşünülen otomobiline elkonulması için, aracın suçta kullanıldığına dair yeterli şüphe bulunmalıdır.¹⁹⁰

Amerika Birleşik Devletlerinde Türk hukukundan farklı olarak, ceza hukuku mahkeme kararlarından biri, makul şüpheye dayanmadan elde edilen delillerin eyalet suçlarının yargılanmasında kullanıldığı ancak federal suçlarda delil değerinin olmadığı yönündedir (Wolf v. Colorado). Bir başka kararında mahkeme, “polis eğer arama kararının hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa ve iyi niyetle hareket ediyorsa elde edilen deliller hukuka uygundur” şeklinde karar vermiştir.¹⁹¹ Fakat elkoyma için ne kadarlık bir şüphenin gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Gerçekten de şüphe kavramı, ceza muhakemesinde,

¹⁸⁸ Gökçen, 1993, s.121

¹⁸⁹ Ölmez, 2008, s.17

¹⁹⁰ Murat Aydın, **Arama ve Elkoyma**, Seçkin Yayınlan, Ankara, 2009, s.150

¹⁹¹ Şevket Güney Çakmak, “Amerika Birleşik Devletleri'nde Verilen Önemli Ceza Hukuku Mahkeme Kararları” <<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/american_karar.htm>>, (Erişim: 25.03.2011)

başlangıç şüphesi, basit şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olarak ayrımlara tabi tutulmuştur.¹⁹²

Türkiye’de muhakeme aşamasında hangi delilin geçerli olacağını / kullanılacağını düzenleyen ve davayı karar verecek hâkim veya mahkeme önüne kullanım kabiliyeti bir evvelki aşamada denetlenmiş deliller ile arz eden bir sistem olmadığından, toplanan deliller kül halinde dava dosyasına konulmakta, usule aykırı toplanmış dahi olsa, olayı açıklayıcı deliller mahkemenin vicdani kanaatine etki etmekte ve nihayetinde anayasal ve yasal düzeyde korunmuş da olsa bir kısım haklar ihlal edilebilmektedir. Adaletin ve suç oluşturan bir fiil sebebiyle bozulan toplumsal barışın tesisi için yapılan muhakeme nihayetinde, varolan bir şüpheye rağmen verilecek mahkumiyet kararı belki suçun mağdurlarını bir nebze teskin edecektir ama, haksız bir mahkumiyet, doğrudan adalet sistemine yönelik bir güvensizlik doğurarak yeni bir toplumsal kaosun tohumlarını atacaktır.¹⁹³

Ceza muhakemesi sırasında elkoyma kararı verebilmek için de bir suç şüphesi bulunması gerekir. Herhangi bir suç şüphesi yoksa elkoyma koruma tedbirine müracaat edilemez. Bir suç işlenmeden verilecek elkoyma kararı önleyici nitelikte bir karar olup, bu duruma verilecek en güzel örnek genel kolluk tarafından yapılan önleyici tedbir uygulamasıdır.¹⁹⁴ Fakat bu uygulamada şüphenin değişikliğide önem arz etmektedir. Bu açıdan delillerin kuvvet derecesine göre şüphenin tasnifi yapılmıştır.

1. Basit Şüphe

Ceza muhakemesi basit bir şüphe ile başlar ve şüphenin yenilmesiyle sonuca ulaşılır. Soruşturma evresinin başlayabilmesi ve şüpheli sıfatının ortaya çıkabilmesi için, basit başlangıç şüphanin somut verilere dayanması gerekir. Belli ve yaşanmış somut olaylara dayanmadan ortaya çıkan basit şüphe, sadece bir tahminden ibarettir.¹⁹⁵ Basit

¹⁹² Akbulut, 2009, s.79

¹⁹³ Gürkan Biçen, “Ceza Muhakemelerinde Şüphe Kavramı Üzerine Bir Deneme”, 17.10. 2007, <<<http://gurkanbicen.blogspot.com/2007/10/ceza-muhakemelerinde-phe-kavrami-zerine.html>>> (Erişim: 25.03.2011)

¹⁹⁴ Ölmez, 2008, s.17

¹⁹⁵ İpekçioğlu, 2010

şüphe, şüphenin en hafif derecesidir. Kriminal biliminin verilerine göre, bir fiilin koğuşturulabilir bir nitelik arzetmesi halinde, basit şüphenin varlığından söz edilir. Bu ise ancak belli ve somut olayların bu fiilin suç olduğu yolunda bir şüphe ortaya koyması ile mümkündür. Bu hal kanunumuzun (CMUK) 153/1.maddesinde “bir suç işlendiği zehabını verecek hale muttali olmak” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı husus yine 152/2.paragrafında “zureichende tetsaechliche Anhaltspunkte yeterli mesnet noktaları” ve 160/1.paragrafında “suç şüphesi” olarak ifade edilmiştir. Bu maddelerde basit şüphe adeta tarif edilmektedir.¹⁹⁶ Yeni CMK Madde 160/1’de “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” şeklinde düzenlenmiş ve “suçun işlendiği izlenimini veren hal” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁹⁷

Yine CMK’nın Bir Suçun İşlendiğini Öğrenen Cumhuriyet Savcısının Görevi başlıklı 160. maddesi; “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. Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ... yükümlüdür” hükmü bulunmaktadır. Kanunun lafzından da anlaşılacağı gibi, suç işlendiği izlenimi veren bir şüphe olmadan ceza muhakemesi başlamayacağına göre, bir koruma tedbiri olan elkoyma da söz konusu olmayacaktır. Ancak, bir suçun işlendiğine dair basit bir şüphe ve hatta kuvvetli bir şüphe sebebi bulunmasına rağmen, elkoyma işlemine konu olacak eşyanın alınması ile elkoymanın amacına uygun hareket edilmiş olacağını gösteren delil ve bu delile dayalı şüphe olmayabilir.¹⁹⁸

2. Makul Şüphe

CMK’nın 129/1. maddesi gereği suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluşta bulunan

¹⁹⁶ Gökçen, 1993, s.123-124

¹⁹⁷ Uğuz, 2007, s.46

¹⁹⁸ Akbulut, 2009, s.80-81

gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir. Postada elkoymaya ilişkin olarak kanunda aranılan şüphe konusunda ayrıca bir düzenleme olmamakla birlikte işlenen suçun niteliği veya ağırlığı ne olursa olsun, postada elkoyma için basit şüpheden ziyade makul bir şüphenin bulunması gerekmektedir.¹⁹⁹

Makul şüphe, AÖAY nin 6. maddesine göre, hayatın akışına göre somut o/ay/ar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Bu cümleden anlaşılması gereken, söz konusu somut durum veya olay karşısında genel deneyim kurallarına göre genellikle ortaya çıkan 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 bulundurularak belirlenir.²⁰⁰

Şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabilmesi için makul şüphe bulunmalıdır. Makul şüphe “şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda” olmalıdır (CMK 116). Ceza muhakemesinin başlayabilmesi için “şüphe” mevcut bulunmalıdır. Bu şüphe herkesi inandırabilecek “somut olaylara” dayanmalıdır. Ancak makul şüphe bazen zayıf, bazen kuvvetlidir. Şüphe kuvvetlenirse “isnat” halini alır. Aranılan şeylerin suçla bağlantılı olduğu ve bu şeylerin aranacak yerde bulunduğu “umulması” durumunda makul şüphe oluşur.²⁰¹

3. Yeterli Şüphe

Diğer kişiler nezdinde gerek yakalama araması, gerekse delil araması yapabilmek için, şüpheli veya sanığın söz konusu yerlerde yakalanabileceğine dair makul şüphe yeterli olmadığı gibi, delil aramasında da genel olarak suç delillerinin bu yerlerden elde edilebileceğine dair makul şüphe yeterli değildir.²⁰² Bu durum elkoyma içinde geçerlidir. Söz konusu durumların oluşabilmesi için yeterli şüphe gerekmektedir. Nitekim savcının, “suç işlendiği izlenimini veren hal mevcut bulunup bulunmadığını” belirlerken, önemli bir

¹⁹⁹ Yıldız, 2010, s.152

²⁰⁰ Serap Keskin Kızıroğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:58, Sayı:1, 2009, s.148

²⁰¹ Feridun Yenisey, **Yeni Ceza Adalet Sistemi**, Ulus Basım Yayın, İstanbul, 2006, s.66

²⁰² Cumhuriyet, 2007, s.242

takdir yetkisine sahip bulunduğu bilinmelidir. Savcı bu konudaki değerlendirmesini yapmak üzere “inceleme” yapabilir ve soruşturmaya başlamak üzere “suç işlendiği izlenimini veren hal” mevcut bulunup bulunmadığını denetleyebilir.²⁰³ Savcı delilleri değerlendirirken yapılacak bir duruşmada sanığın mahkûm olması ihtimalinin, beraat etmesine nazaran daha kuvvetli bulunduğu sonucuna varırsa, yeterli suç şüphesi var demektir ve ceza davasının açılması mecburidir.²⁰⁴ Bu durumda eldeki delillere, nazaran, yapılacak muhakemede sanığın mahkum olması ihtimali beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüphenin varlığı kabul edilir.²⁰⁵

4. Kuvvetli Şüphe

Kişiye suç işlenirken rastlanılması veya suçüstü sayılan hallerde, öncelikle tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış bir suç söz konusu olmalıdır. Herkese tanınan yakalama hakkının kullanılabilmesi için, kanun koyucu kişiye suçu işlerken rastlanılmasını yeterli görmüştür. Suçüstü sırasında rastlanılan kişinin, suçluluğu hakkında kuvvetli şüphenin bulunduğu hususunda tereddüt yoktur. Bununla birlikte, herkesin yakalama yapabileceği ikinci halde ise suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli şüphe bulunması yanında, kaçma tehlikesinin var olması veya kimliğinin belirlenememesi de gerekmektedir. Ancak izlemenin mutlaka suçüstü fiili ile başlaması gereklidir.²⁰⁶

Kanun bazı koruma tedbirleri bakımından kuvvetli şüphe bulunması mecburiyetini şart koşmaktadır. Tutuklamada (CMUK madde 104: Kuvvetli emareler), yakalamada (madde 127/1) ve zorla getirmede (madde 133) kanun koyucu, kamu davası açılması için gerekenden daha kuvvetli şüphe aramıştır. Kanundaki bu duruma göre tutuklama, yakalama (zabitanın re'sen yakalaması dâhil) ve zorla getirme gibi koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için, sanığın ileride mahkûm olması kuvvetli bir ihtimal olarak gözükmelidir. Kişi özgürlüğünü kısıtlayan bu işlemler, ancak bu şartla uygulanabilen

²⁰³ Yenisey, 2006, s.16

²⁰⁴ Öztürk, 1991, s.144

²⁰⁵ Gökçen, 1993, s.126

²⁰⁶ Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9, Özel Sayı, 2007, s.1218

koruma tedbirleridir. Kuvvetli delil bulunmasının anlamı, suçun varlığının kesin gibi kabul edilmesidir.²⁰⁷

Örneğin, kişinin üzerinde bulundurduğu ruhsatlı silahının, bir suçta kullanıldığına dair basit bir şüphe olması o silaha elkonulmasını gerektirmez.²⁰⁸ Burada şüphenin kuvvetli olması gerekir. Yani mevcut delillere göre, yapılacak muhakeme sonunda sanığın mahkûm alma ihtimali kuvvetle muhtemel ise kuvvetli şüpheden söz edilir.²⁰⁹

B. Elkoyma Kararının Bulunması

Elkoyma işlemi, kural olarak hakim kararı ile mümkündür. Soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise, olaya bakan mahkeme elkoyma kararı verir.²¹⁰ Bu kuralın istisnasını, 1982 Anayasa'sının 20. maddesi 2001 yılında değiştirilmiş ve kişilerin üstü, özel kağıtlar ve eşyada elkoyma konusunda son derece ilginç ve yeni düzenlemelere yer verilmiştir.²¹¹ “*Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar*” (Anayasa md. 20).

5353 sayılı kanunla değişik CMK m. 127 düzenlenmektedir. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda C. Savcısı, C. Savcısına ulaşamaması durumunda ise kolluk amirleri elkoyma emri verebilirler. İster elkoyma karar, isterse emri söz konusu olsun, bunun yazılı olması gerekir. Gecikmede sakınca bulunması nedeniyle C. Savcısı, ona ulaşamaması durumunda da kolluk amiri tarafından elkoyma emri verilmesi

²⁰⁷ Uğuz, 2007, s.49

²⁰⁸ Ölmez, 2008, s.18

²⁰⁹ Gökçen, 1993, s.125

²¹⁰ Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.283

²¹¹ Öztürk, 2006, s.547; Akbulut, 2009, s.81

durumunda elkoymanın 24 saat içinde hakim onayına sunulması gerekir.²¹² Hâkim kararı yazılı ve Anayasa m. 141/3 ve CMK m. 230/4 gereği gerekçeli olmalıdır. Fakat kanunun 1 Nisan’da yürürlüğe girişinin ertelenmesinden sonra yapılan hazırlıklarda 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı CMK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 16. maddesi ile “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savasına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri*”nin de el koyma işlemi gerçekleştirilebileceği hükmü konulmak suretiyle, uyum yasaları çerçevesinde Anayasamızda yapılan değişiklikler göz ardı edilerek ve hatta 2001 Tasarısı’nın getirmiş olduğu düzenlemenin de gerisine gidilmek suretiyle “*Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hal*” gibi günümüz Türkiye’inde fiiliyatta çok nadir hallerde gerçekleşebilecek olan bir hal kabul edilerek kolluk görevlilerine de el koyma yetkisi tanınmıştır.²¹³

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde²¹⁴ Cumhuriyet savcısının emriyle de elkoyma yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emriyle elkoyma yapılabilmesi için ise gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olması ve savcıya ulaşamaması gerekmektedir. Kolluk görevlisinin açık kimliği tutanağa geçirilir. Elkoyma işlemi hakim kararına dayanmıyorsa yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur ve hakim de kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklamazsa elkoyma kendiliğinden kalkar. Bu durumda elkonulan eşyanın zilyedine iadesi gerekir. Hakimin ayrıca iade kararı vermesine gerek yoktur. Elkoyma suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir. Askeri mahallerde yapılacak elkoyma işlemi savcının istem ve katılımıyla askeri makamlarca ifa edilir (CMK m. 127).

C. Elkoymaya Konu Eşyanın Bulunması

Eşya, belli bir ağırlığı, hacmi ve ekonomik değeri olan ve üzerinde hakimiyet kurulması mümkün olan her türlü varlık olarak tanımlanabilir.²¹⁵ Günlük dilde kullanılan eşya ile hukuk biliminin konusu olan eşya kavram olarak birbirinden farklı manâlara gelmektedir. Hukuki açıdan eşya, “maddi bir varlığa sahip olup üzerinde hâkimiyet

²¹² Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, 2010, s.445

²¹³ Ünver ve Hakeri, 2011, s.414

²¹⁴ “Gecikmesinde sakınca bulunan hal” tanımı için bkz. Arama Yönetmeliği m.4.

²¹⁵ Ölmez, 2008, s.19

kurulması mümkün olan, sınırlanabilen, kişi dışı²¹⁶, ekonomik değer taşıyan her türlü varlık” olarak tanımlanabilir.²¹⁷ Elkoymaya konu eşya, taşınır olabileceği gibi(suçun işlendiği silah, sahte para, hakaret veya tehdit içeren mektup gibi), taşınmaz (arsa, arazi, konut gibi) da olabilir, Elkonulacak eşya taşınır ise, zilyedin elinden alınır, taşınmaz ise tapu kaydına şerh verilir.²¹⁸

Bir eşyanın elkoymaya konu olabilmesi için, o eşyanın alınması ile amaçlanan hususun gerçekleşme ihtimalinin bulunması gerekir. Yani, elkoyma hangi amaçla yapılıyor ise, söz konusu eşyanın alınması ile o amaca ulaşılacağı konusunda yeterli şüphe sebebinin de bulunması gereklidir.²¹⁹

Elkoymanın konusu CMK m. 123/1’de belirtildiği üzere, deliller ve eşya ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleridir. Müsadereye konu olan eşyadan kasıt ise, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan eşya veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşya ya da suçtan meydana gelen veya suçun işlenmesinde kullanılmak için hazırlanan eşyadır (TCK m. 54/1). TCK 55. maddede düzenlenen kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan; suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi yararlar ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar da elkoyma veya muhafaza altına almanın da konusunu oluşturmaktadır.

Öte yandan müsadereye tabi olan eşya iki grupta mütalaa edilmelidir. Birinci grupta, failin mahkumiyeti koşuluna bağlı olarak, suçta kullanılan ya da kullanılmak üzere hazırlanan ya da suçun işlenmesinden meydana gelen eşya, fiilde methali olmayan kişilere ait olmamak koşuluyla, elkoyma konusu olabilir. Böyle bir eşyaya elkonulduktan sonra, fail mahkum olduğunda bu eşya müsadere edilecektir (TCK, 36/1). İkinci grupta, yasadaki sayılmış olan bazı nesnelere, bir ceza mahkumiyeti olmamasına ve faile ait olmamasına rağmen, elkoyma ve müsadereye konu olacaklardır. Bu nesnelere, kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması suç teşkil eden nesnelere (TCK, 36/2). Hatta taşınması yasak olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde de elkoyma ve

²¹⁶ Bilge Öztan, **Medenî Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 590

²¹⁷ Şeref Ertuş, **Eşya Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.53

²¹⁸ Hakan Evcin, “Elkoyma”, <<http://hakanevcin.blogspot.com/2007/11/elkoyma.html>>(Erişim: 25.03.2011)

²¹⁹ Akbulut, 2009, s.90

müsadere uygulanacaktır (TCK, 36/son). 1412 sayılı CMUK'a göre elkoymaya sadece maddi varlığa sahip eşya konu olabilirken, CMK eşya müsaderesinin yanı sıra kazanç müsaderesine konu olan malvarlığı değerlerine de elkonulma imkanı getirmiştir.²²⁰

Sonuç olarak bir eşyanın elkoymaya konu olabilmesi için o eşyanın alınması ile amaçlanan hususun gerçekleşme ihtimalinin bulunması gerekir. Elkonulması hukuka aykırılık teşkil ediyorsa elkoyma işlemi yapılmaz. İnsan vücudu eşya niteliğinde olmadığından elkoymaya konu olamaz ama insan vücudundan delil elde edilmesi mümkündür. Kan, tırnak, saç, idrar vs. delil elde etmek için vücuttan alınır ve inceleme yapmak için bunlara elkonulur.²²¹ Ceset, ceset parçaları ve düşük, kadük (ölu doğan cenin) delil olma ihtimali bulunduğu takdirde, hukuk devleti ilkesi, oranlılık ve insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi göz önünde bulundurulmak suretiyle elkoymaya konu olabilir.²²²

D. Elkoymaya Yasak Eşyanın Söz Konusu Olmaması

Yasa ceza yargılamasında gerçeğe ulaşmak için elkoyma önlemine başvurulmasını kabul etmiş olmasına rağmen, bazı kişilere ait eşyalara ve devlete ait eşyalara elkoymanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu maddede kişisel çıkarlarla toplumsal çıkarları tartmış ve kişisel çıkarların korunması gerektiği sonucuna varmıştır. Nitekim Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek için faydalı görülen her türlü eşyaya elkonulabilir. Delil olan her şey elkoymanın konusuna girer. Ancak, hukuk düzeninin tanımadığı, delil yasakları içinde kalan, gerçekçi olmayan, yani beş duyumuzla algılanamayan, akıl ve mantık kurallarına aykırı, suç ile ilgili olayı aksettirmeyen araçlar delil niteliğini haiz sayılmazlar ve bu durumda eşyaya elkonulamaz.²²³ Elkoyma işlemiyle meydana gelen zarar, bu amaçların gerçekleşmesiyle elde edilen yarardan açıkça oransız ise elkoyma yasağı söz konusu olur. Yasağın konusu mektup ve belgelerdir. Mülga CMUK 89. madde sadece mektuplardan bahsetmekteyken yeni CMK m. 126 ise "diğer belgeler" diyerek, bu konuda bir genişletme yapmıştır. Yazılmış ancak gönderilmemiş mektuplar,

²²⁰ Yurtcan, 2004, s.453

²²¹ Aydın, 2009, s.154

²²² Gökçen, 1994, s.80; Akbulut, 2009, s.90

²²³ Gökçen, 1993, s.361; Ölmez, 2008, s.19

plan, kroki ve notlar da bu kapsamdadır. Elektronik posta yoluyla haberleşme ise CMK m. 135 kapsamında kalır.

Bazı kişiler arasındaki yazışma ve basın araçlarına elkonulamaz. CMK m. 126 gereğince, CMK 45 ve 46. maddeleri uyarınca tanıklıktan çekinebilecek kişilerle şüpheli veya sanık arasında gönderilen mektup ve belgelere bu kimselerin nezdinde buldukça elkonulamaz. CMK m. 45'te geçen; nişanlı, evlilik birliği kalmasa da karı veya koca, kan hısımları veya kayın hısımlarından üstsoy ve altsoyu, 3. dereceye kadar (bu derece dahil) kan hısımları ile ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) kayın hısımları, evlatlığı ve evlat edinileni ile CMK 46. maddede geçen, avukat, avukat stajyeri ve yardımcıları, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer tıp meslek ve sanat mensupları, mali müşavirler, noterler ile sanık veya şüpheli arasındaki mektup ve belgelere elkonulamaz.

Mülga CMUK gereği sanığın babasına gönderdiği ve babasının elinde olan mektuba, ancak babasının suça iştirak etmiş olduğu ya da oğlunu sakladığı şüphesi varsa elkonulabiliyordu ama yeni CMK'ya göre tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişi şüpheli durumunda olsa dahi belge ve mektuplara elkonulamayacaktır.²²⁴ Terörle Mücadele Yasası kapsamındaki suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafinin savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheliyle yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tabi tutulamaz (TMK m. 10/e).

Sonuç olarak elkoyma yasakları ile şartları CMK ve diğer kanunlarda düzenlenmiştir. Kolluk elkonulması yasak olan eşyalara dikkat etmek zorundadır. Zira, söz konusu elkoyma işlemi, hukuka aykırı olacak ve elde edilen eşyalar delil olarak kullanılamayacaktır.²²⁵

E. Elkoyma Kararını Vermeye Yetkili Merciler

Elkoyma kural olarak, hakim kararıyla olur. Soruşturmada sulh hakimi, duruşma hazırlığı devresinde başkan, duruşma ve son karar devresinde ise mahkeme yetkilidir.

²²⁴ Aydın, 2009, s.157

²²⁵ Akbulut, 2009, s.91

Ancak, bu kuralın istisnaları olarak gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısı, ona ulaşamayan hallerde de kolluk amirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. Hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur.²²⁶ Bu hakim kararını elkoymadan itibaren 48 saat içinde açıklar, aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.²²⁷ Görüldüğü üzere, Kanun, elkoyma İşleminin hakim bir biçimde bilgi sahibi olmasını aramaktadır. Hakim elkoymaya kendisi karar verdiğinde zaten elkoyma işleminin yapılacağından haberdardır. Bu nedenle bu durumda ayrıca bir bildirim ihtiyacı görülmemiştir.²²⁸

Kolluk amirinin yazılı emri ile icra edilen elkoymanın sonuçları Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir. Bu bildirim yükümlülüğü arama bakımından açıkça Kanunda yer aldığı halde (m. 119/1), elkoyma bakımından böyle bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak bu bir eksiklik değildir. Çünkü, aramanın sonucu her durumda Cumhuriyet savcısına bildirileceğine göre, suç delillerinin elde edilmesi amacıyla yapılan aramanın sonunda, elkoymanın konusunu oluşturacak olan bu delillerin bulunup bulunmadığı, dolayısıyla bunlara dkonulup elkonulmadığı da bildirilmiş olacaktır. Kaldı ki, soruşturmanın sevk ve idaresinin Cumhuriyet savcısına ait olması da, böyle bir bildirim zorunlu kılmaktadır. Elkoyma karar veya emri tek başına verilebileceği gibi, arama yetkisi ile birlikte de verilebilir.²²⁹

Zilyetliğinde bulunan eşya ve değerlerine elkonan kimse, hakimden her zaman bu konuda karar verilmesini isteyebilir (CMK m. 127, AY m. 20/2, 21). 127. maddenin 5. fıkrasında şu şekilde: “*Elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir*” ifade yer almaktadır. Elkoyma kararının hâkim tarafından verilmesinin nedeni mal güvencesini teminat altına almaktır. Gerçekten kişinin mal ve can güvenliği bağımsız hakim kontrolünde olmalıdır. Aslında can ve mal güvenliğinin teminatı hakim bağımsızlığıdır.²³⁰

²²⁶ Pınar Ökten, **Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.67

²²⁷ Yurtcan, 2004, s.453

²²⁸ Şahin, 2007, s.251

²²⁹ Şahin, 2007, s.250-251

²³⁰ Soyaslan, 2007, s.278

Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya saklandığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri, araçları, gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir ve tespit edilen kaçak eşyaya elkonulur. Yargıtay 1940 tarihinde “*Köy ihtiyar heyetinde jandarmanın zabıtai adliye vazifesiyle de mükellef olmalarına göre CMUK’taki hükümler dairesinde meskende arama yapma yetkileri vardır*” şeklinde karar vermiştir.²³¹

Diğer taraftan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanması hakkında kanunun uygulamasında Maliye Bakanlığınca yürütülecek işlemlere ilişkin yönergenin arama ve elkoyma başlıklı 29. maddesinde;

“(1) Ön inceleme ile görevlendirilenler. Ön incelemeye konu olayda ispat vasıtası olabilecek her türlü resmi belge ve eşyayı, resmi daire sınırları içinde olmak kaydıyla muhafaza altına alabilirler.

(2) Resmi dairede bulunmakla birlikte söz konusu evrakın kapsamının açıklanması memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edilirse bunların gösterilmesi ve teslimi istenmez. Su kadar ki bu açıklama yeterli görülmez ise Bakanlık kanalıyla o dairenin bağlı olduğu Bakanlıktan izin istenebilir.

(3) ispat vasıtası olabilecek her türlü belge veya eşyanın, hakkında ön inceleme yapılanın, üstünde, şahsi çantası veya bilgisayarında, konutunda veya sair mahallerde bulunduğu dair kuvvetli şüphe var ise ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı kanalıyla (Örnek No:28) yetkili mahkemeden karar almak kaydıyla belirtilen yerlerde arama yapılarak, bunlara da el konulabilir.

*(4) Hakkında ön inceleme yapılan ile tanıklıktan çekinmeye hakkı bulunan kimseler arasında teati olunan mektuplar, bu kimselerin yanında ise elkonulamaz”.*²³² İfadeleri yer almaktadır.

²³¹ Ökten, 2010, s.68

²³² “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulamasında Maliye Bakanlığınca Yürütülecek İşlemlere İlişkin Yönerge”, Maliye Bakanlığı, 2011, s.12, <<http://www.maliye.gov.tr/defterdarliklar/agri/4483_yonerge.pdf>> (Erişim: 25.03.2011)

F. Elkoymaya Maruz Kalabilecekler

CMUK madde 86 karşısında bunlar delil niteliğinde olan veya müsadereye tâbi bulunan bir eşyayı elinde bulunduranlardır. Demek ki sadece sanıklar değil sanıktan başka kişiler, bu arada 3.kişiler de bu işleme maruz kalabileceklerdir. Şayet elkoyma işleminin muhatabı olayla hiçbir ilgisi bulunmayan ve elkonulacak eşyaya tesadüfen, belki de iyi niyetle zilyet olan 3.kişi ise, Elkoymanın şartları konusunda daha titiz davranılması gerektiği açıktır; zira oranlılık ilkesi bunu gerektirir. Böyle bir durumda suç şüpheleri yoğunlaşmadan ve işlemin amacına ulaşacağından emin olunmadan elkoyma cihetine gidilmemelidir. Elkoyma işleminin ırcasında büyük bir özenle gerçekleştirilmelidir.²³³

Sadece sanıklar değil, üçüncü kişiler de elkoyma işlemine maruz kalabilir. Delil niteliğinde olan veya müsadereye tabi bulunan bir eşyayı elinde bulunduranlar CMK m. 123'e göre elkoymaya maruz kalırlar. Oranlılık ilkesi gereği elkoyma işlemiyle ilgili olayla bir alakası olmayan ve eşyaya tesadüfen zilyet olan üçüncü kişiye, elkoymanın şartları konusunda daha titiz davranmak gerekir. Aksi halde durum, CMK m. 141 kapsamında tazminat gerektirir.²³⁴

G. Elkoyma Kararının Şekli ve İçeriği

Anayasamıza göre elkoyma işlemi yazılı bir karar veya emre dayanmak zorundadır (Anayasa m. 20, 21). Elkoyma işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta işlemi gerçekleştiren kolluk görevlisinin açık kimliği yazılır (CMK madde 127/2). Öte yandan elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmi mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur (CMK 121/3). El koyma kararı duruşma esnasında verilebileceği gibi, diğer zamanlarda da verilebilir. Karar yazılı olmalıdır. Ancak bu husus acele hallerde hâkimin kararını, telefon, telgraf veya sözlü olarak savcılığa iletmesine mani değildir. Eğer hâkim kararın infazında bizzat bulunacaksa, tamamlayıcı talimatları Elkoymanın icrası sırasında verebilir. Duruşma devresi dışında elkoyma kararı dosya üzerinden verilir. Karar mutlaka gerekçeli olmalıdır (AY madde 141, CMUK madde 32).

²³³ Uğuz, 2007, s.70

²³⁴ Ökten, 2010, s.57

Diğer yandan Kanun, Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan elkoyma işleminde hakim onayına sunulmayı şart koştuğu halde, arama kararı bakımından bu koşul öngörülmemiştir. Şahin'e göre elkoyma amaçlı olarak yapılan aramada suç delili elde edilememişse elkoyma işleminin yapılmadığının bildirilmesine gerek yoktur.²³⁵ Elkonulan eşyanın karışmasına ve değiştirilmesine mani olmak için mühürlenir. Eşyanın listesinin oluşturulması için hâkim kararına gerek yoktur. Elkoyma muamelesi sırasında hazır bulunan kişilerde mühürleyebilirler. Eşyanın listesinin bir sureti, nezdinde elkoyma yapılan kimseye isterse verilir (CMK 121/1). Elkoyma zor ile yapılan bir muamele olduğundan hakim kararı ile de olsa kolluk marifetiyle yapılır. Askeri yerlerdeki elkoymayı Askeri makamlar yapar.²³⁶

VI. ELKOYMANIN ÇEŞİTLERİ

A. Basit Elkoyma

İspat vasıtalarından olup ta faydalı görülen veya müsadereye tabi bulunan eşyanın, eşyayı elinde bulunduranın rızası bulunmamasına rağmen, adliyenin eli altına alınmasına “basit elkoyma” denmekte, bu işlem zilyedin rızası ile yapıldığında da “muhafaza ve emniyet altına alma” olarak anılmaktadır.²³⁷ Bu açıdan, CMK'nın 123. maddesinde aslında basit elkoymaya ilişkin düzenlenmelere yer verilmiştir. Bu itibarla, basit elkoyma bir koruma tedbiri olan elkoymanın en temel şeklini oluşturmaktadır.²³⁸

CMK m.123, kamu davasında delil değeri olan veya eşya ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin muhafaza altına alınması yetkisini düzenlemektedir. Bilindiği gibi, müsadere TCK m. 54. ve 55'te eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. TCK'daki bu değişikliğe paralel olarak CMK m. 123'te yeni bir elkoyma türü olarak kazanca da elkonulabilir. Böylece yalnızca delil değeri olan eşya üzerinde değil, elkoymanın amaçlarından biri olan alınacak

²³⁵ Şahin, 2007, s.251; Ökten, 2010, s.57

²³⁶ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2006, s.939; Uğuz, 2007, s.70

²³⁷ Cihan ve Yenisey, 1998, s.256; Uğuz, 2007, s.70

²³⁸ Öztürk - Erdem - Sırma - Saygılar, 2006, s.432; Özbek, 2005, s.367; Yıldız, 2010, s.113

hükümün kâğıt üzerinde kalmasını önlemeyi sağlayacak kazançla elkonulmasına da olanak sağlanmaktadır.²³⁹

CMK m. 124'te, m. 123'te yer alan koruma tedbirine uymayanlara uygulanacak yaptırım gösterilmektedir. Her koruma tedbiri, içinde potansiyel bir zorlamayı barındırır. Bunun sonucu olarak da eşyanın öncelikle yanında bulundurandan teslimi istenecek, eğer verilmezse elkonulacaktır. Buna uyulmamasının yaptırımını CMK m. 60, 3 ayı geçmemek üzere zorlama amaçlı bir hapis olarak öngörmektedir. CMK m. 125, tartışmalı konulardan *devlet sırrı* ve izin konularını düzenlemektedir. Devlet sırrı, CMK m. 47'de açıklığa kavuşturulmuş olup, bu hükme göre, *“bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır”*. CMK m. 125'e göre bir suç olgusuna ilişkin bilgi içeren belgeler devlet sırrı olduğu beyanıyla mahkemeden gizlenemez. Bu nitelikteki bilgileri içeren belgeleri ancak mahkeme inceler ve belgenin yalnızca kovuşturma konusu suçu açıklığa kavuşturacak kısmı açıklanarak kullanılabilir. Ayrıca bu maddenin uygulanabilmesi için bir alt sınır öngörülmektedir.²⁴⁰

B. Özel Elkoyma

1. Basılmış Eserlere Elkoyma

Basın özgürlüğünün önemi, toplumun haber alma hakkı ve demokrasi standardının yüksek olması açısından basın araçlarına elkonulması özel bir öneme sahiptir. Bu nedenle basın araçlarına, basılmış eserlere elkoyma ve bunların müsadereyi Anayasa ve kanunlarda özel olarak düzenlenmiştir.²⁴¹ Basılmış eserlere, delil elde etmek ya da müsadereyi mümkün kılmak amacıyla elkonulabilir.²⁴²

²³⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, 2010, s.447

²⁴⁰ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, 2010, s.447

²⁴¹ Akbulut, 2009, s.98

²⁴² Şahin, 2007, s.264

Delil elde etmek için basılmış eserin tümüne elkoymaya gerek yoktur. Basın Kanunu'nun 25/1. maddesinde “*Soruşturma için sübut vasıtası olarak her türlü basılmış eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kolluk elkoyabilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Basılmış esere bu şekilde elkonulmasına, doktrinde “basılmış eserlere basit elkoyma” da denilmektedir.²⁴³

Basın Kanunu 13. madde gereğince basılmış eser yoluyla işlenen fiillerden doğan zarardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi, yayın sahibi veya temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ve yayımcı, yayımcının belli olmaması halinde basımcı müteselsilen ve müştereken sorumludur. Basın Kanunu m.25 uyarınca, delil değeri olan bir basılmış eser söz konusuysa, bu eserin en çok üç nüshasına elkonulabilir. İkinci fıkra uyarınca ise basılmış eserin tümüne elkoymak için; Suçla ilgili olarak soruşturma veya kovuşturma başlatılmış olmalı, Söz konusu suç Basın Kanunu m. 25/2 de yer alan suçlardan olmalıdır. Bu toplatma kararı bir hakim tarafından verilmelidir. Yeni Basın Kanunu atıflarını eski TCK'ya yapmıştır ancak atıfların yürürlükteki TCK'nın maddelerine yapılmış sayılacağı açıktır.²⁴⁴

Elkoyma kararının verilebilmesi için, soruşturma veya koğuşturmanın başlamış olması gerekir. Her iki halde de elkoyma kararını hâkim verecektir. Bu işlemler büyük çoğunlukla fiilen basılmış eserler dağıtıldıktan sonra gerçekleştirileceğinden, dağıtılan eserleri yeniden toplamak kolay olmayacaktır.²⁴⁵ Basın Kanununa göre, hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli ya da süresiz yayınların ikinci fıkradaki suçları içerdiğine dair kuvvetli delil bulunursa, başsavcılığın talebiyle sulh ceza hakiminin kararıyla yasaklanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar yirmidört saat içinde hakim onayına sunulur ve kırksekiz saat içinde onaylanmazsa karar hükümsüz kalır. Yasaklanmış gazete ve yayınları bilerek dağıtanlar veya satışa sunanlar eser sahibi gibi sorumludur.²⁴⁶

Anayasanın 28. maddesinde haber veya yazıların yayınlanması halinde tedbir yoluyla dağıtımı, hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca olan hallerde yetkili merciin

²⁴³ Yıldız, 2010, s.131

²⁴⁴ Ökten, 2010, s.58

²⁴⁵ Soyaslan, 2006, s.283

²⁴⁶ Öztürk, Erdem, Sırma, Saygılar, 2006, s.449

emriyle önlenabilir (Anayasa m. 28/1). Yine Anayasanın 5170 sayılı Kanun ile değişik 30. maddesi uyarınca: “*Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.*” Dağıtımın önlenmesi toplatmadan farksız olup, merci kararını yirmidört saat içinde yetkili hakime bildirir ve hakim bu kararı kırksekiz saat içinde onaylamazsa dağıtımı önleme kararı hükümsüz kalır (Anayasa m. 28/5). Süreli veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır (Anayasa m. 28/8). Türkiye’de yayımlanan süreli yayınların, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan olması halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır (Anayasa m. 28/9). Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin ikinci fıkrada belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde, bunların Türkiye’de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile yasaklanabilir.²⁴⁷

2. Postada Elkoyma

Haberleşmenin gizliliği anayasanın korunması altındadır. Haberleşme gizliliği kural olduğundan, kanunun açıkça gösterdiği haller dışında haberleşme ihlal edilemez.²⁴⁸ Haberleşme özgürlüğü, Anayasada güvence altına alınmış temel haklardandır ve kural olarak haberleşme gizliliği esastır (Anayasa m. 22). Anayasada “Özel hayatın gizliliği ve korunması” başlığı altında düzenlenen haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmenin gizliliği esasına, suçlulukla mücadele edebilmek için sınırlamalar getirilmiştir. Çünkü suç işlenirken, toplum hayatına yeni giren haberleşme araçlarından yararlandığı bir gerçek olduğuna göre, bu araçlarla yapılan haberleşmelerin de ceza yargılaması birimleri tarafından, failleri ortaya çıkarmak amacıyla denetlenmesi de doğaldır. Hemen her ülke ceza yargılama yasalarında bulunan “postada elkoyma” hükümleri, böyle bir ihtiyacı karşılamak için yasalara girmiştir.²⁴⁹ Postada elkoyma, “posta hizmeti veren her türlü resmî

²⁴⁷ Yıldız, 2010, s.133

²⁴⁸ Haydar Erol, *Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması*, 2006, s.251

²⁴⁹ <<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/185.doc>>> (Erişim: 25.03.2011)

veya özel kuruluştta bulunan gönderilerden ispata yarayacak nitelikte olanların adliyenin eli altına alınmasıdır.” şeklinde tanımlanabilir.²⁵⁰

Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştta bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile el konulabilir (CMK 129/1). Yeni CMK postada elkonulan gönderileri hangi makamın inceleyeceğini düzenlemedi. Kolluk memurlarının gönderilerin içinde buldukları zarflan veya paketleri açması yasaklandı (CMK 129/2), ama incelemeyi teslim edilen Cumhuriyet savcısının mı, yoksa hâkimin mi yapacağı söylenmedi.²⁵¹

Kolluk amirine bu tedbir ile ilgili herhangi bir yetki verilmemiştir. Postada el koyma sadece resmi kuruluşların gönderileri değil, her türlü özel kuruluştta bulunan gönderiler bakımından da mümkündür (CMK 129). Böylece kargo şirketleri gibi kurumlardaki gönderilere de el konulabilecektir. Aynı şekilde otobüs seyahat firmalarına teslim edilerek gönderilen şeylere de el konulması mümkündür. Fakat özel bir kişiye teslim edilmiş şeyler gönderi kapsamında kabul edilemeyecektir. El koyma bakımından gönderinin ticari amaçla teslim edilmiş veya taşınmış olması gerekmemektedir.²⁵²

3. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma

Ceza yargılamasının amaçlarından birisi de verilecek kesin hükmün uygulanabilirliğini sağlamaktır. Bazı kesin hükümler, elde edilen malların veya suçta kullanılan eşyaların müsaderesi şeklinde olabilmektedir. Bu nitelikteki hükümlerin uygulanabilmesi için, suçtan elde edilen ve suçta kullanılan malların ve eşyaların muhafaza edilmesi gerekir. Malvarlığına elkonulan kişi artık mal varlığı üzerinde tasarruf etme hakkını ve sağılar arası işlem yapma yetkisini kaybeder.²⁵³

²⁵⁰ Yıldız, 2010, s.119

²⁵¹ Uğuz, 2007, s.98

²⁵² Ünver ve Hakeri, 2011, s.418-419

²⁵³ Haluk Çolak ve Mustafa Taşkın, **Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.406

128.maddede; soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe bulunması durumunda şüpheli veya sanığa ait mal varlığı değerlerine el konulması hususu düzenlenmiştir. Böylece yeni TCK'nun 55.maddesinde yer alan kazanç müsaderesinin konusu olacak mallara baştan el konularak verilecek kararın hayata geçirilmesi sağlanmıştır. Ancak bu şekilde bir el koyma yapılabilmesi için söz konusu suçun 128/2 de yer alan ve katalog şekilde sayılan suçlardan olması gerekir. 128. maddenin 3. ve devamı fıkralarında bu el koymanın nasıl yapılacağına dair hükümlere yer verilmiştir. 5020 Sayılı Kanunla getirilen düzenlemeler hukuk devleti ilkesini zorladığı anlaşıldığından artık bu maddedeki kurallar geçerli olacaktır. 123. maddenin yanında 128. maddeye ayrıca ihtiyaç duyulmuştur. Katalog şeklinde suçlar sayılmıştır.²⁵⁴

TCK ile bağlantılı olarak CMK'nın 128. maddesinde; soruşturma kovuşturma konusu olan suçun işlendiğine ve bu suçtan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebinin bulunduğunu durumlarda şüpheli veya sanığa ait olmak koşulu ile; taşınmazlara, kara, deniz ve hava ulaşım araçlarına, banka ve diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki hak ve alacaklara, kıymetli evraklara, şirket paylarına, kiralık kasaların içerisindeki eşyalara ve diğer mal varlığı değerlerine elkonulabilir.²⁵⁵ Fakat burada şüpheli veya sanık, suçtan elde edilen taşınmaz mal ve hakların mülkiyetlerini başka kişilere devrederlerse, bu durumda elkonulamayacaktır. Ancak muvazaalı olarak yapılan devirlerin ilgili mevzuat uyarınca iptali gerçekleştirilebilir.²⁵⁶

4. Kaçaklara İlişkin Elkoyma

Özel elkoyma türlerinden bir tanesi de kaçaklara ilişkin elkoymadır. Ceza Muhakemesi Kanunu, bu hususu kaçakların yargılanması başlığı altında 247. maddede düzenlemiştir. Bildiğimiz gibi hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir(CMK 247/1). Kovuşturma aşamasında mahkemeye davet edilen sanık, davete uymaz ve hakkında çıkartılan zorla

²⁵⁴ Nuri Yiğit, Arama, "Elkoyma ve Gizli Koruma Tedbirleri", **Seminer Notları**, s.9
<<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm>>> (Erişim: 25.03.2011)

²⁵⁵ Akbulut, 2009, s.110

²⁵⁶ Çolak ve Taşkın, 2005, s.408

getirme kararı da sonuçsuz kalırsa, mahkeme çağrının, gazeteyle ve sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilanına karar verir.²⁵⁷

CMK m. 248'e göre kaçak sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerekirse kayyım atanır. Buradaki elkoymanın amacı sanığı duruşmaya getirmektir. Kaçak yakalandığında veya kendiliğinden teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir. Mahkeme elkoymaya karar verdiğinde, kaçağın yasal olarak bakmakla yükümlü olduğu yakınlarının yoksulluğa düşeceğini saptarsa, geçimleri sağlansın diye elkonulan mal varlığından sosyal durumlarıyla orantılı miktarda yardımda bulunması için kayyıma izin verir. Bu kararlara itiraz mümkündür.²⁵⁸

5. Avukat Bürolarında Elkoyma

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda da belirtildiği üzere, avukatlık kamu hizmetinin verildiği serbest bir meslektir. Bağımsız ve tarafsız yargının üçüncü ayağıdır. Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder. İşte bu denli önemli bir vazife olan avukatlık ile ilgili gerek TCK'da gerek CMK'da savunma hakkının önemine binaen bazı düzenlemeler mevcuttur.²⁵⁹

Yeni Kanunumuzun 130. maddesinde avukat bürolarında arama, el koyma ve avukatlarla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ilişkin belge ve varakalara el koyma ile ilgili işlemler ayrı ve genel hükümlerden farklı usullere ve özel hükümlere bağlanmış bulunmaktadır. Bunun nedeni, *“savunma hakkını sağlam tutmaktır. Avukat ile müvekkilleri arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi, savunma hakkının sağlam*

²⁵⁷ Ölmez, 2008, s.84

²⁵⁸ Ökten, 2010, s.64

²⁵⁹ TCK m. 128'de “İddia ve savunma dokunulmazlığı”, CMK m.153'te “Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi”, CMK m. 154'te “Müdafinin görüşme” başlıklı düzenlemeler bu duruma örnek teşkil etmektedir. Bkz; Ölmez, 2008, s.65-66

tutmanın ve avukatlık mesleki sırlarının korunmansın temel koşuludur” (2001 Tasarısı 101. madde gerekçesi). Esasen maddenin görüşmeleri sırasında gerek Adalet Komisyonu’nda gerekse Genel Kurulda avukat bürolarındaki ve postadaki evraka hiçbir şekilde el konulamaması yönünde görüşler ileri sürülmüş ise de, bu görüşler kabul görmemiştir.²⁶⁰

Avukatlara ilişkin postada elkoyma işlemi ayrı ve genel hükümlerden farklı düzenlenmiştir. Bunun nedeni avukatla müvekkil arasındaki ilişkinin gizlilik içinde yürütülmesini sağlamak, savunma hakkını sağlam tutmak ve avukatın meslek sırlarının korunmasını sağlamaktır.²⁶¹ Hakim postadaki gönderinin avukatın mesleki ilişkisine ait olup olmadığını inceler. Avukat bakımından sadece bürosunda arama yapılan avukat denilmiştir. Büroda arama yapılmayan ama sadece postasına elkonulan avukatı koruma dışı tutar görünümündedir. Ancak genel hükümler avukatları da koruduğundan ve bir hak kaybı söz konusu olmadığından CMK m. 132/3’ün getirdiği hüküm yersizdir.²⁶²

Yeni CMK’da avukat bürolarında arama ve elkoyma konusunda özel olarak düzenleme yapılması ve bunun ağır koşullara bağlanması ileri doğru atılmış önemli bir adımdır. Ancak, yeni TCK madde 6’da, yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli idari ve askeri mahkemeler üye ve hâkimleri ile cumhuriyet savcısı ve avukatlar anlaşılır denildiğine göre, savcının hâkimin bürosu nasıl aranıyorsa avukatlarınkinin de öyle aranması ve oralardaki gibi elkoyma yapılması gerekir. Bırakınız TCK madde 6’nın yeni düzenlemesini, sırf savunma hakkının korunması için bunun yapılması gerekirdi. Ancak bugün için bunu Büyük Bilim Komisyonu’nda ve daha sonra da TBMM Adalet Alt Komisyonu’nda kabul ettirmek olanaklı olmamıştır. Yeni CMK’ya göre, avukat bürolarında ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde arama ve elkoyma yapılabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat bu işlemler sırasında hazır bulundurulur.²⁶³

²⁶⁰ Uğuz, 2007, s.100-101

²⁶¹ Handan Yokuş Sevik, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:69, 2007, s.117

²⁶² Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2006, s.942

²⁶³ Uğuz, 2007, s.102

VII. ARAMA VE ELKOYMADA HAKİM OLAN İLKELER

A. Genel Olarak

Adli makamlar ceza muhakemesi, mülki makamlar da idari işlemler yaparken; kişilerin karşısına devletin üstün gücü ile çıkmakta ve şahıslar devletin bu gücü karşısında aciz kalabilmektedirler²⁶⁴.

Bir ceza muhakemesi işlemi olan arama ve elkoymaya da diğer ceza muhakemesi müesseselerinde olduğu gibi, ceza muhakemesinde geçerli olan bir takım ilkeler egemendir. Bu ilkelerin ihlali elkoymanın hukuka aykırı olmasına yol açacaktır²⁶⁵.

B. Hukuk Devleti İlkesi

Anayasa Mahkemesine göre hukuk devleti; “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum hayatında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzenini kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olan devlettir”²⁶⁶.

Hukuk sistemimizde hem basit elkoyma hem de diğer özel elkoymalar açısından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Hukuk devleti ilkesi ve Anayasa'nın 35/2 maddesi uyarınca mülkiyet hakkı ancak kanunla sınırlanabilir²⁶⁷.

Hukuk devleti ilkesinin bir başka yönü itibarıyla; hakkında elkoyma işlemi yapılan kişinin bu işleme karşı yargı yoluna başvurma hakkı bulunmalıdır.

CMK'nın 131. maddesi; “*Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağıının anlaşılması halinde, resen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir.*” hükmü bulunmaktadır. Bu düzenleme ile ilgililer tarafından elkonulan eşyanın iadesi istenebilir. Bu istek reddedilir ise karara karşı itiraz yolu açıktır.

²⁶⁴ Bkz. YÜCE, Turhan Tufan, **Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri**, TBBD, Ankara, 1988, s.1.

²⁶⁵ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.145.

²⁶⁶ Anayasa Mahkemesinin 29.01.1980 gün ve 1979/38 Esas, 1980/11 Karar sayılı hükmü

²⁶⁷ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.146.

C. İnsan Haklarına Uygun İşlem Yapma İlkesi

Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti "insan haklarına saygılı..." bir devlettir. Bu nedenle yapılan bütün işlemlerin evrensel insan hakları kurallarına uygun olması gerekir.

Anayasanın 17. maddesinde "*kimse insan onuru ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*" hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca elkoyma işleminin insan haysiyetine yaraşır biçimde yerine getirilmesi gereklidir.

D. Oranlılık İlkesi

Ceza muhakemesi hukuku açısından oranlılık ilkesi "bir ceza muhakemesi işleminin yapılması ile ulaşılabilecek umulan yarar ve ortaya çıkması olanak içinde bulunan zarar arasında bir oranın bulunması, oransızlığın bulunması halinde bu işlemin yapılmamasını" ifade eder²⁶⁸.

Oranlılık ilkesine göre; iki menfaat arasında makul bir oran bulunması esas olmalıdır. Kolluk daha hafif bir tedbir ile sonuca ulaşıyor ise bu daha ağır olan tedbir uygulamamalıdır.

Aynı zamanda, kolluk tarafından elkonulan eşyalarının muhafaza altına alınarak, bu eşyanın vasıflarının değişmemesi veya ekonomik değerlerinin kaybolmaması için gerekli tedbirlerin alınması da oranlılık ilkesinin gereği olarak bir yükümlülüktür. Kolluk, kendi imkanları dahilinde muhafaza edemeyeceği elkonulmuş eşyaları Hakim veya Cumhuriyet savcısının da talimatını alarak ilgili kamu kurumlarından yardım almalıdır. Örneğin; soruşturma aşamasında elkonulan bir tarihi tablo müze müdürlüğünde veya orman envali arman işletme müdürlüğünde muhafaza edilmelidir.

CMK, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat verilmesini düzenleyerek, adli makamların ve kolluğun geren özeni göstermelerini amaçlamıştır. CMK'nın 141. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde; "*Eşyası veya diğer mal varlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen*" kişilerin, maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten isteme haklarının bulunduğu hükme bağlanmıştır.

²⁶⁸ ÖZBEK, Arama, s.33.

E. Dürüst İşlem İlkesi

Bu ilke uyarınca hukuk devletinin temel unsurlarından olan yargı organları (fonksiyonel açıdan kolluk birimlerinden başlayıp yüksek mahkemelere kadar uzanır) ile yürütme organları (kolluk personeli dahil) işlemlerini yaparken dürüst şekilde davranmak zorundadırlar.

Kolluk görevlileri tarafından yapılan elkoyma işleminde; ilgili kişinin kandırılması, aldatılması, çeşitli hileli yollarla iradesinin sakatlanması dürüst işlem ilkesine aykırılık teşkil eder²⁶⁹.

Söz konusu eşyanın alınmasının gerçek nedeni açıklandığı takdirde kişinin bu işleme karşı çıkacağı, bunun sonucu olarak da muhafaza altına işlemi yapılamayıp elkoyma kararının gereğinin düşünen kolluğun bu gerçek amacı gizleyip söz konusu eşyayı başka bir amaç öne sürerek alması ve buna göre eşya sahibinin rızasını temin etmesi dürüst işlem ilkesine aykırılık teşkil eder ve yapılan işlem hukuka aykırı hale gelir²⁷⁰.

Adli kolluk görevlileri, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, Cumhuriyet Savcısının emirleri doğrultusunda şüphelinin lehine veya aleyhine olan tüm delilleri, kanunda öngörülen koşullara uyarak toplamak, muhafaza altına almak ve bunları bir fezleke ile Cumhuriyet Savcısına sunmakla yükümlüdür. (Adli Kolluk Yönetmeliği md.6).

F. Hakim Önünde Meramını Anlatabilme İlkesi

CMK'nın 131/1. maddesi; "Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde, re 'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstemin reddi kararlarına itiraz edilebilir." hükmüyle, elkonulan eşyanın ilgililer tarafından talep edilebilmesine ve bu talebin kabul görmemesi durumunda hakime müracaat edebilmesine cevaz vermektedir.

²⁶⁹ GÜNDOĞAN, Kadir-KOÇ, Cihan-ÖZBUDAK, Coşkun, **Kolluğun Önleyici ve Adli Görevleri (Kolluk Hukuku)**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.43.

²⁷⁰ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.148.

G. Özel Hayatın Dokunulmazlığı İlkesi

Koruma tedbirlerinin çoğu kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlali sonucunu doğurur. Elkoyma işlemi ile özel hayatın dokunulmazlığı ilkesine de müdahale edilebilir. Gerçi bu müdahale arama kararında olduğu kadar yoğun ve etkili değildir ancak, elkonulan resimler, görüntü kayıtları, notlar, günlükler veya mektuplara da özel hayatın bir parçasıdır.

Anayasanın 20., 21. ve 22. maddeleri ile AHİS'nin 8. maddesi özel hayatın korunmasına ve sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri taşımaktadır. Arama işlemi yapılırken kişilerin özel hayatına saygı esası gözden uzak tutulmamalıdır.

H. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Ceza muhakemesinde hukuk muhakemesinden farklı olarak şekli gerçekte yetinmeyip işin esasını yani maddi gerçeği araştırmasıdır. Elkoyma işlemi de diğer koruma tedbirleri gibi bu maddi gerçeğe ulaşmaya hizmet eder. Ancak bir hukuk devletinde, maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun araştırılması kabul edilmemektedir²⁷¹. Delil yasakları ile bu ilkeye bazı sınırlamalar getirilmektedir²⁷².

²⁷¹ YURTCAN, Ceza Yargılaması, s.39.

²⁷² Bkz. ÖZTÜRK, Bahri, **CMUK Reformu ve Delil Yasakları İzmir Barosu Dergisi**, İzmir, Nisan 1993, s.25.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİSAYAR KÜTÜKLERİ VE PROGRAMLARINDA ARAMA VE ELKOYMA

I. BİLGİSAYAR KAVRAMI VE BİLGİSAYARIN UNSURLARI

“Bilgisayar önceden hazırlanmış programlar uyarınca aritmetik ve mantık işlemleri yapabilen otomatik makinedir.”²⁷³ Türk Dil Kurumu’nun Güncel Türkçe Sözlük’ünde “*Çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin,*”²⁷⁴ olarak ifade edilmektedir. Bilgisayar, “kompütür”,²⁷⁵ “elektronik beyin”, “bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistem”, “ordinatör”,²⁷⁶ “sayısal makine”,²⁷⁷ “elektronik hesaplayıcı”, “bilgi işlem donanımı”²⁷⁸ gibi adlarla da anılmaktadır.

Bilgisayar kavramının ne yazık ki çok sayıda tanım yapılmaktadır. Bilgisayarın tüm unsurları ve işlevlerini içeren bir tanımlama yapmak çok zordur. Yapılan kesin bir tanımın ise kısa bir süre zarfında atıl duruma düşeceği kesindir. Çünkü teknolojinin hızlı gelişimi ile yapılan tanımlar, zaman içerisinde yetersiz hale gelmektedir. Her geçen gün bilgisayarların işlevleri ve özellikleri arttığı gibi, önceleri bilgisayar tanımlamasına girmeyen nesnelere ve cihazlarda zamanla bilgisayar işlevleri görür hale gelmektedirler. Buna en güzel örnek aslen bir iletişim aracı olmasına rağmen gelişen teknolojisi sayesinde bilgisayara dönüşmüş olan gsm telefonları gösterilebilir. Zira telefon önceleri sadece kablolu iletişim aracı iken, gelişen uydu teknolojileri sayesinde kablosuz, mobil iletişim aracı haline gelmiştir. Günümüzde ise mobil telefonlar ile el bilgisayarları olan “Pocket PC” teknolojileri entegre edilerek geliştirilen cihazlar yaygın hale gelmektedir. Bu cihazlar minyatür bilgisayar gibi işlev görmekte, veri tutmakta, işlemektedir. Kullanıcılar internete

²⁷³ Gelişim Hachette, **Alfabetik Genel Kültür Ansiklopedisi**, Gelişim Yayınları, Cilt: 2, 1993, s.508

²⁷⁴ TDK, “Bilgisayar”, <<http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/sozbul.asp?kelime=bilgisayar> (Erişim: 15.03.2010)

²⁷⁵ Faruk Erem, “Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 69, s.10-11-12

²⁷⁶ Tahsin Saraç, **Fransızca-Türkçe Büyük Sözlük**, Cilt: 2, Ankara, 1976, s.907

²⁷⁷ Caner Yenidünya ve Olgun Değirmenci, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları**, İstanbul, 2003, s. 17

²⁷⁸ Yenidünya ve Değirmenci, 2003, s. 17

bağlanabilmekte, elektronik posta servislerinden faydalanmakta, dosya oluşturarak transfer yapabilmektedir. Dijital fotoğraflar çekebilmekte, bu fotoğrafları internet aracılığı ile 3. şahıslara ulaştırabilmektedirler.

Ancak bir cihazın dijital teknolojinin gelişmesi çerçevesinde gelişerek bilgisayar kavramı içerisinde değerlendirilmesinde de tanımlama açısından sakıncalar doğabilir. Bir cihazın bilgisayar olması ile bilgisayarlı olması, bilgisayar teknolojisini kullanması arasında fark olmalıdır.

Bilgisayarı kendine benzeyen diğer cihazlardan ayırt edici fonksiyonu konusunda netlik yoktur.²⁷⁹ Bilgisayarın, işlemini 4–5 temel işleme (toplama, çıkarma, çarpma, bölme, üs alma ve mantıksal karşılaştırma) dayandırarak yapması ayırt edici bir özellik olmayacağı gibi, elektronik olması veya programlanabilir olması da ayırt edici bir özellik değildir.²⁸⁰ Günümüz buzdolabı, fırın, bulaşık makinesi ve çamaşır makinesi gibi ev aletleri de programlanabilmektedir. Ancak bu aletler sadece belirli amaçlar doğrultusunda programlanabilmektedirler. Genel olarak da kullanıcılar daha önceden hazırlanmış olan programları seçme işleminden daha fazlasını yapamamaktadırlar. Ancak bilgisayar belirli bir fonksiyonu gerçekleştirmek amacıyla değil genel amaçlı kullanılabilir olması yönüyle diğer cihazlardan ayrılmaktadır.²⁸¹ Bu nedenle bilgisayarı diğer elektronik ve programlanabilir cihazlardan ayıran en önemli hususun “genel amaçlı” olması gösterilebilir.

Sonuç olarak bilgisayar, donanım ve yazılımdan oluşan, üzerine kurulan programlar aracılığı ile çalışan, dış ortamdan yüklenen verileri gerektiğinde depolayabilen veya işleyebilen veya yeni sonuçlar üretebilen, ancak hiç yoktan yeni bir veri üretemeyen, yüklenmiş olan verileri ve bunlara ilişkin sonuçları, istendiğinde çıkış üniteleri aracılığı ile sunabilen, verilerin iletilmesini sağlayan cihazlardır. Bilgisayara ilişkin tanım yapmanın zorluğu, bilgisayarı oluşturan unsurların öncelik kazanmasına neden olmuştur. Aşağıda bilgisayarda teknik açıdan bulunması gereken asgari unsurlar ile inceleme konusu suçlarda karşılaşılabilecek diğer unsurlar üzerinde durulacaktır.

²⁷⁹ Olgun Değirmenci, **Bilişim Suçları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002, s. 9

²⁸⁰ Değirmenci, 2002, s.9

²⁸¹ Yenidünya ve Değirmenci, 2003, s.20

A. Donanım

Donanım bilgisayarı oluşturan her türlü fiziksel parçaya verilen verilen addır.²⁸² Bir bilgisayarda teknik açıdan bulunması gereken asgari donanım unsurlarını, merkezi işlem birimi (CPU), ROM, RAM, çevre giriş (input), çıkış (output) birimleri oluşturmaktadır.²⁸³ Bunlarla birlikte Veri Depolama birimleri ve bilişim sistem ağlarına ve özellikle internete bağlanmak için gerekli olan ağ erişim araçları bulunmaktadır.

B. Yazılım

Bilgisayara hayat verebilmek için ona tam bilgi aktarmak gerekir. Bilgisayar programı verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemler olarak tanımlanabilir. Bir bilgisayarın belirli bir işlem yapabilmesi, gerekli komutların bilinen bir düzende sıralanması işlemine bilgisayarın programlanması denir. Belli bir işin yapılmasını tarif eden her ifadeye program denir. Bütün programların toplamına da yazılım denir. Yazılım, sistem yazılımları, uygulama yazılımları olmak üzere iki ana gruba ayrılır. Uygulama yazılımları; programlama dilleriyle yazılan kullanıcıya yönelik yazılımlardır. Sistem yazılımları ise uygulama yazılımlarının belli bir donanım grubu üzerinde pürüzsüz olarak çalışmasını sağlayan zemin programlarını içerir.²⁸⁴

C. Bilgisayar Kütüğü

Bilgisayar kütük dosyaları, fiziksel depolama ortamlarında verilerin saklandığı mantıksal yapılardır. Genel amacı istenilen bilgiyi getirmek için disk üzerindeki hareket sayısını minimuma indirmek ve ilişkili bilgileri gruplayarak, istenen verilere tek hamlede ulaşmayı sağlamaktır.²⁸⁵ Kütük yönetimi, kullanıcılara, ana bellek dışında saklanan verileri (kütükleri) üzerinde kolay ve hızlı işlem yapabilme olanağı veren işletim sistemi kesimidir. Kütükler üzerinde yapılan temel işlemler, okuma, yazma, açma ve kapama işlemleridir.

²⁸² Mustafa Topaloğlu, **Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması**, İstanbul, 1997, s. 19

²⁸³ Yenidünya ve Değirmenci, 2003, s.21

²⁸⁴ <http://www.bilgisayarnedir.com/#_Toc89242807> (Erişim: 25.12.2010)

²⁸⁵ <<http://members.comu.edu.tr/borugurlu/courses/bm223/content/week1/hafta1b.pdf>>(Erişim: 25.12.2010)

Kullanıcılar bu işlemleri, bayt tutanak dizileri olarak gördükleri mantıksal kütük görünümleri üzerinde, genellikle üst düzey programlama dillerinin sunduğu olanakları kullanarak gerçekleştirirler. Daha önceden de belirtildiği gibi kullanıcıların düşüncelerinde gerçekliği olan mantıksal yapıları kütükler, disk gibi mıkmatıslı ortamların yüzey, silindir ve sektörleri üzerinde fiziksel olarak yer alırlar.²⁸⁶

II. BİLİŞİM SUÇLARI

Bilişim insanların teknik, ekonomik ve toplumsal alanlarda ki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin, özellikle elektronik makineler aracılığıyla, düzenli ve ussal biçimde işlenmesi bilimi, informatik demektir.²⁸⁷ Bilgisayar, çevre birimleri, pos makinesi, cep telefonu gibi her türlü teknolojinin kullanılması ile işlenen suçlardır.²⁸⁸ Bu suçun tanımı hem eski hem de yeni Türk Ceza Kanunu'nda yer almamıştır. Ancak yeni Türk Ceza Kanunu'nun Nitelikli Dolandırıcılık başlıklı 158. maddesinin “f” fıkrasında ki tanım şu şekildedir; Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle, işlenen suçlar olarak yer almaktadır.

Avrupa Ekonomik Topluluğu bir tavsiye kararında bu suçları beşe ayırmıştır. Bunlar sırasıyla;

1-Bilgisayarda mevcut olan kaynağa veya herhangi bir değere gayri meşru şekilde ulaşarak transferini sağlamak için kasten bilgisayar verilerine girmek, bunları bozmak, silmek, yok etmek,

2-Bir sahtekârlık yapmak için kasten bilgisayar verilerine veya programlarına girmek, bozmak, silmek, yok etmek,

3-Bilgisayar sistemlerinin çalışmasını engellemek için kasten bilgisayar verilerine veya programlarına girmek, bozmak, silmek, yok etmek,

²⁸⁶ Ali Saatçi, **Bilgisayar İşletim Sistemleri**, Ankara, 2002, s.21

²⁸⁷ TDK, “Bilişim”, <<<http://tdkterim.gov.tr/bts/>>> (Erişim: 25.12.2010)

²⁸⁸ <<<http://www.iem.gov.tr/iem/?m=3&s=51#1>>> (Erişim: 25.12.2010)

4-Ticari manada yararlanmak amacı ile bir bilgisayar programının yasal sahibinin haklarını zarara uğratmak,

5-Bilgisayar sistemi sorumlusunun izni olmaksızın, konulmuş olan emniyet tedbirlerini aşmak sureti ile sisteme kasten girerek müdahalede bulunmaktır.²⁸⁹

Bilişim suçlarıyla ilgili olarak karşımıza birçok tanım çıkmaktadır; Bilgisayar suçları, dijital suçlar, İnternet suçları, siber suçlar, ileri teknoloji suçları v.b. Diğer ülkelerde ise; Computer Crimes (Bilgisayar Suçları), IT Crimes (Bilgi Teknolojileri Suçları), Cyber Crimes (Siber Suçlar), Crimes of Network (Ağ Suçları) v.b. Aslında her bir tanım bize bir açıklık getirmektedir. Çünkü bu suç türleri bir bilgisayar vasıtasıyla yapılabileceği gibi bir Network veya İnternet üzerinde de olabilmekte yada bir ufak elektrik devresi veya kredi kartı da kullanılabilinmektedir. Bilişim kelimesi ise; Bilgisayar ve bilgisayar teknolojileri ile iletişim teknolojilerini kapsadığından “bilişim suçları” adı altında toplanmıştır. Bilişim suçlarını kısaca bilgisayar ve iletişim teknolojileri kullanılarak işlenen suçlar olarak tanımlayabiliriz.²⁹⁰

21. yüzyılın en önemli güç kaynağı hiç şüphesiz bilgidir. Bilgiyi elinde tutan gücü de elinde tutmuş olmaktadır. Bilginin gücüyle teknolojik alandaki gelişmeler tüm yaşamımızı olumlu yönde etkiliyor. İnternet, bilgisayar, uydular, cep telefonları gibi. Bunlar sadece günlük yaşamımıza giren teknolojinin ürünlerinden bazıları. Yine bilginin gücünü kullanarak aynı araçlar birer silaha dönüşebilmekte ve karşımıza siber savaş ve siber terör kavramları çıkmaktadır. Siber terör, yeni yüzyılda terörizmin yeni yüzü olarak yansyacaktır ki teröristlerin elektronik bir saldırı yaparak bir barajın kapaklarını açabilecekleri, ordunun haberleşmesine girip yanıltıcı bilgiler bırakabilecekleri, kentin bütün trafik ışıklarını durdurabilecekleri, telefonları felç edebilecekleri, elektrik ve doğalgazı kapatabilecekleri, bilgisayar sistemlerini karmakarışık hale getirebilecekleri, ulaşım ve su sistemlerini allak bullak edebilecekleri, bankacılık ve finans sektörünü çökertebilecekleri, acil yardım, polis, hastaneler ve itfaiyelerin çalışmasını

²⁸⁹ Cevat Özel, “Bilişim Suçları İle İletişim Faaliyetleri Yönünden Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, <<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilisimsuclari_TCKtasarisi.htm>> (Erişim: 25.12.2010)

²⁹⁰ Mehmet Özdemir, “Bilişim Suçları Ve Mücadelede Taşra Teşkilatında Karşılaşılan Problemler Ve Çözüm Önerileri”, <<http://www.caginpulisi.com.tr/24/43-44-45-46.htm#_ftn1>> (Erişim: 25.12.2010)

engelleyebilecekleri, hükümet kurumlarını alt üst edebilecekleri, sistemin birden durmasına neden olabilecekleri ihtimaller dâhilindedir.²⁹¹

Sonuç olarak bilişim suçlarına halk arasında genellikle “bilgisayar suçları” da denilmektedir. Bilişim kelimesi, bilgisayardan faydalanılarak bilgilerin depolanması, işlenerek başkalarının istifadesine sunulur hale getirilmesi ve iletilmesi faaliyetini, bilgisayar ise bu faaliyetin gerçekleştirilmesinde en önemli etken olan cihazı ifade etmektedir. Bu sebeple hukuksal açıdan bilgisayarların delil olarak sayılması bu sistemlerde arama, el koyma gibi hukuksal hakları da gerekli kılmaktadır.

III. BİLGİSAYAR KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA

Bilgisayar kayıtları kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerdir.²⁹² Anılan koruma tedbiri son derece ağır sonuçlar doğurduğundan sıkı koşullara bağlanmıştır. Gerçekten sadece bilgisayarlarla iş yapan, örneğin bir bankanın veya seyahat acentesinin veya bir bilgisayar şirketinin bilgisayarlarına elkonulması demek; o şirketi iş yapamaz hale sokmak demektir. O kadar ki, bu elkoyma işlemi biraz uzayacak olursa, bilgisayarlarına el konulan şirketin batması bile söz konusu olabilir. Bu nedenle, yeni CMK bu özel elkoymayı da sıkı şartlara bağlamıştır.²⁹³

A. Genel Olarak

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun maddesinde ilk defa bilgisayarlarda arama ve el koymaya ilişkin hükümler belirlenmiştir.

Buna göre CMK hükmü şu şekildedir:

“MADDE 134-(*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma*):

²⁹¹ Mehmet Özcan, Siber Terörizm ve Ulusal Güvenliğe Tehdit Boyutu, <<<http://www.usakgundem.com/makale.php?id=1>>> (Erişim: 25.12.2010)

²⁹² Soyaslan, 2006, s.282

²⁹³ Öztürk - Erdem - Sırma - Saygılar, 2006, s.442

(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 çözülerek metin haline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir.

(2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi ve 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.

İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

(4) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır.

Maddenin birinci fıkrasında arama için koşullar belirtilmiş ve konun koyucu “başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması” şartı aramaktadır. Ayrıca, aramanın ilk önce olay yerinde yapılması gerekmektedir.

İkinci fıkrada el koyma şartı belirtilmiştir. 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. Arama yapılan bilgisayarda, şifreli veya gizlenmiş bilgiler bulunup, bunlar tespit edilememişse bu araç ve gereçlere el konulabileceği belirtilmektedir.

Elkoyma işleminde bütün verilerin yedeklemesinin yapılacağı 3. fıkrada belirtilmiştir.

Dördüncü fıkrada şüphelinin istemi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verileceği ve bu husus tutanağa geçirileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün el koyulan bilgisayar ve programlarına el koyulan kişilerin olağan hayatlarına devam edebilmeleri bakımından aslında faydalı bir düzenlemedir; ancak, bu düzenlemenin sakıncalı sonuçları da olabilir. Zira tehlikeli ve suça konu programların verilmesi sakıncalı olduğundan bu hususun iyi değerlendirilerek kapsam dışında tutulmalıdır.

Beşinci fıkrada ise, sitemdeki verilerin bir kısmı veya tamamının kopyasının alınması ve bunun tutanağa bağlanarak, ilgililerince imzalanacağı düzenlenmiştir, Ancak sayısal verilere dayalı ve sıkıştırılmış bu verilerin tutanak ortamına dökülmesi güçlük yaratacaktır.

Kural olarak arama ve elkoyma daha çok bina ve eşya içindeki veya insan üzerindeki şey ve eşyalar için söz konusu olurken burada aranan bilgisayarlar ve bilgisayar programları ile kütükleridir. Gelişen teknoloji ve bilgisayarların artık yaşamın her alanına girmesi arama ve elkoymaya konu olan şeylerin niteliğinde de bir değişime gitmiş ve bunlar arsına bilgisayarlar da ayrıca dahil edilme ihtiyacı hissedilmiştir.

Belirtelim ki benzer bir tedbir Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde de düzenlenmiştir. "Saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması" başlığını taşıyan söz konusu tedbir sözleşmenin 19. maddesinde yer almaktadır. Bu yönüyle CMK m. 134 esas itibarıyla Sözleşme hükmünün iç hukuka uyarlanmış şeklini ifade eder²⁹⁴.

. El koymak, el konan verilere erişmek için gereken programların kullanımını ve bu programlara el konmasını da kapsamaktadır.

²⁹⁴ ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 359.

Gelişen bilişim teknolojisinin oluşturduğu koşullarda bilgisayarlar ve bilgisayar programları hayatın önemli ve ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Bununla birlikte; bilgisayarın kişi hayatına çok yoğun biçimde girmesi nedeniyle bilgisayar sistemlerinin içerisinde kişilerin özel hayatlarına ve ticari hayatlarına ilişkin pek çok bilgi depolandı. Bu nedenle bu sistemlere müdahale, bilgisayar sistemlerinde arama yapma ve bunlara elkoyma basit elkoymaya göre daha sıkı koşullara bağlanmıştır.²⁹⁵

Bilgisayar teknolojisinin ve buna bağlı olarak bilgisayar programlarının günümüzde çok yaygın bir şekilde kullanılmasının sonucu olarak, bu alanın hukuken düzenlenmesi de bir zorunluluk halini almıştır.²⁹⁶ Özel inceleme ve analiz teknikleri kullanılarak bilgisayarlar başta olmak üzere, tüm elektronik medya üzerinde yer alan potansiyel delillerin toplanması amacıyla, elektronik aygıtların incelenmesi sürecine kısaca “Adli Bilişim” denmektedir.²⁹⁷

Şirketler, bankalar ve hatta kişiler kayıtlarını bilgisayarlarda saklamaktadır. Bu durum işlerde büyük kolaylık ve verim sağladığı gibi suç işlemede ve delilleri yok etmede kolaylıklar da sağlamaktadır. İşte bu durum karşısında da CMK'da bir düzenleme yapılarak teknolojinin gelişirken beraberinde getirdiği bu tür olumsuzlukları en aza indirmeye ve hatta ortadan kaldırmaya çalışıldığı görülmektedir.²⁹⁸ Kişisel bilgiler üzerindeki hak, temel insan haklarından olduğundan, bu hakkın kısıtlanabilmesi özel olarak Kanunda düzenlenmiştir. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinden farklı olarak, burada durağan haldeki aygıttan araştırma, arama yapılmakta ve ulaşılan delillere elkonulmaktadır. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinde ise, bilgisayar işlemekte iken içeri girilmekte ve ilgilinin bundan haberi olmamaktadır.²⁹⁹

Bilgisayar ve İnternet ortamında işlenen suçlara ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma usullerinin yasalarda detaylı bir şekilde düzenlenmesi ve tüm usulü işlemlerin yargıç kararına bağlı kılınarak yargı denetiminde hukuksal güvenceye kavuşturulması

²⁹⁵ Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesinde İspat**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.188; Akbulut, 2009, s.136

²⁹⁶ Şener Dalyan, **Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2008, s.2

²⁹⁷ Akbulut, 2009, s.136

²⁹⁸ Ölmez, 2008, s.99

²⁹⁹ Şahin, 2007, s. 261

amacıyla Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda da, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde elkoymaya ilişkin hükümler konulmuştur. Delilden sanığa gitmeyi hedefleyen ve teknik delillere önem veren CMK'nın bilgisayar sistemlerinde bulunması muhtemel delillerin elde edilmesine kayıtsız kalması da beklenemezdi.³⁰⁰

Bilgisayar, bilgisayar kütükleri CD, disket, taşınabilir hafıza, hafıza kartları, memory kart gibi ürünler ceza soruşturmasının konusu olduğunda delil olmaları açısından büyük önem ifade etmektedir. Şöyle ki; yamızda delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi kabul edilmiştir. En kaba tanımı ile bu ilkeden “her şey delil olabilir” sonucu çıkacaktır. Öyle ise bilgisayar ve bilgisayar kütükleri de delil olabilecektir. Buradaki önemli nokta bilgisayar ve bilgisayar kütüklerinin “dış müdahaleye açık” ürünler olmasıdır. Dış müdahaleye açık olmalarından kastedilen üzerinde oynama yapılmaya ve değişiklikler eklenebilmesine müsait olmalarıdır. En önemli nokta da bu oynama ve değişikliklerin nasıl, ne zaman, ne şekilde yapıldığının sonradan tespit edilememesi veya çok zor tespit edilebilmesidir. Bu açıdan bu ürünler, hukuka ayları delil olmaya son derece müsaittirler. Yeni CMK'da kanun koyucu, 2005 yılından önceki birçok yargılamada bilgisayar ürünlerinin hukuka ayları delil olarak kullanılmasından yola çıkarak bu ürünlere el konulması hususunu ayrıca ve özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur.³⁰¹

CMK'nın 134. maddesinde bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve el koymaya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Maddede yer alan terimlere kısaca değinmek gerekir ise; Bilgisayarlar “uzun ve karmaşık hesapları dahi büyük bir hızla yapabilen, lojik (mantıksal) bağlantılara dayalı karar verip, işlem yürüten makineler olarak tanımlanmaktadır.”³⁰² Bir bilgisayarın belirli bir işlemi yapabilmesi, gerekli komutların bilinen düzeyde sıralanması işlemine bilgisayarın programlanması denir ve bu şekilde oluşturulan verilere bilgisayar programı denilmektedir.³⁰³

³⁰⁰ Akbulut, 2009, s.136

³⁰¹ A. Güçlü Sevimli, “Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine El Konulması ve Uygulamadaki Sorunlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:81, Sayı:3, 2007, s.993-994

³⁰² Mustafa Topaloğlu, **Bilişim Hukuku**, Adana, 2005, s.1

³⁰³ Aslan Ölmez, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyalama ve Bunlara El Koyma”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Ankara, Sayı:30, 2009, s.45

Dış mücadeleye açık olan delillerin bu özelliklerinin hukuka aykırı sonuçlar doğurmasındaki temel noktanın kolluk olduğu kabul edilmektedir. Bugüne kadar ki uygulama buna işaret etmektedir. Kolluk güçlerinin hukuka aykırı delil elde etmesi veya bu konuya ehemmiyet vermiyor olmaları kanımca kendilerini taraf olarak görme saikinden kaynaklanmaktadır. Bu durum özellikle organize suç soruşturmalarında ve terörle mücadele yasası kapsamındaki soruşturmalarda söz konusu olmaktadır.³⁰⁴ Bilgisayar ve dolayısıyla internet üzerinden gerçekleşen suçların bilgisayar verilerinden işlendiğinin ortaya çıkarılması bakımından bu verilerin elde edilmesi ve iletişimin dinlenmesi yoluna gitmek gerekmektedir. Nitekim bu hususta ülkemizin henüz imzalamadığı Siber Suç Sözleşmesinde birtakım koruma tedbirleri öngörülmektedir. Bu tedbirler şunlardır:

1- Depolanmış bilgisayar verilerinin hızlı biçimde korunması,

2- Trafik verilerinin hızlı biçimde korunması ve kısmen açıklanması,

3- Üretim emri,

4- Depolanmış bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el koyma,

5- Trafik verilerinin anında/gerçek zamanlı toplanması,

6-İçerik verilerinin yolunun kesilip ele geçirilmesi. Bu tedbirlere, insan hak ve hürriyetlerine saygı ve orantılılık ilkesi gereğince başvurulabilmelidir.³⁰⁵

Neticede içeriği itibariyle hukuka uygun olmayan mevcut arama kararları ile kolluk, aramayı tamamen kendi inisiyatifinde istediği gibi yapabilmektedir. Neyin aranacağını neye el konacağını kararda belli edilmemesi; özellikle bilgisayar ve bilgisayar kütüklerine el konması söz konusu olduğunda daha da önemli olmaktadır. Ayrıca Hakim tarafından verilen arama kararlarında, tespit edilecek mevcut suç eşyalarına da el konmasına hükmedilmektedir. Böylece bu halde, kolluk arama yaptığı yerdeki mev-

³⁰⁴ Sevimli, 2007, s.994

³⁰⁵ Akbulut, 2009, s.136

cut tüm bilgisayar ve bilgisayar ürünlerine rahatlıkla el koyabilmektedir. Dış müdahaleye açık olan bu ürünler açısından hukuka aykırı delil olma ihtimali de bu şekilde daha da artmaktadır.³⁰⁶ Nitekim pek çok kişi gibi suç işleyen kişilerde bilgisayar sistemlerini kullanmakta ve işledikleri suçlarla ilgili olarak izler bırakmaktadırlar.³⁰⁷

Bu işlemin başlıca 2 şekilde uygulandığı görülmektedir:

1. Kopyalama İşlemi

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyasının alınabilmesi, kopyası alınan veriler kağıda yazdırılarak, bu hususun tutanağa kaydedileceği beşinci maddede düzenlenmektedir.

Uygulamada işlemi yapan birimlerin kopyalama işleminin uzunca bir zaman alması ve ekonomik maliyeti de dikkate alınarak kopyalama işleminden kaçınılmışlar da yasanın açık düzenlemesi karşısında bu işlemi yapmak zorundadırlar.

2. Yedekleme İşlemi

Bilgisayar ve bilgisayar kütüklerine el koyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.

Uygulamada arama ve elkoymadan sonra işlemi yapan birim tüm bilgisayar ve donanımlarını buldukları mekâna götürerek yedekleme işlemini burada yapmaktadır bu uygulama yasaya aykırıdır. Usulüne göre yapılmamış arama ve el koyma sonucunda elde edilen delilerinin delil olma özelliği ortadan kaybolacak ve amaçlanan işlem ve kararlarda kullanılamayacaktır.

B. Amacı

Teknolojik gelişmelerle birlikte, hem bu alanda işlenen suçların yaygınlaşması, hem de delil etmenin yeni bir yöntemi olarak CMK'nın 134. maddesinde "bilgisayarlarda, bilgisayar kayıtlarında ve kütüklerinde arama" tedbiri ceza muhakemesi sistemimize dahil olmuştur.³⁰⁸ CMK'nın 134/1 maddesinde de belirtildiği gibi bilgisayarlara, bilgisayar

³⁰⁶ Sevimli, 2007, s.995

³⁰⁷ Aydın, 2009, s.190

³⁰⁸ Öztürk ve Erdem, 2006, s.543; Aksoy, 2007, s.68

program ve kütüklerine ancak delil elde etmek amacıyla elkonulabilir. Sistem içerisindeki veriler elde edilip incelenerek bu verilerden bilgi edinilmeye çalışılır. Yapılan elkoyma ile bilgisayar sistemlerinde yer alan bilgilerin çözümünün yapılarak bilgiye yani delile ulaşmak ve bunun için gerekli kopyaları almak amaçlanır.³⁰⁹

Ayrıca 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 elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir. Şüpheli veya müdafî isterse, bu yedekten bir kopya çıkarılarak kendilerine verilir. Bu düzenlemenin amacı, elkonulan bilgisayar program ve kütüklerinde sonradan değişiklik yapıldığı iddialarının önüne geçmektir.³¹⁰

Bu özel elkoymanın delil elde etmeye yönelik olarak iki amaca hizmet ettiği görülmektedir.³¹¹

1- Çözümün yapılabilmesi

2- Gerekli kopyaların alınabilmesi

Sonuç olarak bu amaçlar dışında, bu özel koruma tedbirine başvurulamayacağı gibi; şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonular cihazlar gecikmeksizin iade edilir.

C. Konusu

Bireye ait bilgisayar kayıtlarındaki kişisel bilgiler, temel insan hakları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, kişisel bilgilerin yer aldığı bilgisayar, bilgisayar programı ve kütüklerinde, arama ve elkoyma tedbirine başvurulabilmesi için öncelikle başka surette

³⁰⁹ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2008, s.567

³¹⁰ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, 2010, s.443

³¹¹ Öztürk ve Erdem, 2008, s.567

delil elde etme imkânının bulunmaması gerekir. Bilgisayardaki kayıtların, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında delil niteliğine sahip olacağı yadsınamaz bir gerçektir. Bu itibarla, hem maddi gerçeğin ortaya çıkartılması, hem de bireyin haklarının korunması amacıyla, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılabilmesi önem arz etmektedir.³¹² Bilgisayarlarda, program ve kütüklerinde yapılan arama, klasik koruma tedbirlerinden biri olan aramanın elektronik ortamdaki özel bir çeşididir.³¹³

CMK'nın 134. maddesi uyarınca yapılacak elkoyma işleminin konusunu bilgisayarlar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri oluşturur. Elkoymaya 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 elkoyma işleminin delil etme amacına hizmet etmesidir.³¹⁴ Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır (CMK m. 134).

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir (CMK m. 134/1).

Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir (CMK m. 134/2).

³¹² Mustafa Artuç, Cemil Gedikli, **Yeni İctihatlarla TCK-CMK-CGİK ve Çocuk Koruma Kanunu ile Getirilen Yenilikler**, Kartal Yayınevi, Ankara, 2006, s.502

³¹³ Serap Keskin, "Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **İHF Mecmuası**, Sayı:1-2, 2001, s.156

³¹⁴ Aydın, 2009, s.191

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır (CMK m. 134/3).

İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır (CMK m. 134/4).

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır (CMK m. 134/5).

D. Şartları

Bilgisayarlarda, program ve kütüklerinde yapılan aramanın diğer arama türlerine göre daha sıkı şartlara bağlanması doğaldır. Çünkü bu tür bir arama sonucu sadece kişinin konutunun dokunulmazlığı ve özel hayatının gizliliği ihlâl edilmemekte bunların yanı sıra ticari, mesleki ve bilimsel sırları ile haberleşme özgürlüğünün ihlâli tehlikesi doğmaktadır. Bu itibarla kanun koyucu, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile kişilerin hak ve hürriyetlerinin korunması arasında dengeyi koruyabilmek için bu şekilde bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir.³¹⁵

Kişisel verilerimiz üzerinde sahip olduğumuz hak, ulusal ve uluslararası normlarda bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında yer almakta ve korunmaktadır. Bu nedenle bilgisayarlar gibi elektronik aygıtların aranması veya bu aygıtlara el konulması söz konusu olduğunda bu müdahalenin ancak hakim kararı ile yapılması gerekmektedir.³¹⁶ CMK m. 134'te, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve geçici elkoyma konularını düzenlemektedir. Bireye ait kişisel bilgiler üzerindeki hak, temel insan haklarından olduğundan hakkın kısıtlanabilmesi için yasal düzenleme gerekeceği açıktır. Ancak bilgisayarlardaki kayıtların gerçeğin açığa çıkarılması yönünden, ceza davasında delil, iz, eser ve emare oluşturacağı ortadadır. Bu itibarla madde hem bu olanağı sağlamak

³¹⁵ Aksoy, 2007, s.68

³¹⁶ Akbulut, 2009, s.137

ve hem de bireysel yararları saklı tutmak amacıyla bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılmasını aşağıdaki belirli koşullara tabi kılmış bulunmaktadır;³¹⁷

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme olanağının bulunmaması halinde, C. Savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların Çözülerek metin haline getirilmesine hakim tarafından karar verilir. Demek oluyor ki, bilgisayara elkoyabilmek için;

1. Suç şüphesi bulunmalı
2. Bu suç sebebiyle soruşturmaya başlanmış olmalı
3. Başka surette delil elde etme olanağı bulunmamalı
4. Cumhuriyet savcısının istemi olmalı
5. Hâkim kararı olmalı
6. Bilgisayarın şüpheli tarafından kullanılıyor olması

Bu beş koşul bir arada olmadan bilgisayarlarda, program veya kütüklerinde arama yapılamaz.³¹⁸ Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde elkoyma ve kopya alma tedbirine başvurmanın bir diğer şartı da bu tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim tarafından karar verilmesidir. Bu husustaki kararın mutlaka hâkim tarafından ve gizli olarak verilmesi gerekir. Bu karar, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından gizli olarak verilecektir. Hakimin kararı şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama

³¹⁷ Gürsel Yalvaç, **Ceza ve Yargılama Hukuku Yasaları, T.C. Anayasası, TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s.745; Ölmez, 2008, s.102

³¹⁸ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, 2010, s.443

yapılmasını, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine ilişkindir.³¹⁹

Bugün hem hukuk hem de ceza davaları bakımından elektronik delillerin öneminin ne kadar büyük olduğunu hepimiz biliyoruz. Maddi veya şekli gerçeğin açığa çıkarılması açısından, bilgisayarlardaki kayıtların ceza ve hukuk davalarında delil, iz, eser ve emare oluşturacağı konusunda artık şüphe bulunmamaktadır. Bu nedenle hem bu olanağı sağlamak ve hem de bireysel yararları saklı tutmak amacıyla bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılması belirli koşullara tabi kılınmış bulunmaktadır.³²⁰ Bu koşulların tümünün birlikte gerçekleşmesi gerekir. Şartlardan birisi yok ise bu koruma tedbiri uygulanamaz.

1. Yeterli Şüphe Sebeplerinin Varlığı

Bilgisayarlarda, program ve kütüklerinde yapılan aramaya sadece soruşturma aşamasında başvurabilmek mümkündür. Bu durum, doktrinde bir kısım yazarlarca eleştirilmektedir. Örneğin Malkoç'a göre bu tedbirin sadece soruşturma safhası için kabul edilmiş olmasını anlamak kolay değildir. Çünkü ilk aşamada belirlenemeyen verilerin kovuşturma aşamasında elde edilmesi söz konusu olabilir.³²¹ Fakat bu tedbirin uygulanmasının soruşturma aşaması ile sınırlı olması tedbirin uygulanma amacı ile örtüşmektedir. Zira, bu tedbir başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde yeni delil veya delillere ulaşılabilmesi amacıyla uygulanabilmektedir. Kovuşturma aşamasında ise, yeterli suç şüphesi içeren delillerin elde edilmesi sonucu açılmış bir kamu davasının yürütülmesi söz konusudur. Bu itibarla, yeterli suç şüphesi içeren delil mevcut olduğundan bu aşamada bilgisayarlarda, program ve kütüklerinde arama yapılmasına imkân tanımak tedbirin amacına aykırı olacaktır.³²²

³¹⁹ Kunter ve Yenisey, 2003, s.387; Ölmez, 2008, s.103

³²⁰ Leyla Keser Berber, "Bilişim Hukuku Günlüğü Adli Bilişim, CMK Md. 134 ve Düşündürdükleri", 2008, <<<http://www.leylakeser.org/2008>>>(Erişim: 25.12.2010)

³²¹ İsmail Malkoç ve Mert Yüksektepe, **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005, s.367

³²² Çolak ve Taşkın, 2005, s.607

Tüm elkoyma tedbirlerinde olduğu gibi, bu elkoyma tedbirinin uygulanması için de, soruşturma konusu suçun işlendiğine ve bilgisayarlara, program ve kütüklerine elkonulduğu takdirde delil elde edileceğine dair şüphe bulunması gerekir. Soruşturma ve kovuşturma şüphe ve bu şüpheyi haklı gösterecek bulgular olmaksızın yürümez, tüm soruşturma ve kovuşturma işlemleri delile dayanır.³²³ Öncelikle bir suç şüphesi bulunmalı ve bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmış olmalıdır.³²⁴ Tedbire başvurulabilmesi için suçun işlendiğine dair şüphe derecesi belirlenmemiştir. Bu durum, bir suçun işlendiğine dair basit şüphe halinde de, tedbire başvurulabilmesini mümkün kılacaktır.³²⁵ Bazı tedbirlerin uygulanmasında önemli ve ağır kabul edilebilecek suçlar sayılarak tedbirin sadece bu suçlarla ilgili olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir. Ancak bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, elkoyma ve kopya alma tedbirinin uygulanmasında, suçla ilgili bir sınırlama öngörülmemiştir. Yani kanunlarda suç olarak düzenlenmiş her türlü olayın aydınlatılması amacıyla bu tedbire başvurulabilecektir.³²⁶ Ancak 134. maddenin gerekçesinde *"iki yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler hakkında yapılan soruşturmalarda bilgisayarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve aygıt geçici olarak elkoyma yapılabilir."*³²⁷ denilerek bu konuda bir alt sınır belirtilmiştir.

Bu koruma tedbirinin sonuçları, özel hayatın korunmasından ticari, mesleki, bilimsel sırlara ve mülkiyet hakkına kadar çok değişik temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgisi bulunduğundan, çok ağırdır. Bilgisayara, programına veya kütüğüne elkoymanın, aramadan daha ağır olduğu kuşkusuzdur. Bu tedbirin uygulanması şirket vs. gibi bir kuruluşu kapanma noktasına kadar getirebilir. Bu nedenle, kanunda öngörülen şartlara sıkı sıkıya uyulmalıdır. Kanuna aykırı elkoyma halinde CMK m. 141 çerçevesinde tazminat isteminin söz konusu olabileceği de unutulmamalıdır.³²⁸

³²³ Hakeri, ve Ünver, 2009, s.201

³²⁴ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, 2010, s.443

³²⁵ Centel ve Zafer, 2008, s. 355

³²⁶ Çolak ve Taşkın, 2005, s.434

³²⁷ Yalvaç, 2008, s.745

³²⁸ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, 2010, s.444

2. Başka Suretle Delil Elde Etme İmkânı Bulunmaması

CMK önemli saydığı bir takım koruma tedbirlerini, diğer tedbirlerden ayırmış ve bu tedbirlere ancak klasik soruşturma ve delil elde etme yöntemleri denenip bunlardan bir sonuç alınmadığı takdirde başvurulmasına imkan vermiştir. “İkinci derecede uygulanabilirlik” olarak da ifade edilen bu koşul, oranlılık ilkesinin somutlaşmış bir biçimidir.³²⁹

CMK'nın 134/1 maddesinde belirtilen elkoyma işlemi de “başka surette delil elde etme imkanı bulunmaması halinde” yapılabilecek bir işlemdir. CMK'da getirilen bu yeni koruma tedbiri konusunda üzerinde durulması gereken önemli bir nokta da, bu tedbire sadece soruşturma aşamasında ve ancak Cumhuriyet savcısının istemi halinde başvurulabilecek olmasıdır. Bazı yazarlar, mahkemeye kovuşturma aşamasında ve re'sen bu tedbire başvurma imkanının tanınmamasını eleştirmektedirler. Bu eleştiri haklı değildir. Zira kanun koyucunun bu takdirinin altında yeni ceza muhakemesi sisteminin mantığı yatmaktadır. Yeni sistemde, tüm delillerin soruşturma aşamasında toplanıp mahkemeye eksiksiz sunulması istenmektedir. Soruşturma yapma ve delil toplama görevi Cumhuriyet savasına aittir. Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür (CMK m. 160/2). Bu kapsamda, Cumhuriyet savcısı gerek gördüğü tüm tedbirleri alacaktır. Şayet, bir eksiklik varsa ve mahkeme örneğin bilgisayar üzerinde arama ve elkoyma tedbirine başvurulmasını gerekli görüyorsa, iddianameyi iade ederek bu eksikliğin giderilmesini sağlayacaktır (CMK m. 174/lb).³³⁰

Buna göre, aynı amaca hizmet eden iki koruma tedbiri var ise bu tedbirlerden daha ılımlı, kişi hak ve özgürlüklerine daha az müdahale edeni tercih edilmelidir. Ancak bu koşul, öncelikle klasik soruşturma yöntemlerinin denenip sonuç alınması, daha sonra bu tedbirlerin uygulanması anlamına gelmez. Klasik koruma tedbirleri denendiğinde bunlardan sonuç alınamayacağı konusunda haklı bir beklenti var ise daha ağır sonuçlar

³²⁹ Akbulut, 2009, s.138

³³⁰ Aksoy, 2007, s.69

doğuracak olan tedbire doğrudan başvurmak mümkündür.³³¹ Fakat sanık ya da üçüncü kişilerin bilgisayarlarında bu tedbir uygulanmaz. Burada dikkat edilecek diğer bir husus da tedbire konu olan bilgisayarın, şüphelinin sahip olduğu bilgisayar olmayıp, şüphelinin “kullandığı” bilgisayar olmasıdır. Zira suç işleyen kişiler, kendi adlarına kayıtlı olan ya da faturalardan kendileri adına alındığı tespit edilebilen bilgisayarları kullanmayabilirler.³³²

3. Hâkim Kararının Bulunması

CMK'nın 134/1 maddesi uyarınca yapılacak elkoyma işlemi ancak hakim kararı ile mümkündür. Maddede, bu kararın soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının istemi üzerine verileceği belirtilmiştir. CMK'nın 162/1 maddesi uyarınca bu kararı verecek hakim, elkoyma işleminin yapılacağı yerdeki sulh ceza hakimidir. Bu nedenle, soruşturmanın yapıldığı yerin yargı çevresi dışında bir yerde bu tedbir uygulanacak ise, soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcılığı, işlemin yapılacağı yerdeki Cumhuriyet savcılığına istinabe (talimat) yolu ile durumu bildirip o yerdeki sulh ceza hakimine müracaat edilmesini istemelidir.

Ancak tekrar belirtelim ki; burada yer alan düzenlemeler bilgisayarlarda yapılacak elkoyma, kopyalamaya, bilgisayar kayıtlarının çözülerek metin haline getirilmesine ilişkin olup, bilgisayara fizik olarak elkonulması genel hükümleri tabidir. Bu anlamda; usulüne göre verilmiş bir arama kararı veya emri üzerine arama işlemi icra edilirken bizzat bilgisayarın kendisinden delil elde edilmesi umulan veya müsaderesi gerektiği düşünülen bir bilgisayara rastlanıldığında içinde inceleme yapılmadan bu bilgisayar muhafaza altına alınmalı (zilyedi rıza göstermez ise elkonulmalı), arama, kopyalama, kayıtları metin haline getirme işlemi maddede öngörülen hakim kararı alındıktan sonra yapılmalıdır. Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin bu yönde bir emir verme yetkisi yoktur. İşin önemi ve çoğu kez hakime müracaat etmeye yetecek vaktin bulunması nedeniyle bu düzenleme yerinde olmuştur.³³³ Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde elkoyma ve kopya alma tedbirinin uygulanmasına ilişkin kararlar, CMK m. 267 gereğince itiraza tabidir. Bildiğimiz gibi hakimlik kararlarına bu madde gereğince itiraz edilebilir.

³³¹ Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadele, Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, 2001, s.120-122

³³² Çolak ve Taşkın, 2005, s.435; Ölmez, 2008, s.104

³³³ Akbulut, 2009, s.139-140

Dolayısıyla soruşturma evresinde sulh ceza hakimince verilen bu tedbir kararına karşı itiraz yasa yolu açıktır.³³⁴

IV. TEDBİRİN ÖZELLİKLERİ

A.Suç Bakımından

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koymanın uygulanacağı suç tipleri açısından kanunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bilişim suçlarında uygulanabileceği gibi, internet üzerinden yapılan tahdit ve hakaret gibi suçlarda da uygulanmasında engel bir durum yoktur.

B.Şüphe Bakımından

CMK'nın 135. maddesindeki bu tedbir için herhangi bir şüphe üzerine bir düzenleme yer almayıp, başka türlü delil elde etme imkânının olmaması halinde başvurulacağını düzenlemiştir.

C.Kişi Bakımından

Kanunda bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koymanın kişi bakımından uygulamasına ilişkin istisnai düzenlemeler yer almamaktadır.

D.Kararı Verecek Mercî Bakımından

Diğer koruma tedbirlerinden ayrılan temel bir özelliği de bu tedbirin uygulanabilmesine karar verme yetkisi sadece hâkimdedir. Arama ve el koymadan farklı olarak; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi savcının karar verme yetkisi bulunmamaktadır.

³³⁴ Ölmez, 2008, s.105

E. Ölçülülük Bakımından (Oranlılık İlkesi

Bu ilkeye göre, delillere klasik koruma tedbirleri ile ulaşma imkânı var ise bu tedbire başvurulamayacaktır. Ayrıca şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, el konulan cihazların gecikme olmaksızın iade edilmesi gerekliliği CMK m.134/2’de düzenlenmiştir.

V. BENZER TEDBİRLER İLE KARŞILAŞTIRMA

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma, 4422 sayılı çıkar amaçlı suç örgütü ile mücadele kanununun yürürlükten kalkması ile hukukumuzda sadece CMK’da yer almaktadır. Bu nedenle CMK’ da yer alan tedbirler ile birlikte değerlendirilmesi katkı sağlayacaktır.

A) İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması

Bu tedbir ile bilgisayarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma karşılaştırıldığında şu sonuçlara ulaşmak mümkündür.

- CMK nın 134. maddesindeki tedbirde gizlilik olmayıp, ilgililerinin huzurunda yapılır iken, CM nın 135. maddesindeki işlemde gizlilik esas olup, ilgililerinin haberi bulunmamaktadır.
- CMK’ nın 135. maddesindeki arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri bilgisayarın maddi varlığına yöneliktir. İletişimin tespiti ise daha soyut bir denetleme ve kayda alma işlemidir.
- İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınmasının uygulanabilmesi için iletişimin varlığı gereklidir. Oysa bilgisayarlarda arama, kopyalama ve elkoyma için bilgisayarın iletişimde kullanılması gerekmez.
- İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması daha geniş bir kavram olup, bilgisayar dışındaki telefon, faks vb. iletişim araçlarını da kapsar.

- İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması sürelidir ve bir süre devam edebilir. Oysa bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma, arama ya da kopyalama işleminin bitmesiyle sona erer.
- CMK m. 135 sadece belli suçlar için uygulanabilir iken, m.134 için böyle bir sınırlama yoktur.

B. Arama

Arama delil elde etmek üzere yapılan araştırma işlemidir. CMK m.116'ya göre: *“(1) Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”*

Cmk 135 deki arama ve elkoymada, makul şüphe değil başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması şartına bağlıdır.

Arama ve bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma arasındaki farkın aramanın konusuna ilişkin olduğu söylenmelidir: Arama evde, işyerinde, eşyada, üstte, vücutta uygulanabilen bir tedbir iken bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma sadece bilgisayar ortamında uygulanabilir. Bu yönüyle bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma kısmen de olsa aramanın özel bir görünüşüdür.

C. Elkoyma

CMK'da genel elkoymanın özel bir türü olup, maddi varlığı olan değil verisel materyallere el koyulmaktadır. El koyma tedbiri bilgisayar ve bilgisayar verileri üzerinde uygulandığında bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma adını alacaktır. Elkoyma işleminde elkonulan eşyaların soruşturma veya kovuşturma sonuna kadar muhafazası sözkonusu iken, CMK 135. deki elkoymada amaçlanan verilerin ele geçirilmesi olup, yukarıdaki bölümde belirtilen elkoymanın amaçlarından sadece delil elde etme amaçlanmıştır.

VI. BİLGİSAYARLARDA ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRİNİN İCRASI

CMK'nın 134. maddesinde yer alan bilgisayar istemlerinde yapılacak elkoyma işleminin nasıl icra edileceği aynı maddede ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu tür elkoymanın amacı delil elde etmek olduğu için, bilgisayar sistemlerindeki verilere ulaşmak hedeflenmeli ve bu verilere ulaşıp gerekli bilgi alındıktan sonra sistemden çıkılmalıdır. Buna göre; elkoyma kararı üzerine, kararı icra edecek olan kolluk birimleri gerekli teknik ekip ile birlikte sistemin bulunduğu yere gidecektir. Öncelikle, bilgisayar sistemine elkonulmadan verilerin alınmasına ilişkin imkanlar araştırılmalıdır. Bilgisayar sistemine elkonulmadan verilerin tamamı veya gerekli kısmı alınabiliyor ise sisteme elkonulmaz (CMK 134/5). Bu durumda gerekli verilerin kopyası alınır ve kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılır.³³⁵

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır. İstemesi hâlinde, bu yedekten elektronik ortamda bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır. Elkoyma sırasında yedekleme yapılması, ilgili görevlilerin gerek duymasına bırakılmamıştır. Zorunlu olarak yedekleme yapılması gerekir. Bilgilerin kaybolması ya da bir zarar meydana gelmesi söz konusu olmasa bile yedekleme yapılacaktır. Bunun bir amacı da delil uydurulmasının önlenmesidir.³³⁶

Eğer bilgisayar sistemine; var olan şifresinin çözülememesi veya başka bir nedenle girilemez ise sisteme elkonulur ve şifre kırılarak sisteme girilip verilere ulaşıncaya kadar sistem iade edilmez. Şifre çözümlenip gerekli verilere ulaşıldıktan sonra bu verilerin kopyası çıkarılır, kopyası çıkarılan bu verilerin kâğıda yazdırılması kanımızca burada da gereklidir. Verilere ulaşıp kopyaları çıkarıldıktan sonra elkonulan cihazlar iade edilir. Nitekim 134 maddenin ikinci fıkrada ise; eğer şifrenin çözülememesi veya gizli bilgilere ulaşılamaması gibi bir durum söz konusu ise, bilgisayara elkoyma işleminin nasıl yapılacağı anlatılmaktadır. Ancak, Adli bilişim bilgisayar incelemelerinde işletim sistemi, kullanıcı adı ve şifreye gerek olmadığından dolayı bu ifadenin gerçekte uygulamada bir anlamı

³³⁵ Akbulut, 2009, s.140

³³⁶ Çolak ve Taşkın, 2005, s.436; Ölmez, 2008, s.104

yoktur. Aslında, el koyma şifrenin çözülememesinden dolayı değil, incelemenin uzun sürmesi durumunda gerekli olmaktadır. Bu nedenle madde hükmünün adli bilişim incelemesinin bu özellikleri doğrultusunda değiştirilmesi gerekecektir.³³⁷

Elkoyma ve kopya çıkarmaya ilişkin işlemlere başlanmadan önce sistemin verilerin güvenliği için bütün bilgi ve verilerin yedeklemesi yapılmalıdır (CMK 134/3). Bu fıkra hükmünün uygulanabilmesi, yani elkoyma işlemi sırasında tüm verilerin yedeklemesinin yapılabilmesi için, şüphelinin kolluk merkezinde veya işyerinde en az 4-5 saat ve en çok 12-13 saat misafir etmesi gerekmektedir. Hard diskin özellikleri, aranacak bilginin, elde edilmesi istenen neler olduğuna bağlı olarak bu yelpazede bir süreye ihtiyaç olmaktadır. Ayrıca sadece birkaç dosyanın bile arandığı “arama” işleminin yine adli bilişim kuralları gereği yapılması gerektiği için, büyük çaplı ve birden çok kişinin bilgisayarlarında arama veya elkoyma işleminin yapılacağı durumlarda, olay yerine gelen her kolluk ekibinin adli bilişim yazılım ve donanımlarını yanlarında bulundurmaları beklenemeyecektir.³³⁸ Dolayısıyla uygulamada adli bilişim prosedürünün özellikleri nedeniyle, elkoyma anında yedeklemenin yapılması mümkün olmamakta ve bilgisayarlar adli bilişim incelemesinin yapılacağı yerlere veya laboratuarlara götürülmektedir.³³⁹ Böyle bir yedek çıkarılması için şüphelinin veya başka birisinin istemde bulunması gerekli değildir. Verilerin yedeği her durumda çıkarılmalıdır. İstenmesi halinde çıkarılan bu yedekten bir kopya şüpheliye veya vekiline verilir ve bu şekilde işlem yapıldığına ilişkin tutanak düzenlenir.

Kolluğun, talep edilmemesi halinde, çıkarılan bu yedekten bir kopyayı re'sen şüpheliye veya vekiline verme zorunluluğu yoktur. Ancak, çıkarılan bu yedekten bir kopyanın şüpheliye veya vekiline verilmesi ile hem verilerin kaybolması önlenir hem de şüphelinin kendisinden alınan verilere ekleme yapıldığına ilişkin ileride yapacağı itiraz ve iddiaların önüne geçilmiş olur. Çıkarılan yedekten bir kopya çıkarılmasının istenmediği elkoyma tutanağına yazılmalıdır. Böyle bir yazım yok ise şüpheli veya vekili kendilerine yedekten kopya verilmesini istedikleri halde verilmediğini ve elkonulan verilerin

³³⁷ Akbulut, 2009, s.140-141

³³⁸ Gözde Kocamaz, “CMK 134 Üzerine Düşünceler”, 2009, <<<http://www.turkhukuksitesi.com.tr>>> (Erişim: 10.04.2011)

³³⁹ Berber, 2008; Akbulut, 2009, s.144

değiştirildiğini iddia edebilirler. Böyle bir durumda elde edilen veriler kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil haline gelir ve bu nitelikteki deliller hükme esas alınmaz.³⁴⁰

Bazı bilgisayar sistemlerinde verilerin kopyasının çıkarılmasını ve sisteme girilmesini önlemek için kurulmuş imha tuzakları bulunmaktadır. Özellikle suçla ilgili verilerin bulunması muhtemel sistemlerde delillerin elde edilmesini önlemek isteyen kişiler bu tür güvenlik programlarına başvurmaktadır. Bu nedenle sisteme müdahale edilmeden önce bu tür bir korumanın olup olmadığı incelenmeli, tuzaklar ayıklanarak sisteme girilmelidir. Aksi takdirde çok değerli delillere ulaşılmadan bu delillerin kaybolmasına neden olunabilir.³⁴¹

Diğer tüm muhakeme işlemlerinde olduğu gibi (CMK 169/2) bu işlemlerin sonucunda da yapılan işlemler, bu işlemlerin kim tarafından nasıl gerçekleştiği, ne zaman ve nerede yapıldığı bir tutanağa bağlanır ve işleme katılanlar tarafından imzalanır. İmza etmek istemeyen bulunur ise bu husus tutanağa yazılarak kolluk görevlileri tarafından imza altına alınır. Ayrıca bu konuda Suç Eşyası Yönetmeliğinden yararlanılabilir. İşlemi yapan görevlilerce suç eşyasına el konulduğuna dair bir tutanak düzenlenir. El koyma tutanağına; el konulan eşyanın cinsi, miktarı, marka, model gibi benzerlerinden ayırt etmeye elverişli bütün nitelikleri, değeri, hangi suçtan dolayı kimden, nereden ve ne suretle alınmış olduğu, soruşturma evrakı numarası, tarafların ve el koyma işlemini yapan kolluk görevlilerinin açık kimlikleri, işlemin yeri, tarihi ve saati yazılır; ilgililerin imzası alınır. Bu şekilde düzenlenen tutanak, soruşturma evrakına eklenir. El konulan eşya, uygun şekilde ambalajlandıktan sonra usulüne uygun olarak mühürlenir ve Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi edilir. Teslim alınarak en kısa zamanda emanet memurluğuna teslim edilir. Suç Eşyası Yönetmeliğine göre; elkonulan bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve bu sisteme ilişkin verilerin asıl ya da kopyaları, ses ve görüntü kayıtlarının bulunduğu depolama aygıtları gibi eşyalar, bozulmalarını engelleyecek, nem, ısı, manyetik alan ve darbelerden korunmalarını sağlayacak uygun ortamda muhafaza edilir (Ynt. md. 9/2).

³⁴⁰ Akbulut, 2009, s.144

³⁴¹ Aydın, 2009, s.191

Uygulama kolluk güçleri arama sırasında el koyduklar bilgisayar, bilgisayar programlarını ve kütüklerini kendilerinde muhafaza ederek el konulan şeylerin delil olma vasfını kaybına yol açabilirler.

Sonuç olarak bilgisayara, programına veya kütüğüne elkoymanın, aramadan daha ağır olduğu kuşkusuzdur. Yukarıda da açıklandığı gibi, bunlara elkoyma, şirket vs. gibi bir kuruluşu kapanma noktasına kadar getirebilir. Bu nedenle, kanunda öngörülen şartlara sıkı sıkıya uyulmalıdır. Kanuna aykırı elkoyma halinde CMK madde 141 çerçevesinde tazminat isteminin söz konusu olabileceği de unutulmamalıdır.³⁴²

VII. DENETİM VE YASAL OLMAYAN DELİL

A. CMK daki Durum

Hükümde hukuka aykırı uygulamaya karşı hangi kanun yoluna başvurulabileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde genel hükümler çerçevesinde hareket edilmelidir. Bu anlamda itiraz kanun yoluna başvurulabileceği söylenmelidir. Bununla birlikte, maddenin öngördüğü geçici el koymaya karşı itiraz yolunun açık olduğu da madde gerekçesinde belirtildiği söylenmelidir.

Bu anlamda öncelikle arama koruma tedbirinin son karar ile birlikte istinaf veya temyiz kanun yolu ile denetlenmesi mümkün olduğu öte yandan yazılı emir yolu ile de başvurulabileceği belirtilebilir.

Henüz son karar verilmeden de arama tedbirinin denetlenmesi mümkündür. Buna göre Mahkeme kararlarına karşı CMK madde 267 uyarınca itiraz yoluna gidilebilir.

Ayrıca kanunun hüküm koymadığı hallerde CMK 35. maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren 7 gün içinde kararı veren merciiye verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak sureti ile CMK 268/1 maddesi kapsamında tedbire karşı itiraz edilebilir.

³⁴² Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, 2010, s.444; Uğuz, 2007, s.106

B. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Delillerin Muhakemede Kullanılmaması

Ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğin araştırılması olduğu daha önce söylenmişti. Ancak, sınırsız bir şekilde araştırma yapmak yetkisi toplumsal ve bireysel hak ve özgürlükleri yok edebilir. İşte hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi konusunda getirilen sınırlamalara *delil yasakları* denir³⁴³. Bu bağlamda arama koruma tedbirine başvurulması da maddi gerçeğe ulaşma araçlarından biri olarak hiçbir koşul ve sınır tanımadan uygulanamaz. Arama koruma tedbiri bakımından anayasa ve yasalarda getirilmiş koşullar yanında, ona hakim olan ilkelere de uyulmalıdır. Bunlara uyulmaması aramanın ve bunun sonucunda elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılmasına yol açacaktır. Bir delilin hukuka aykırı sayılması halinde ise sorun bu delilin muhakemede kullanılabilip kullanılmayacağı noktasında düğümlenir³⁴⁴.

Kanuna aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delillerin duruşmada ortaya konulamaması (CMK 206/2-a) ve yüklenen suçun, sadece hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilmesi (CMK 217/2), Anayasamızın garantisi altında bulunan temel insan hakları ve hürriyetlerinin korunması amacı ile kabul edilen

³⁴³ ÖZTÜRK, Bahri, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.1 vd.

³⁴⁴ **İngiliz hukukunda**, hukuka aykırı olarak elde edilen delil muhakemede kullanılmaz. Bu şekilde elde edilen bir delil daha muhakemenin başında sahibine iade edilmelidir. Öte yandan gerçeğe aykırı olarak, hile yoluyla elde edilen arama kararının varlığı halinde karar yanlış bir bilgi üzerine verilmiş veya kötü niyetli bir yemine dayanılarak talep edilmiş ve arama sonuçsuz kalmışsa ilgililere karşı bir hukuk davası açılarak zarar tazmin ettirilebilir. Böyle bir durumda ilgili polisin tutuklanması da mümkündür (HAMPTON, 40 vd.; MICHALLEK, 127; GÜNTHER, 154 (Nakleden, ÖZBEK, Arama, s.155). Sanığın dava açabileceği diğer haller ise şunlardır: a) Aramanın yasal olmayan bir biçimde yapılması, b) Eşyaya yasaya aykırı olarak elkonulması veya muhafaza altına alınması (HAMPTON, 40). Tüm bu hallerde sorumluluk yetkisiz veya yetkisine tecavüz ederek ev ya da kişi aramasını icra eden memurdadır. Bu konuda yalnızca polisin sorumlu olmasının nedeni İngiltere'de devletin sorumluluğu bakımından "Kral yanlış yapmaz" prensibinin geçerli olmasıdır(Nakleden, ÖZBEK, Arama, s.155).

ABD hukukunda da arama amacına ulaşsa dahi, aramada temel hak ve özgürlüklere kabulü mümkün olmayan bir müdahalede bulunulmuşsa elde edilen delil kullanılmaz (MICHALLEK, 134). Yine mahkeme, kararında anayasa ihlal edilerek elde edilen bir delile dayanmışsa bu karar iptal edilmelidir. Zira bu şekilde elde edilen kararlar yasak delil kapsamında olup, muhakemede kullanılmaz (Nakleden, ÖZBEK, Arama, s.155).

Eyalet uygulamalarında usulüne göre verilmemiş bir kararlar veya herhangi bir karar olmaksızın yapılan aramadan dolayı bu aramayı yapan polis memurlarına karşı müdahalenin men'i ve tazminat davası açılmaktadır. Aynı zamanda polis karşı disiplin soruşturması da yapılabilir (MICHALLEK, 135; ÖZBUDUN, s.273). Görüldüğü üzere, polisin sorumluluğu kişiseldir. Amerika'da polis memurunun yanlış davranışından ileri gelen bu sorumluluğu şuradan kaynaklanır: Polis görevini yerine getirirken bir takım zararlar verebilir. Kişiler de organize bir toplumda yaşamlarının ödülü olarak buna katlanmalıdırlar (Nakleden, ÖZBEK, Arama, s.155).

yasaklardır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise, serpiştirilmiş bir şekilde birçok maddesinde "hukuka aykırı" olduğunu belirlediği "delil elde etme yöntemlerini" göstermiş ve 217/2. maddesinde ise, "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" demiştir³⁴⁵.

Bununla birlikte doktrinde konuyla ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür: ÖZTÜRK-ERDEM'e göre, Anayasanın 38/6. maddesinde, "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez" denilirken eski CMUK m. 254/2'de "hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller.."; yeni CMK m. 217/2'de de "hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş her türlü delil" denilmesi karşısında, Anayasaya göre artık elde edilen delilin hukuka uygun olarak mı değil; kanuna uygun olarak mı elde edildiğine bakılacak; *hak ihlaline yol açmayan en küçük bir aykırılık bile*, elde edilen delili kullanılamaz hale sokacaktır³⁴⁶.

KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU'na göre; hukuka aykırı deliller, kovuşturma organları tarafından yapılan işleme ve bu işlemin kanunla düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki menfaate göre tasnif edilmelidir. Yeni CMK 217'de olumlu yönden ele alınıp, "hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil" olarak belirlenen konu tartışılırken, hem delil yasakları görüşü, hem de korunan hukuki menfaat birlikte ele alınmalı ve önce elde edilen delilin "hukuka aykırı" olup olmadığı belirlenmelidir. Bundan sonra, hukuka aykırı olduğu belirlenen bu delili hüküm verirken kullanıp kullanmamak, mahkemenin takdirine bırakılmalıdır. Sonuçta verilen karar, sanığın "adil yargılanma hakkını" ihlal etmeyecekse, hukuka aykırı olan delilin dahi, hükümde kullanılması ilkesi benimsenmelidir. Ancak, Kanun bir "delil yasağı" koymuşsa, bu delilin de hiç bir şekilde kullanılmaması gerektiği kabul edilmelidir³⁴⁷.

Görüldüğü gibi, ÖZTÜRK-ERDEM, mutlak bir delil değerlendirme yasağını kabul etmiş, KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU ise daha esnek bir anlayışla hukuka aykırı bir şekilde elde edilen deliller konusunda ikili bir ayrıma gitmiş, bazı delillerin hukuka aykırı elde edilmiş olmasına rağmen kullanılıp kullanılmayacağı somut olaydaki anayasal

³⁴⁵ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.1030.

³⁴⁶ ÖZTÜRK-ERDEM, s.444.

³⁴⁷ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.1035.

hakların ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda mahkemeye takdir yetkisi vereceğini; bunun yanında, kanun koyucunun mahkemeye bir takdir yetkisi tanımaksızın delil elde edilirken yapılan ağır hukuka aykırılık nedeniyle o delili yasakladığı hallerde bu delilin muhakemede kullanılmayacağını belirtmiştir.

Kanaatimizce de kişinin anayasal haklarını ihlal etmeyecek şekilde hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin muhakemede kullanılıp kullanılmaması mahkemenin takdirinde olmalıdır. Örneğin, arama kararında hâkimin imzasının olmaması bir usül eksikliğidir. Sonradan giderilebilir bu eksiklik yüzünden bu karara dayanılarak yapılan arama sonucunda elde edilen delilleri “delil yasakları” kapsamında değerlendirmenin hukukun genel ilkelerine uygun düşmeyeceği söylenebilir.

Nitekim, AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde "hukuka aykırı olarak toplanan delillerin yargılamada kullanılmayacağına" dair özel bir düzenleme yoktur. AİHM delilin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olmasını kesin bir ret sebebi olarak kabul etmemektedir³⁴⁸.

AİHM, "işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına aykırı davranılmak suretiyle elde edilen deliller ile özel yaşamın gizliliğini ihlal ederek elde edilen delilleri kesin olarak ret etmekte ise de, bunlar dışında kalan hukuka aykırılık hallerinde hukuka aykırılığın ihlal ettiği anayasal hakkı ve elde edilen delilin yargılama sonucuna olan etkisini değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeler, üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilebilirliği açısından da aynen uygulanmaktadır. Burada da, şayet hüküm sadece bu delile dayanarak verilmişse "adil yargılanma hakkı"nın ihlal edildiği kabul edilmekte ve delil ret edilmektedir. Aksi halde ise, elde edilen delilin önemi ile hukuka aykırılık sonucu ihlal edilen hakkın karşılaştırılması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi benimsenmiştir³⁴⁹.

³⁴⁸ İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.287.

³⁴⁹ İNCEOĞLU, s.287.

C. Hukuka Aykırı Aramanın Suç Teşkil Ettiği Haller

Hukuka aykırı armanın suç teşkil ettiği haller 5237 sayılı TCK'nun çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak konumuzu genişleteceği endişesiyle bu hükümler hakkında sadece bilgi vermekle yetinip, ayrıntıya girmeyeceğiz.

5237. sayılı TCK'nın 116. maddesinde *konut dokunulmazlığını ihlal suçu* açıklanmış olup, bu suçun "kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle" işlenmesi (TCK m. 119/1-e) eylemin nitelikli hali olarak sayılmıştır. Buna göre, kolluk görevlisinin hukuka aykırı olarak konutta yapacağı arama faaliyeti konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacağından, hakkında soruşturma yapılacaktır³⁵⁰.

5237 sayılı TCK'nun "*Hakız Arama*" başlıklı 120. maddesi hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstününün veya eşyasının "kamu görevlisi" tarafından aranması fiilini üç aydan bir yıla kadar hapis cezası yaptırımına bağlamıştır. 5237 sayılı TCK'nın 24/3. maddesinin "konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur", hükmü karşısında, emri veren kamu görevlisi de bu suçtan müşterek fail olarak sorumlu olur³⁵¹. Aramanın yapıp bitmiş olması şart değildir. Çünkü suç, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Örneğin görevli olmayan ve yasal koşulları oluşmadığı halde arama yapan polis memuru ve gece bekçisi de bu suçu işlemiş olur³⁵². Madde metninde geçen "hukuka aykırı olarak" ibaresinden maksat, yürürlükteki mevzuatın izin vermediği haldir. Adli aramaya ilişkin ayrıntılı kurallar 5271 sayılı CMK ve AÖAY'de düzenlenmiştir. Buna göre, CMK'nun 119/1. maddesinde belirtilen yetkili makam tarafından verilmiş geçerli bir arama kararı olmaksızın veya aynı maddenin 2.

³⁵⁰ ÖZGENÇ, s.821.

³⁵¹ PARLAR, Ali-HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. I, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007, s.954.

³⁵² "..... polis memuru olan sanık M.G., polis memuru olan sanık B.A. ve S.K, gece bekçisi olan sanık H.Ç. olay aksamı bir lokantada içki içtikten sonra bir taksiye binerek sanık BA. ve H. Ç. nin görevli oldukları karakol yetkililerinden izin aldıkları, daha sonra aynı taksi ile saat 02.00 sıralarında, Gençlik Parkına gelerek, olay yerinde görevli olmadıkları halde, müşteki Ö.D. nin çalıştığı kiraathaneye giderek, orada bulunan bazı şahısların üzerlerini aradıkları ve Tarsuslu olduğu bildirilen ve kimliği saptanamayan bir kişiyi de dışarıya çıkardıkları anlaşılmaktadır. Olayın açıklanan oluş biçimine göre; polis memuru ve gece bekçisi gibi güvenlik görevlisi olan sanıkların eylemi, olay yerinde görevli olmadıkları halde, memuriyet görevlerini ve sıfatlarını kötüye kullanarak kişilerin üstlerini aramaktan ibarettir. Bu eylem de TCK'nın 183 (5237 sayılı TCK m. 120) maddesinde yazılı suçu oluşturur..."YCGK 26.6.1979, 5-235/306 (SAVAŞ, Vural-MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu**, C. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.2189)

fikrasında belirlenen sınırlamalara uyulmaksızın yapılan bir arama hukuka aykırı olması nedeniyle TCK 120. maddedeki suç oluşturacaktır³⁵³.

Yapılan aramanın şartları hukuka uygun olduğu halde, aramanın icrasında hukuka aykırı eylemlerde bulunulması halinde; örneğin zor kullanma yetkisi aşılması halinde TCK 256. maddenin yollamasıyla, TCK'nin 86/3-d maddesi gereğince, "*kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle kasten müessir fiil*" suçu, aramada ölçü kaçırılmış ise TCK'nin 257. maddesi gereğince "*görevi kötüye kullanma*" suçu oluşacak ve buna sebep olan kamu görevlisi hakkında yukarıda açıklandığı şekilde soruşturma yapılması söz konusu olacaktır³⁵⁴.

Ayrıca 5271 sayılı CMK'nın "Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır", şeklindeki 161/5. maddesi gereğince, hukuka aykırı arama yapan kolluk görevlileri hakkında soruşturmalar Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya yapılır³⁵⁵.

VIII. TEDBİRİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu tedbir de her koruma tedbiri gibi hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale eder. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma özel hayatla doğrudan ilgilidir. Zira kişilerin kendilerine ilişkin önemli verileri sakladıkları bilgisayarı bu tedbirle deşifre olmaktadır.

Özel hayatın korunması insan haklarına ilişkin en temel metinlerden birisi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 ile de güvence altına alınmıştır. Kural özel hayata

³⁵³ PARLAR-HATİPOĞLU, s.955.

³⁵⁴ ÖZGENÇ, s.776.

³⁵⁵ MALKOÇ, İsmail, *Açıklamalı- İçtihatlı Memur Yargılaması*, Malkoç Yayınevi, Ankara, 2006, s.31.

saygı olmakla birlikte bu hakkın da sınırları sözleşmede düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre belirli hallerde yasaya bu hakkın sınırlanması mümkündür³⁵⁶.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20. maddesinde de özel hayatın gizliliği başlığı altında temel hak ve özgürlük olarak herkesin özel hayatına saygı gösterilmesi isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz şeklinde düzenleme yapılmış ve Anayasal güvenceye bağlanmıştır.

Ancak özel hayatın gizliliği adli kovuşturma ve soruşturmanın gerektirdiği istisnalar saklı kalmak üzere, hâkim kararı ile üstünün aranacağı, özel kâğıtlarına ve eşyasının aranıp el konulacağı kabul edilmiştir.

Anayasanın 22. maddesinde haberleşme hürriyeti bir temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmiş güvenceye alınmış, ancak hâkim kararı ile haberleşmenin engellenmesine ve gizliliğin ihlal edileceği düzenlenmiştir.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasının hem devlet tarafından hem de bireyler tarafından zarar verilmesi engellenmeye çalışılmıştır.

Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler kanunla sınırlanabilir. Sınırlama Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanmalıdır. Sınırlama sebepleri, Anayasanın temel hak ve hürriyetler ile ilgili maddelerinde yer alan ve herhalde hürriyetin niteliğine göre, ayrı ayrı konulan sebepler olmalıdır.

Hukukumuzda bu konuyla ilgili olarak yapılan düzenlemeye bakıldığında söz konusu düzenlemenin AİHS'nin kriterlerini karşıladığı görülmektedir.

Zira hukukumuzdaki düzenleme kanunla yapılmış ve söz konusu hakkın sınırlanması da sözleşmede belirtildiği gibi suç işlenmesi haline özgülenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 8'de özel yaşamı aile yaşamını, konutu ve haberleşme

³⁵⁶ TEZCAN, Durmuş- ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKTAR, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması.

özgürlüğünü korumakta ve böylece kısmen birbiri ile kesişen dört temel hakkı garanti altına almaktadır.

Devletin Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğü yalnızca bu alana yönelik müdahaleleri önlemekle sınırlı değildir. Bundan başka devlet özel yaşamı alacağı pozitif tedbirler ile güvence altına almak zorundadır³⁵⁷.

IX.ARAMANIN ÖLÇÜSÜZ YAPILMASI DOLAYISIYLA TAZMİNAT HAKKI

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, haksız yakalama ve tutuklama halleri³⁵⁸ dışında, belirli ölçülerde olsa dahi, aramaya ilişkin olarak tazminatın kabulü, ülkemizde hukuk devletinin gelişmesi adına çok önemli bir kazanım olarak düşünülmelidir. Zira uygulamada, yıllardır ne yazık ki, adli aramanın gereksiz ve ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle ilgililer İdareye karşı veya haksız yakalama ve tutuklamada olduğu gibi Devlete karşı bir dava açamıyorlardı³⁵⁹. Gerçi doktrinde, İdare'nin personelini yeterli düzeyde eğitmemesi ve denetim sağlamaması nedeniyle bu tür olayların meydana gelmesini önleyici tedbirleri almaması dolayısıyla ihmalden kaynaklanan hizmet kusurunun³⁶⁰ varlığından bahisle İdareye karşı tam yargı davasının açılacağı ileri sürülmekte ise de gerçekte bu hususta yasal bir boşluğun olduğu da haklı olarak ifade edilmektedir³⁶¹.

Nitekim adli aramanın adli bir işlem olması dolayısıyla uygulamada İdare aleyhine davanın açıldığına ilişkin bir içtihadı rastlamak mümkün olmamıştır³⁶².

³⁵⁷ DURMUŞ, ERDEM, SANCAKTAR, age, s. 129.

³⁵⁸ Bu konuda bkz. HAKERİ, M. Hakan, **Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi**, Ankara, 1999, s.19 vd.

³⁵⁹ GÜLŞEN, a.g.m.

³⁶⁰ **Hizmet kusuru**, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir. Bkz. GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s.332.

³⁶¹ Bkz. ÖZBEK, Arama, s.162.

³⁶² Gerçekten, ülkemiz idari yargı uygulamasında, yargı faaliyetlerinden dolayı, aksine kanun hükmü bulunmadıkça, devletin sorumlu tutulmayacağı kabul edilmektedir. Buna göre, idari eylem ve işlem olarak düşünülmesi mümkün olmayan ceza yargılaması nedeniyle idarenin tazminat sorumluluğu söz konusu değildir. Oysa, kesin hüküm teşkil etmeyen adli kolluk işlemleri bakımından devletin sorumsuzluğunu gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt:II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s.960 vd.

İşte bu boşluğu doldurmak amacıyla 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanununa bir hüküm konulmuştur. Bu kanunun Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlıklı Yedinci Bölümünün 141/1.maddesinin i bendine göre, *suç soruşturması veya kovuşturması sırasında hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişiler*, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler. Bu madde bakımından arama kararı, CMK'nun 119.maddesindeki başlıktan da anlaşılacağı üzere, hem hakim kararı hem de Cumhuriyet Savcısının yazılı emrini ifade etmektedir³⁶³. Ayrıca burada “aranan şeyin niteliği” ölçüyü belirleyecektir³⁶⁴.

CMK m 141 'e göre aramadan kaynaklanan zararlardan dolayı tazminat talebinde bulunabilmek için aramanın ölçüsüz biçimde icra edilmesi gerekir. Yasakoyucunun neden böyle bir düzenleme getirdiği anlaşılamadığı gibi aramanın ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi ibaresi de belirsizdir. Kanımızca ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirmek oranlılık ilkesine aykırılık olarak anlaşılmalıdır Buna göre arama faydalı, gerekli ve amaca uygun değilse ölçüsüzdür. Bu ise aramanın koşullarının bulunmamasına rağmen gerçekleştirilmesini de kapsamına alır düşüncesindeyiz. Örneğin, gece vakti arama yapılmasının koşulları gerçekleşmemiş ise, arama ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmiştir. Yine gecikmede sakınca bulunmadığı halde böyle bir halin bulunduğu bahisle hâkim kararı olmaksızın arama yapılması da ölçüsüz bir arama olarak kabul edilmelidir.

5271 Ceza Muhakemesi Kanununun 142/1.maddesi uyarınca, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza mahkemesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır. Bu hususta nereye başvurulacağı ve hangi prosedürün takip edileceği yine bu maddenin müteakip fıkralarında ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir³⁶⁵.

Diğer yandan, devletin, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu edeceği de kanunda açıklanmıştır (m.143/2). Buna göre, ödenen tazminat, haksız aramaya neden olan kamu görevlisine

³⁶³ GÜLŞEN, a.g.m.

³⁶⁴ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.999.

³⁶⁵ Bkz. YAŞAR, Ceza Muhakemesi Kanunu, 551-552.

mutlaka rücu edilecektir. Bu konuda idareye inisiyatif tanınmamıştır³⁶⁶. Ancak madde gerekçesinde bu konuda kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı mahkumiyetinin şart olup olmadığına ilişkin bir açıklamaya rastlanmamaktadır³⁶⁷.

Bu düzenlemelerin hukuk düzenimize kazandırılması, mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından çok olumlu bir gelişmedir. Ayrıca, aramayı yerine getirirken kolluk görevlilerinin verdikleri ölçüsüz davranış sonucu verilen zarar dolayısıyla devletçe ödenen tazminatın, kendilerine ödettirmesini içeren bu hüküm, aramanın daha ölçülü ve dikkatli gerçekleştirilmesini sağlayacaktır³⁶⁸.

İdarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna dair Anayasanın 125. maddesi gereğince, önleme aramaları yönünden de, işleme maruz kalanların tazminat talep etme hakları vardır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/b maddesi gereğince, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan zarar görenlerin tam yargı davası açma hakları olduğu belirtilmiş olup, aynı kanunun 13. maddesi gereğince de, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri, bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, dava açılacakları açıklanmıştır³⁶⁹.

³⁶⁶ MALKOÇ-YÜKSEKTEPE, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, s.391.

³⁶⁷ Madde gerekçesi için bkz. NOYAN, Erdal, **Ceza Muhakemesi**, Ankara, Adil Yayınevi, 2005, s.335.: KOPARAN'a göre, bu konuda kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı mahkumiyeti durumunda rücu mümkün olabilmelidir (KOPARAN, a.g.m.)

³⁶⁸ GÜLŞEN, a.g.m.

³⁶⁹ ERYILMAZ, Türk ve İngiliz Hukuku, s.287-288.

X. KONU İLE İLGİLİ YARGITAY KARARLARI VE YORUMU

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 16.04.2007 Tarih 2005/6376 E, 2007/2551 K. Sayılı Kararı:

Bilgisayar Sistemine Zarar Vermek suçundan sanık M..... (Ç.....) Ü.....'ın yapılan yargılaması sonunda: Beraatine dair ADANA 5. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 25.11.2004 gün ve 2003/741 Esas, 2004/1570 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığının onama isteyen 18.07.2005 tarihli tebliğnamesi ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği görüldü:

Sanığın suç tarihinde kendi adına kayıtlı bilgisayar adresinden virüs göndererek katılan M..... E..'in, yetkilisi olduğu E..... İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ndeki bilgisayarların sistemine zarar verdiğinin iddia olunması, sanığın ise "kendisinin daha önce söz konusu şirkette satış ve pazarlama müdürü olarak çalıştığını, ancak bu şirketteki bilgisayarlara e-mail yoluyla virüs göndererek zarar vermediğini ve suçu kabul etmediğini" savunması, katılanın, "adı geçen şirketin sahibi ve genel müdürü olduğunu, olay tarihinden önce şirkette müdür ve tercüman olarak çalışan sanığın, kendisinin yol açtığı hesap açığını kapatmak için kendi e-mail numarasından virüs göndererek şirkete ait bilgisayarların sistemlerine zarar verdiğini ve şikayetçi olduğunu" belirtmesi, tanık Ş.... K....'ın, "kızkardeşi olan sanığın daha önce söz konusu şirkette çalıştığını, daha sonra işinden ayrıldığını, şirkete ait bilgisayar sistemine zarar verdiğine dair bilgisinin olmadığını, sanık olan kızkardeşini isteyen katılanın evlenme isteği kabul edilmeyince annesini iteklediğini, bu olaylar nedeniyle karakola müracaat edildiğini," diğer tanık S.... U....'ın, "arkadaşı olan sanığın, üç kardeşin ortak olduğu E..... İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde pazarlama müdürü olarak görev yaptığı sırada, kriz nedeniyle ortaklardan ikisi tarafından işten çıkarıldığını, diğer ortak katılanın işe tekrar dönmesini istemesine rağmen, onun kabul etmediğini, bu nedenle iftira etmiş olabileceklerini, bilgisayara zarar verdiğini görmediğini beyan etmesi, Ç..... Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdür Yardımcısı Bilirkişi Yrd. Doç. Dr. B..... M.....'ın, 06.08.2004 günlü raporunda, "dava dosyasının ekinde mevcut diskete, 21.03.2002 tarihinde şirket ana bilgisayarından bilirkişi bilgisayar teknisyeni İ..... Ç..... tarafından tespit edilerek kaydedilen ve içinde VBS/Haptime.gen@MM virüsünü barındıran 26 KB büyüklüğündeki SZSCS.HTM isimli dosyanın virüs içermesi nedeniyle disketin orijinalliğini bozmamak için kopyasını alıp söz konusu dosyanın kaynak kodu üzerinde yaptığını belirttiği incelemede, öncelikle bilirkişi İ..... Ç.....'ın 25.03.2002 tarihli raporunda dökümünü verdiği e- postanın yazıcı çıktısının 02.03.2002 tarihli olup bilirkişi tespitinden önce yazdırılmış olduğunu, söz konusu e-posta <http://mail.yahoo.de> çıkışlı olmakla E..... İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne ait aedltd@mynet.com adresine 03.01.2002 tarihinde gönderildiğini, gönderenin "meltem cavdar" olarak görüldüğünü, ancak "Kimden" alanına yazılan bu isim, adres defteri veri tabanından otomatik olarak alınarak buraya yazıldığını ve bu veri tabanını bilgisayarı kullananların el ile değiştirebilmelerinin mümkün olduğunu, kaynak kodu içinde yaptığı aramada, bilirkişi İbrahim Çağlar'ın raporunda

ve dava dosyasında muhtelif yerlerde sanığa ait olduğu söylenen mcde@yahoo.de, mcde70@yahoo.de, mcde71@yahoo.de e-posta adreslerinin hiçbirine rastlayamadığını, kişilere ücretsiz e-posta adresi veren sitelerden biri olan Y... internet sitesinin people.yahoo.com arama sayfasında, meltem çavdar kelimelerini aratarak mcde70@yahoo.de e-posta adresinin olduğunu tespit ettiğini, bu e-posta adresinin adı ve soyadı alanlarına meltem çavdar girilerek Almanya Y... ücretsiz e-posta adresi sağlayan servis sağlayıcısından alındığını, bu adresin kendisine ait olup olmadığını sanıktan, aynı adresle ilgili daha detaylı kimlik bilgisi için de, ancak yahoo.de internet sitesi yöneticilerinden sorularak öğrenilebileceğini, ancak bu adresin izine virüslü SZSCS.HTM dosyasında rastlanılmadığını, bunun yerine sadece bir yerde "Kimden" alanında veri tabanından otomatik olarak alınarak yazılan "meltem çavdar" bilgisine rastlanıldığını, söz konusu e-postada bulunan VBS/Haptime.gen@MM virüsü ile ilgili antivirüs firmalarından olan M... şirketinin sitesinden elde ettiği bilgilere göre bu virüsün, kendisini web sayfası dosyalarına ekleme, .DLL ve .EXE uzantılı sistem dosyalarını silme, web sayfaları halinde hazırlanmış e-postaların içinde kendisini otomatik olarak yayarak bulaştırma özelliklerine sahip bir virüs olduğu, Microsoft Outlook Express isimli e-posta programı kullanılarak gönderilen e-postalar aracılığıyla gizlice kendisini yaymaya çalıştığı, ayrıca, bulaştığı bilgisayarın çalıştığı tarihteki günün ve ayın toplamı 13 ise aktifleşerek sistemde bulunan, .DLL ve .EXE uzantılı sistem dosyalarını silerek sisteme zarar verdiğini, buna göre, e-posta ile gönderilen virüsün özelliğinden dolayı, hiçbir ekli dosyayı çalıştırmaya gerek kalmadan okunur okunmaz 03.01.2002 tarihinde bilgisayar sistemine bulaşmış olması gerektiğini, şirketinin ilk keşif istediği tarih olan 20.03.2002 tarihine kadar, 12.01.2002 Cumartesi, 11.02.2002 Pazartesi ve 10.03.2002 Pazar günleri virüsün çalışarak sistem dosyalarını sileceğini, sisteme ait olan dosyalar silindikçe de sistemin açılmasının zorlaşacağını ve bir süre sonra da hiç açılmaz hale geleceğini, virüs içeren bir e-posta veya e-postaların E..... İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin bilgisayarlarına virüs bulaştırması sonucu doğacak zararın, şirketin gönderdiği e-postalar aracılığıyla başka adreslere virüs göndererek başka bilgisayarlara zarar vermesi ve kendi bilgisayarlarının sistem dosyalarını silerek çalışamaz duruma getirip iş ve zaman kaybına neden olması olduğunu, virüslü veya virüssüz bir e-postayı gönderen bilgisayarın bulmanın mümkün olduğunu, e-postayı gönderen bilgisayarın IP numarası, e-postayı gönderen sunucu bilgisayarın IP numarası, gönderici ve alıcı adreslerinin, e-posta almayı ve göndermeyi sağlayan e-postanın sunucu bilgisayarlarının tuttuğu günlük kayıtlarında saklandığını, servis sağlayıcı firmaların bir süre sonra bu kayıtların olduğu dosyaları silebileceğini, bu bilgilerin servis sağlayıcı firmalardan resmi yollarla istenilerek öğrenilebileceğini, bu davada 03.01.2002 tarihinde saat 16.19'da E..... İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin aedltd@mynet.com e-posta adresine virüslü e-posta gönderilerek bilgisayar sistemlerine zarar verilmesinin söz konusu olduğunu, M... şirketinin günlük kayıtları mevcutsa gönderici e-posta adresini, e-postanın yazılıp yola çıkarıldığı ilk bilgisayarın IP numarasını ve IP numarasının sahibi servis sağlayıcı firmanın isminin bulanabileceğini, servis sağlayıcı firmadan da, günlük kayıtları mevcutsa verilen tarih ve saat için bu IP numarasının kullanıcısının öğrenilebileceğini, şayet e-postanın yola çıkarıldığı sistemin IP numarası M... şirketinden öğrenilemezse ve e-postayı gönderen adres mcde70@yahoo.de olarak bulunursa Y... şirketinden, başka bir adres çıkarsa o e-posta adresini sağlayan servis sağlayıcıdan, bu adresi kullanan kişinin sistemde kayıtlı kimlik bilgileriyle, mevcutsa günlük kayıtlarından bu adres aracılığıyla e-posta gönderip almak için sisteme

erişildiğindeki tarih ve saatler ile erişilen IP numaralarının öğrenilebileceğini ve bu kullanıcı telefonla bağlanan bir ev kullanıcısı ise bağlanılan telefon numarasından kimliğinin kolaylıkla bulunabileceğini, sonuç olarak, sanığın E..... İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin bilgisayarlarına virüs gönderdiğinin kesin olmadığını, ancak virüs bulaştıran e-postanın gönderildiği kaynağın araştırılması gerektiğini, e-posta nedeniyle bulaşan virüsün bilgisayar sistemi bozarak iş ve zaman kaybına neden olduğunu, virüslü e-postayı gönderen bilgisayarın tespit edilmesinin, e-postanın yola çıkarıldığı bilgisayarın IP numarasının bulunmasıyla mümkün olabileceğini açıklaması karşısında, gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi açısından; öncelikle e-posta yolu ile virüs göndererek sistemine zarar verilmiş bir bilgisayarda incelemenin, olayın hemen akabinde yapılması ya da 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 imkanı sağlayan değer (hash) belirlenmesi, bir e-postanın kimden geldiğinin tespiti için de, ilk olarak e-postayı gönderen IP adresinin bulunması (örneğin; şikayetçiye gelen e-postanın seçeneklerinden e-posta üst bilgisinin belirlenmesi ve bu üst bilginin uzman kişiler tarafından incelenmesi veya şikayetçiye gelen e-postanın göndericisinin ya da alıcısının e-posta sunucusunun sahibi şirkete belirtilen tarih ve saatte bahse konu e-postanın hangi IP adresinden gönderildiğinin sorulması ile), daha sonra da bulunan IP adresinin belirtilen tarih ve saatte hangi abone tarafından kullanıldığının ve o abonenin açık adres ve kimlik bilgilerinin talep edilmesi, bulunan IP adresini kullanan abonenin sanıkla bağlantısının araştırılması gerektiği hususları da göz önüne alınarak, bilgisayardaki virüslü dosya veya dosyaların orijinallerinin korunup korunmadığı, birebir yedeklerinin alınıp alınmadığı hususlarının araştırılması, e-posta veya e-postaları gönderenin IP adresinin bilirkişi raporları doğrultusunda tespiti, bulunacak adresin sanıkla ilgisinin belirlenmesi, olay tarihinde katılan dışındaki diğer şirket ortakları ile Yurdanur Çavdar'ın tanık sıfatı ile dinlenmeleri ve toplanan deliller bir bütün halinde değerlendirildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde beraatine hükmolunması,

Yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı, 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 16.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 18.12.2000Tarih 2000/2327 E, 2000/3281 K. Sayılı Kararı

Silahlı çetenin sair efradı olmaktan sanık Bayram'ın yapılan yargılaması sonunda; mahkumiyetine dair (Diyarbakır İki Numaralı Devlet Güvenlik Mahkemesi)nden verilen 20.4.2000 gün ve 2000/99 esas 2000/69 karar sayılı hükmün duruşmalı olarak Yargıtayca incelenmesi sanık vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Ç. Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle usulüne uygun olarak yapılan tebligata rağmen sanık

vekilinin duruşmaya gelmediği ve bir mazeret de bildirmediği anlaşılma ile sanık hakkında duruşmasız olarak yapılan inceleme sonunda gereği düşünöldü:

KARAR : 1- Hükme dayanak yapılan bilgisayar disket çıktısı ve diğör belgelerin onaysız olması,

2- Aynı mahkemenin 1998/128 esas sayılı dosyasındaki delillerin durumuna göre bu dava dosyasının anılan dava dosyasıyla birleştirilip birleştirilmeyeceği hususunun değerlendirilmesi, birleştirilmenin gerekmemesi halinde ise bahse konu dosyadaki sanığın leh ve aleyhindeki tüm delillerin denetime olanak verecek şekilde tasdikli örnekleri celbedildikten sonra hukuki durumunun tayin ve taktirinin gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı ve sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görölmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi (BOZULMASINA), 18.12.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay bu kararları ile, adli bilişim alanında emsal karar olacak ve CMK nın 134. Maddesinde öngörölen düzenlemenin ne şekilde icra edileceği ve delil sayılacağı konusunda yol göstererek, bilgisayarlardan ve ağlardan elde edilen dijital delillerin zaman damgası içerecek şekilde yedeğinin alınmamış olması karşısında, kanunlarımız orijinal depolama aygıtının incelenmesi suretiyle elde edilen delilleri hukuka aykırı saydığı gibi, bu tür hukuka aykırı kabul edilen delillerle kimsenin mahkum edilemeyeceğini belirlemiştir.

SONUÇ

Anayasamıza göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz (m. 20); kimsenin konutuna dokunulamaz (m. 21); herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır (m. 22). Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin YAZILI emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutu aranamaz; bu eşya ile konutta bulunan eşyaya el konulamaz; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulmaz.

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yürütülmesini sağlamaya, muhakeme sonucunda uyuşmazlık konusu olaya uygun bir karar vermeye ve verilen kararın infazını gerçekleştirebilmeye yönelik tedbirlerdir. Muhakemenin geleceğini, yakın olan tehlikeli sonuçtan korumak amacıyla koruma tedbirlerine başvurulmaktadır.

Genel ve klasik ceza yargılaması prensiplerinin, bir anda ortaya çıkmış ve sosyal yaşamla bütünleşmiş bu yeni suç modeli ile ilgilenirken onunla baş etmekte yetersiz kalacağından hareketle, anılan suç modeline özgü bir takım özel ceza adaleti normları belirleme ve bunları etkin bir biçimde uygulama zorunluluğu doğmuştur. Bu amaçla, adli bilişim kavramının üzerinde durmak ve onun denklemdeki uygun yerini bulup yerleştirmek gerekmektedir. Adli bilişim, bu noktada devreye girerek, olası delil kabul edilen veri herhangi bir zarar getirmeksizin, onu ceza yargılaması mekanizmalarına sunma fonksiyonunu üstlenir. Nitekim somut bir olayda maddi sorunu çözebilecek tek delil, belki de incelenen dijital delildir. Ona bir nedenle ulaşamadığı veya uzmanlaşmamış personelce adli bilişim prensiplerine uygun hareket edilmediği durumlarda şüpheden sanık yararlanabilir.

Bu hükümlerle korunan hakların kısıtlanması sonucunu doğuran arama ve elkoyma işlemlerinin özel şeklini oluşturan bilgisayar kütüklerindeki arama ve elkoyma işlemi, yapılış tarzı ve sonuçları itibarıyla Anayasanın koruduğu bu değerlere olan müdahalesi nedeniyle daha çok önemlidir. Kişisel verilerimiz üzerinde sahip olduğumuz hak, ulusal ve uluslararası normlarda bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında yer

almakta ve korunmaktadır. Bu nedenle bilgisayarlar gibi elektronik aygıtların aranması veya bu aygıtlara el konulması söz konusu olduğunda bu müdahalenin ancak hâkim kararı ile yapılması gerekmektedir.

Bilgisayar, bilgisayar kütükleri, CD, disket, taşınabilir hafıza, hafıza kartları, memory kart gibi ürünler ceza soruşturmasının konusu olduğunda delil olmaları açısından büyük önem ifade etmektedir. Şöyle ki; yasamızda delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi kabul edilmiştir. En kaba tanımı ile bu ilkedeki “her şey delil olabilir” sonucu çıkacaktır. Öyle ise bilgisayar ve bilgisayar kütükleri de delil olabilecektir. Buradaki önemli nokta bilgisayar ve bilgisayar kütüklerinin “her müdahaleye açık” ürünler olmasıdır. Dış müdahaleye açık olmalarından kastedilen üzerinde oynama yapılmaya ve değişiklikler eklenebilmesine müsait olmalarıdır. En önemli nokta da bu oynama ve değişikliklerin nasıl, ne zaman, ne şekilde yapıldığının sonradan tespit edilememesi veya çok zor tespit edilebilmesidir. Bu açıdan bu ürünler, hukuka aykırı delil olmaya son derece müsaittirler. Yeni CMK’da kanun koyucu, Haziran 2005’den önceki birçok yargılamada bilgisayar ürünlerinin hukuka aykırı delil olarak kullanılmasından yola çıkarak bu ürünlere el konulması hususunu ayrıca ve özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur.

Bilgisayarlarda yer alan bilgiler özel hayata ilişkin kişisel veri, ticari sır veya meslek sırrı niteliğinde olabilir. Bu bilgiler aynı zamanda, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bakımından önemli deliller olabilirler. Temel hak ve özgürlüklerin korunması ile kamusal yarar aynı anda göz önünde bulundurularak CMK’nın 134. maddesinde bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve elkoyma hususu düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununda, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde aramaya ilişkin hükümler, bu tedbirin sonuçları, özel hayatın korunmasından ticari, mesleki ve bilimsel sırlara değin birçok değişik temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi içerdiği için yargıç güvencesine bağlanmıştır. Buna göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir. Uygulamada önceleri Cumhuriyet savcılarını kolluğun hâkim kararı olmaksızın

gerçekleştirebildikleri böyle durumlar, bu düzenleme sayesinde isabetle yargıç güvencesine tabi tutulmuştur.

Uygulamada bilgisayar ve bilgisayar kütüklerine el koyma işlemi hakkındaki temel sıkıntı, hakim kararı olmaksızın yapılan arama ve el koymalar değildir. Zira uygulamada yapılan arama ve el koyma işlemlerinde bu hususa özellikle dikkat edilmektedir. Fakat temel sorun; mevcut Hakim kararlarında, bulunması gereken unsurların olmamasıdır. Bu durum da uygulamada kolluğa deyim yerindeyse açık çek vermek anlamına gelmektedir. Arama ve el koymaya ilişkin Hakim kararında mutlaka neyin arandığı ve neye el konacağı açıkça belirtilmelidir. Böylece en azından kolluğun mevcut sınırları, o arama ve elkoyma açısından sınırlanmış olacaktır. Zira uygulamada çoğu kez karşılaşılan bir durum olarak, verilen ve genel çerçeveye si belirtilmiş ve yasal unsurları tam olarak ihtiva etmeyen arama kararları sonucunda arama işlemini icra eden kolluk görevlileri suç delili olabileceği değerlendirmesiyle bilgisayarlara da el koyarak almakta ve daha sonra alınan hakim kararları ile bu incelemeler yasanın amacına aykırı olarak yapılmaktadır. Bu durum yasal bir delil olma özelliğini kaybetmesine neden olmaktadır.

Bu kapsamdaki arama ancak şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerinde yapılabilir. Suç şüphesi altında olmayan kişilerin bilgisayarlarında arama kabul edilmemiştir. CMK’da özel bir vurgu yapılmadığı için doktrinde bu tedbire başvurabilmek için basit şüphenin yeterli olacağı ifade edilmiştir. Öte yandan madde metninde kovuşturma safhasında bu tedbire başvurulması ile ilgili net bir hüküm bulunmadığı görülmekte olup taraflar huzurunda yapılan bir duruşmadan böyle bir karar çıkması halinde bilgisayar kayıtlarının kolluk ulaşmadan silinebileceği açıktır.

Bilgisayarın artık yaşamın her alanına girmesi, arama ve elkoymaya konu olan şeylerin niteliğinin de değişmesine sebebiyet vermiştir. “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve elkoyma” terimi ile günümüzde oldukça yaygınlaşan bilişim suçlarının ortaya çıkarılmasında büyük önem taşıması muhtemel verilerin kontrolünü ele geçirmeyi ya da verileri alıp götürmeyi kapsayan aramanın özel bir görünüşü ifade edilmektedir

Teknolojik alanda yaşanan gelişmeler delillerin niteliğinde de ciddi değişikliğe sebebiyet vermiştir. Elektronik bir araç olan bilgisayar üzerinde saklanan veya bilgisayar aracılığı ile iletildiğinden dolayı soruşturmaya konu olan bilgi ve veriler, elektronik delil

kavramını gündeme getirmiştir. Parmak izi veya DNA gibi belli bir bilimsel araştırma sonucu ortaya çıkarılabilen ve hızlıca bir yerden başka bir yere iletilebilen elektronik deliller son derece hassas olduklarından kolayca değiştirilebilir, tahrip veya yok edilebilir mahiyettedirler. Bu özelliklerinden dolayı bilgisayar ortamındaki elektronik delillerle temas kuracak kolluk görevlileri veya diğer ilgililerin konu hakkında eğitim almış olmaları gerekir.

Klasik koruma tedbirleri ile delile ulaşma imkânı olması durumunda başvurulmaması gereken bu tedbirin uygulanacağı suç tipleri açısından CMK'da öngörülen bir sınırlama bulunmamaktadır. Oranlilik ilkesi gereği bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerine elkonulması ancak şifrelenmiş veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması durumunda söz konusu olmaktadır.

Bu tedbirin uygulanması sırasında delil olabilecek verilerin değişmemesi veya silinmemesi için sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılması, yedeklenen kayıtların bir kopyasının istemi halinde tutanak karşılığı şüpheliye verilmesi, kopyası (imajı) alınan verilerin suçla ilgili olan kısımlarının kâğıda yazdırılarak ilgililerce imzalanması CMK'nın 134. maddesinde hükmedilen şekil şartlarıdır.

Yukarıda dile getirilen başka surette delil elde edilememesi halinde bu tedbire başvurulabileceği hükmü ile sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılması ve imajının alınması ile bunların dökümlerinin alınarak tutanağa bağlanması işlemlerinin uygulamada sağlıklı işlemediği yönünde yakınmalara rastlanılmaktadır.

Kanaatimce hukuka uygun delil elde etme bakımından son derece isabetli olan bu hükmün pratikte uygulanması da bir o kadar zordur. Tek bir bilgisayardaki verilerinin yedekleme ve imajının alınması bile verilerin hacmine göre asgari bir saat sürdüğü düşünülürse çok sayıda veya yüksek kapasiteli bilgisayarda delil arama işleminin aramaya konu yerde yapılması oldukça zor olacaktır. Hele verilerin olay yerinde incelenip suçla ilgili olduğu düşünülen verilerin çıktılarının alınması günler sürebilecek bir çalışmayı gerektireceği açıktır. Birde yazdırma, yedekleme ve imaj alma ekipmanlarının devamlı arama mahalline taşınmasını gerektirecektir.

Bugün hem hukuk hem de ceza davaları bakımından elektronik delillerin öneminin ne kadar büyük olduğunu hepimiz biliyoruz. Maddi veya şekli gerçeğin açığa çıkarılması açısından, bilgisayarlardaki kayıtların ceza ve hukuk davalarında delil, iz, eser ve emare oluşturacağı konusunda artık şüphe bulunmamaktadır. Bu nedenle hem bu olanağı

sağlamak ve hem de bireysel yararları saklı tutmak amacıyla bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılması belirli koşullara tabi kılınmış bulunmaktadır.

Bu gün hukuka uygun delil toplamak için bilgisayarlar ve diğer cihazlara usulüne uygun şekilde el koymak, adli bilişim kurallarına uygun şekilde yedek almak, alınan yedekleri incelemek, mahkemeye sunulacak şekilde hazırlamak ve uygun şekilde paketlemek, taşımak ve saklamak (yedeklemek) gerekmektedir.

Son dönemlerde kamuoyunu meşgul eden medyatik soruşturma ve davaların ortak özelliği toplanan delillerin hukuka uygun toplanıp toplanmadığı hususunda düğümlenmektedir. Mevzuatımıza yeni giren adli bilişim delillerinin toplanma şekli yasaya yeni girdiğinde yargı kararlarıyla uygulama şekli netleştirilmediğinden yasa geçiş dönemi içinde uygulayıcının takdirine göre şekil almaktadır.

Bu tedbir ile birçok kişisel veriye ulaşılması mümkündür. Oysa bireyin kendisine ait kişisel bilgiler üzerinde karar verme ve belirleme yetkisi bulunmaktadır. Bu durum, bilgisayar verilerine karşılaştırma amacı ile el konulmasının sınırlandırılmasını gerektirir.

Fail olduğu tahmin edilen kişideki tahmini kriminojen özelliklerin şüphelide veya belli kişilerde bulunup bulunmadığının tespiti ve şüpheli olanlar ile olmayanların ayıklanması amacı ile şüphelinin veya üçüncü kişilerin bilgisayardaki verilerine el konulabilmesi ancak bazı suçların işlendiği konusunda esaslı dayanak noktaları var ise mümkün olmalıdır.

Gerçekten bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koymaya tedbirine ilişkin düzenlemenin yakın tehlikeyi esas aldığı görülür. Hatta yakınlıktan ziyade tehlike ortaya çıkmış ve failin suç işlendiği yönünde şüphe belirmiştir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma tedbirine başvurulmakta geç kalınması halinde el koymanın imkânsız hale gelmesi mümkündür. Dolayısıyla burada bir önleme tedbirinden ziyade bir koruma tedbirinin olduğu söylenebilir. Ayrıca CMK'ya bakıldığında madde metninde de belirli yoğunlukta şüphenin arandığı görülür. Hükümde bu “kuvvetli belirti” olarak ifade edilmiştir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koymaya başvurulabilmesi için ilgili suçların işlendiği yolunda belli bir şüphenin varlığı yeterli bulunduğuna göre suç işlendiği konusunda bir mahkeme kararı gerekmez. Yani hüküm verilmeden mülkiyet hakkına bir kısıtlama getirecektir. Mülkiyet hakkına sahip bir sınırlama getireceğine göre hak ortadan kalkmamaktadır. Tüm bunlardan yola çıkarak bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el

koymanın bir koruma tedbiri olduğu söylenmelidir Söz konusu tedbire başvurulabilmesi için, bilgisayar programları ve kütükleri aranacak kişinin soruşturulan suçu işlediğine veya aranan bilgilere kendi bilgisayar programlarında ve kütüklerinde sakladığına dair somut veri bulunması koşulunun öngörülmemiş olması bir eksikliklerdir.

Ayrıca bu tedbirin ihlal edeceği kişilik hakları düşünülerek, belirli ağırlıktaki suçlarda uygulanması ve bu tedbir sonucunda elde edilen verilerin kovuşturamama kararı veya beraat kararı verilip kesinleştiğinde, ceza dosyasından ve tüm kayıtlardan çıkartılarak yok edilmesi konuları da düzenlenmeli idi.

Kısaca günlük yaşamda sıkça kullanılan bilgisayarda özellikle de internette yapılan her hareket her işlem iz bırakır söyleminin teknik olarak karşılığı bilgisayar kütükleridir. Zira bilgisayar veya internetteki işlemlerin hangi gün hangi saatte hangi bilgisayardan yapıldığı veya hangi bilgisayardan hangi bilgisayara ne tür verilerin iletildiği bilgilerinin kayıtlı olduğu yazılımlara bilgisayar kütüğü veya log diyoruz. Dolayısı ile delil ambarı olarak da niteleyebileceğimiz ve yargılama sürecine ciddi katkılar sağlayacak olan bilgisayar kütükleri kavramına CMK'da yer verilmesinin son derece isabetli olduğu açıktır.

Tezimiz, uygulamada değişik şekillerde gerçekleştirilen arama ve elkoyma ile bilgisayarlar gibi elektronik aygıtların aranması, bu aygıtlara elkonulması hususunda birlik oluşturarak, yasanın uygulanmasında çıkan sorunların kısmen de olsa aydınlanmasına katkı sağlayacak yönde olur ise, çalışmamız başarıya ulaşmıştır.

KAYNAKÇA

AKBULUT İlhan, “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı:1, 2003

AKBULUT Şakir, **Kolluğun El Koyma Yetkisi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009

AKSOY Şemsettin, **Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007

ALBIN Eser, **Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu?**, Marmara Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1993

ARMAĞAN Servet, **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, Hak Yayınları, Ankara, 1996

ARTUÇ Mustafa - GEDİKLİ Cemil, **Yeni İçtihatlarla TCK-CMK-CGİK ve Çocuk Koruma Kanunu ile Getirilen Yenilikler**, Kartal Yayınevi, Ankara, 2006

AYDIN Murat, **Arama ve Elkoyma**, Seçkin Yayınlan, Ankara, 2009

BAKIR Abdulhalik ve ÜLGEN Pınar, “Geç Ortaçağlarda Avrupa'da Kent ve Kentsel Yaşam Hakkında Bir Değerlendirme”, **Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt:7, Sayı:2, 2009

BELGESAY Mustafa Reşit, **Kuran Hükümleri ve Modern Hukuk**, İstanbul, 1963

BERBER Leyla Keser, “Bilişim Hukuku Günlüğü Adli Bilişim, CMK Md. 134 ve Düşündürdükleri”, 2008, <<<http://www.leylakeser.org/2008>>>(Erişim: 25.12.2010)

BİÇEN Gürkan, “Ceza Muhakemelerinde Şüphe Kavramı Üzerine Bir Deneme”, 2007, <<<http://gurkanbicen.blogspot.com/2007/10/ceza-muhakemelerinde-phe-kavrami-zerine.html>>> (Erişim: 25.03.2011)

BİLEN Mesut, **Adli Arama ve Önleme Araması**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2006

CENGİZ Serkan - DEMİRAGĖ Fahrettin - ERGÜL Teoman - MCBRİDE Jeremy - TEZCAN Durmuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008

CENTEL Nur – ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ., İstanbul, 2003

CENTEL Nur ve ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2005

CENTEL Nur ve ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008

CİHAN Erol ve YENİSEY Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 1998

ÇAKMAK Şevket Güney, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Verilen Önemli Ceza Hukuku Mahkeme Kararları” <<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/american_karar.htm>>, (Erişim: 25.03.2011)

ÇOKMUTLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2007

ÇOLAK Haluk ve TAŞKIN Mustafa, **Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005

DALYAN Şener, **Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2008

DEĞİRMENCİ Olgun, **Bilişim Suçları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002

DEVELİOĞLU Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitabevi, Ankara, 1993

EN-NEBHAN M. Faruk, **İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Esasları**, Çev: Servet Armağan, İstanbul, 1980

ERDEM Mustafa Ruhan, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadele, Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, 2001

ERDENER Yurtcan, **Cumhuriyet Savcısının ve Cumhuriyet Yargıcının Başvuru Kitabı**, T.C. Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 2007

EREM Faruk, “Bilgisayar Suçları ve Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 69

EROL Haydar, “Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması”, 2006 <<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/185.doc>>> (Erişim: 25.03.2011)

ERTAŞ Şeref, **Eşya Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008

ERYILMAZ Bedri, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003

ERYILMAZ M. Bedri, **Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara 2003

EVCİN Hakan, “Elkoyma”,
<<http://hakanevcin.blogspot.com/2007/11/elkoyma.html>> (Erişim: 25.03.2011)

GÖKÇEN Ahmet, **Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 1993

GÜMÜŞAY Mert, **Anayasa Değişiklikleri Işığında Arama Hukuku**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2004

HACHETTE Gelişim, **Alfabetik Genel Kültür Ansiklopedisi**, Gelişim Yayınları, Cilt: 2, 1993

HAKERİ Hakan, ÜNVER Yener, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler (Temel)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2008

İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy, “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9, Özel Sayı, 2007

“İslam’da Temel Hak ve Hürriyetler Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği”, **Başyazı Din İşleri Yüksek Kurulu Uzmanı**, Sayı: 127,
<http://www.diyamet.gov.tr/turkish/sureliyayinoku.asp?sayfa=5&sayi=127>, (Erişim: 25.12.2010)

KAHRAMAN Mehmet, **Koruma Tedbiri Olarak Adli Kontrol**, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2007

KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde hukuka Aykırı Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997

KAYMAZ Seydi, **Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997

KESKİN Serap, “Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İHF Mecmuası**, Sayı:1-2, 2001

KİLİ Suna - GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Türk Anayasa Metinleri**, Anlara, 1985

KİZİROĞLU Serap Keskin, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:58, Sayı:1, 2009

KOCAMAZ Gözde, “CMK 134 Üzerine Düşünceler”, 2009, <<<http://www.turkhukuksitesi.com.tr>,>> (Erişim: 10.04.2011)

KUNTER Nurullah - YENİSEY Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003

KUNTER Nurullah - YENİSEY Feridun, **Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2005

KUNTER Nurullah - YENİSEY Feridun ve NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Basım ve Yayım, İstanbul, 2006

Maliye Bakanlığı, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulamasında Maliye Bakanlığınca Yürütülecek İşlemlere İlişkin Yönerge”, Maliye Bakanlığı, 2011, <<http://www.maliye.gov.tr/defterdarliklar/agri/4483_yonerge.pdf>> (Erişim: 25.03.2011)

MALKOÇ İsmail ve GÜLER Mahmut, **Uygulamada Ceza Muhakemeleri Kanunu**, Adil Yayınevi, Ankara, 1994

MALKOÇ İsmail ve YÜKSEKTEPE Mert, **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2005

ÖKTEN Pınar, **Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010

ÖLMEZ Aslan, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyalama ve Bunlara El Koyma”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Ankara, Sayı:30, 2009

ÖLMEZ Aslan, **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Elkoyma**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008

ÖZBEK Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999

ÖZBEK Veli Özer, **CMK İzmir Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005

ÖZBEK Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

ÖZBEK Veli Özer, **CMK İzmir Şerhi: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005

ÖZBEK Veli Özer, Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, 2006

ÖZCAN Mehmet, “Siber Terörizm ve Ulusal Güvenliğe Tehdit Boyutu”, <<<http://www.usakgundem.com/makale.php?id=1>>> (Erişim: 25.12.2010)

ÖZDEMİR Mehmet, “Bilişim Suçları Ve Mücadelede Taşra Teşkilatında Karşılaşılan Problemler Ve Çözüm Önerileri”, <<http://www.caginpolisi.com.tr/24/43-44-45-46.htm#_ftn1>> (Erişim: 25.12.2010)

ÖZEL Cevat, “Bilişim Suçları İle İletişim Faaliyetleri Yönünden Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, <<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilisimsuclari_TCKtasarisi.htm>> (Erişim: 25.12.2010)

ÖZEN Murat, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında İç Hukukta Tutuklama ve Adli Kontrol**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008

ÖZTAN Bilge, **Medenî Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002

ÖZTÜRK Bahri - ERDEM Mustafa Ruhan - ÖZBEK Veli Özer, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999

ÖZTÜRK Bahri – ERDEM M. Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006

ÖZTÜRK Bahri - ERDEM Mustafa Ruhan - SİRMA Özge - SAYGILAR Yasemin F., **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006

ÖZTÜRK Bahri - TEZCAN Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F Saygılar, Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010

ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2008

ÖZTÜRK Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti**, D.E.Ü.Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Ankara, 1991

ÖZTÜRK Bahri, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt:1, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1991

PARLAR, Ali-HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C. I, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2007, s.954.

SAATÇI Ali, **Bilgisayar İşletim Sistemleri**, Ankara, 2002

SARAÇ Tahsin, **Fransızca-Türkçe Büyük Sözlük**, Cilt: 2, Ankara, 1976

SEVİĞ Vasfi Raşit, “Engizisyon Muhakeme Usulü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:1, Sayı: 4, 1959

SEVİĞ Vasfi Raşit, “Engizisyon Muhakeme Usulünün Tedvin Devri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Sayı: 1-4, 1958

SEVİĞ Vasfi Raşit, “X’uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:13, Sayı:3-4, 1956

SEVİMLİ A. Güçlü, “Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine El Konulması ve Uygulamadaki Sorunlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:81, Sayı:3, 2007

SEVÜK Handan Yokuş, “5271 Sayılı CMK□ da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı”, **Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD)**, Sayı: 03, 2005

SEVÜK Handan Yokuş, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:69, 2007

SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006

SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007

ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I-**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesinde İspat**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001

ŞAHİN İlyas, **Türk Ceza Yargılamasında Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1991

TAHİROĞLU Bülent, **Roma Hukukunda Furtum**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1975

TANER M. Tahir, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul, 1950

TDK, “Aramak”, Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim: 25.03.2011)

TDK, “Bilgisayar”, <<http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/sozbul.asp?kelime=bilgisayar>> (Erişim: 15.03.2010)

TDK, “Bilişim”, <<<http://tdkterim.gov.tr/bts/>>> (Erişim: 25.03.2011)

TDK, “şüphe”, Büyük Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <<<http://tdkterim.gov.tr/bts/>>> (Erişim: 25.03.2011)

“Türkiye Diyanet Vakfı”, **İslâm Ansiklopedisi**, Cilt 13, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996

TOPALOĞLU Mustafa, **Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması**, İstanbul, 1997

TOPALOĞLU Mustafa, **Bilişim Hukuku**, Adana, 2005

TOROSLU Nevzat, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003

TOROSLU Nevzat - FEYZİOĞLU Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 2006

UĞUZ İsmail, **Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Elkoyma**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007

UMUR Ziya, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, C. I, İstanbul, 1987

ÜÇOK Coşkun, “Osmanlı Kanunnamesinde Aykırı Hükümler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 1-4, 1947

ÜNVER Yener ve HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011

YALVAÇ Gürsel, **Ceza ve Yargılama Hukuku Yasaları, T.C. Anayasası, TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Mevzuat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006

YAŞAR, Osman, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005,

YAZIR Hamdi, **Hak Dini Kuran Dili**, İstanbul, Cilt: 5, 1979

YENER Orhan, **Ceza Yargılaması Polis Ve Jandarma Mevzuatı**, Adil Yayınevi, Ankara, 1998

YENERER Özlem, **Ceza muhakemesi Hukukunda Arama ve Konut Dokunulmazlığı**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996

YENİDÜNYA Caner ve DEĞİRMENCİ Olgun, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları**, İstanbul, 2003

YENİSEY Feridun, “Ceza Yargısında ve Adli Teşkilatta Cumhuriyet Öncesi Durum ve Cumhuriyetten Sonraki Gelişmeler”, **Doğumunun 100. Yılında Atatürk Sempozyumu**, İstanbul, 1983

YENİSEY Feridun, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama Ve İfade Alma**, Ankara, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 12, 1995

YENİSEY Feridun, **Yeni Ceza Adalet Sistemi**, Ulus Basım Yayın, İstanbul, 2006

YILDIZ Hüseyin Serkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010

YILMAZ Zekeriya, **Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi (Yargılama)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005

YİĞİT Nuri, Arama, “Elkoyma ve Gizli Koruma Tedbirleri”, **Seminer Notları**

YONARSOY Y. Kenan, “Eski Yunanda Yasalaştırma Girişimleri ve Hukuk”, **Anadolu Araştırmaları**, Sayı:12, 1990

YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2004

YURTCAN Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2005

YURTCAN Erdener, **Şahsi Dava ve Uygulaması**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1989

“1924 Anayasası Metni”, <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>, (Erişim: 25.12.2010)

<< <http://www.cigm.adalet.gov.tr/Duyuru/adlionleme.doc>,>> (Erişim: 25.12.2010)

<<<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm>>> (Erişim: 25.03.2011)

<<<http://www.iem.gov.tr/iem/?m=3&s=51#1>>> (Erişim: 25.12.2010)

<<http://members.comu.edu.tr/boraugurlu/courses/bm223/content/week1/hafta1b.pdf>>(Erişim: 25.12.2010)

<http://www.bilgisayarnedir.com/#_Toc89242807,> (Erişim: 25.12.2010)

ÖZGEÇMİŞ

1977 tarihinde Kırşehir’ de doğan Yakup AVŞAR, Ankara’ da ilk,orta ve lise eğitimini tamamladıktan sonra 1994 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine kaydoldu. 1998 yılında mezun olduktan sonra aynı yıl yapılan hakimlik ve savcılık sınavını kazanarak, Mayıs 1999 tarihinde stajına başlayarak 2001 yılında kura ile Elmalı ilçesinde hakimlik görevine atandı. 2001 Aralık-2003 Mart tarihleri arasında asteğmen olarak vatani görevini yerine getirdikten sonra sırasıyla; 2005-2007 tarihleri arasında Bismil Cumhuriyet Savcısı, 2007-2009 tarihleri arasında Cihanbeyli Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmış olup,

Halen Ayvalık Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmaktadır.