

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU'NDA
ARAMA VE ELKOYMA

DOKTORA TEZİ

HAKAN SERDAR ÇÖPOĞLU

ANKARA, 2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU'NDA
ARAMA VE ELKOYMA

DOKTORA TEZİ

HAKAN SERDAR ÇÖPOĞLU

TEZ DANIŞMANI
PROF.DR. DEVRİM GÜNGÖR

ANKARA, 2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU'NDA ARAMA VE ELKOYMA

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

- 1- Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
- 2- Prof. Dr. Tuğrul KATOĞLU
- 3- Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR
- 4- Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN
- 5- Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ

Tez Savunması Tarihi: 30 Haziran 2022

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof.Dr. Devrim GÜNGÖR danışmanlığında hazırladığım “Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Arama ve Elkoyma (Ankara.2021)” adlı doktora tezimdaki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih:

Adı-Soyadı ve

İmza

CEZA MUHALEMESİ HUKUKU'NDA ARAMA VE ELKOYMA

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SINIRLANDIRDIĞI TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

I. KORUMA TEDBİRLERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ.....	3
A. KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE KORUMA TEDBİRLERİNİN AMACI	3
B. KORUMA TEDBİRLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ.....	4
1. Temel Hak ve Hürriyetleri Sınırlandırma.....	4
2. Kanunilik.....	5
a. Kanunilik İlkesi, İlkenin Önemi ve Kapsamı	5
b. Kanunilik İlkesi ve Anayasa'da Yer Alan Diğer İlkeler Bağlamında Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği İle Suç Eşyası Yönetmeliği'nin Değerlendirilmesi	8
3. Ölçülülük.....	10
4. Suç Şüphesinin Varlığı	11
5. Görünüşte Haklılık.....	12
6. Geçicilik.....	13
7. Araç Olma	14
8. Zorlayıcılık	15
9. Gecikmede Tehlike Bulunması	17
10. Bir Karara Dayanma	17
II. İNSAN HAKLARI KAVRAMI VE TEDBİRLERİN SINIRLANDIRDIĞI TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER	18
A. İNSAN HAKLARI	18
1. Temel Kavramlar	18
2. İnsan Haklarının Tarihi Gelişimi.....	20
3. Hak ve Hürriyetlerin Sınırları	21

a. Hürriyet Karinesi ve Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması .	21
b. 1982 Anayasasına Göre Olağan Dönemlerde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması.....	22
c. 1982 Anayasasına Göre Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması ve Durdurulması	25
4. Hak ve Hürriyetlerin Korunması.....	27
B. TEDBİRLERİN SINIRLANDIRDIĞI BAŞLICA HAK VE HÜRRİYETLER.....	29
1. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı	29
a. Özel Hayat Kavramı, İçeriği ve Korunması	30
b. Konut Dokunulmazlığı.....	33
c. Sınırlama Nedenleri	33
aa. Kanunla Öngörölmüş Olma	35
bb. Meşru Amaç	36
cc. Demokratik Toplumda Gereklilik	36
d. Özel Hayata Saygı Hakkı ve Arama Tedbiri.....	37
2. Mülkiyet Hakkı	40
a. Mülkiyet Kavramı ve Korunması	41
b. Üç Kural Yaklaşımı ve Hukuki Önemi	44
c. Mülkiyet Hakkı ve Elkoyma Tedbiri	46

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU'NDA ARAMA TEDBİRİ

I. ARAMA KAVRAMI VE ARAMA TEDBİRİNİN AMAÇLARI.....	49
A. ARAMA KAVRAMI VE ÖNLEME ARAMASI.....	49
1. Arama Kavramı	49
2. Adli Arama ve Önleme Araması Ayrımı	52
B. ARAMANIN AMAÇLARI	54
1. Yakalama Amaçlı Arama	55
a. Yakalama Amacıyla Arama Tedbirine Başvurulması	55
b. Arama Tedbiri Sonrasında Yapılan Yakalamanın Sonuçları ve Gözaltı Süresi	56
2. Elkoyma Amaçlı Arama	57

II. ARAMANIN ŞARTLARI	59
A. MAKUL ŞÜPHE	61
1. Makul Şüphe Kavramı	62
2. Makul Şüphenin Ortaya Konulması	66
a. AİHM Kararlarında Makul Şüphe Kavramı	66
b. Makul Şüphenin Delillerle Ortaya Konulması	67
B. YETKİLİ MAKAMCA VERİLEN ARAMA KARARI VEYA EMRİ	71
1. Karar Alma Usulü ve Hak ve Hürriyetlerin Korunması	72
2. Arama Kararı veya Emrinin İçeriği	72
a. Arama Kararı veya Emrinin Belirli Olması	73
b. Arama Kararı veya Emrinde Yer Alacak Hususlar	74
3. Hâkim Kararıyla Arama	79
4. Cumhuriyet Savcısının veya Kolluk Amirinin Yazılı Emriyle Arama.....	81
a. Arama Emri Yazılı Olmalıdır	83
b. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Bir Hal Bulunmalıdır ..	87
aa. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ..	87
bb. Gecikmede Sakınca Bulunduğunun Objektif Olarak Ortaya Konulması	89
c. Arama Emrinin Hâkim Onayına Sunulması	90
5. Kolluğun Resen Arama Yapması	92
a. Adli ve Önleme Arama Yönetmeliğinde Yer Alan Düzenleme.....	92
b. Düzenlemenin Anayasa'ya Uygunluğunun Değerlendirilmesi	94
C. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİLER	95
1. Şüpheli veya Sanık.....	95
2. Şüpheli ve Sanık Dışındaki Kişiler	96
3. Belirli Sıfattaki Kişilerin Aranması	99
a. Cumhurbaşkanı, Yardımcıları ve Bakanlar	99
b. Milletvekilleri	99
c. Diplomasi Temsilcileri	100
d. Hâkim ve Savcılar	100
e. Avukatlar	102
f. Noterler	104

g. Tüzel Kişiler	105
D. ARAMANIN YAPILACAĞI ZAMAN.....	105
1. Aramanın Gündüz Yapılması Kuralı	105
2. Gece Vakti Arama Yapılması	107
E. ARAMANIN YAPILACAĞI YER	108
1. Konutta Yapılan Arama	109
a. Konut Kavramı	109
b. Konut Kavramının Unsurları.....	110
c. Eklenti Kavramı	112
d. Konutta Arama Yapılması	113
2. İşyerinde Yapılan Arama	116
a. İşyeri ve Eklentisi Kavramı	116
b. İşyerinde Arama Yapılması	117
3. Diğer Yerlerde Yapılan Arama.....	117
4. Eşya Araması	118
a. Eşya Kavramı ve Arama İşleminin Yapılması	118
b. Araçta Yapılan Arama	119
5. Üst Araması.....	121
a. Üst Araması Kavramı ve Arama İşleminin Yapılması..	121
b. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	123
aa. Kaba Üst Araması	123
bb. Dış Beden Muayenesi	124
6. Askeri Mahallerde Arama Tedbirine Başvurulması.....	126
7. Avukat Bürolarında Arama	126
a. Ölçülülük İlkesine Uyulması	126
b. Avukatlık Kanunu Kapsamında Arama Yapılması.....	127
c. Avukatların Ceza İnfaz Kurumlarında Aranması	130
d. CMK Kapsamında Arama Tedbirine Başvurulması	131
III. ARAMA KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ	133
A. ARAMA YAPMA YETKİSİ VE KATLANMA YÜKÜMÜLÜĞÜ	133
B. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİYLE İLETİŞİME GEÇİLMESİ VE KİŞİYE BİLGİ VERİLMESİ	134
C. ARAMADA HAZIR BULUNABİLECEK KİŞİLER VE ARAMA TANIĞI.....	135
1. Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler	135

2. Arama Tanığı Bulundurulması	139
3. Kişinin Avukatının Aramada Hazır Bulunması	142
D. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİYE VERİLECEK BELGE	143
E. BELGE VE KÂĞITLARI İNCELEME YETKİSİ	144
F. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER	146
IV. ARAMANIN SONA ERMESİ	148
V. ARAMA İŞLEMİNİN DENETİMİ	150
A. BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI	150
B. BİREYSEL BAŞVURU	153
VI. HUKUKA AYKIRI OLARAK YERİNE GETİRİLEN ARAMANIN	
YAPTIRIMLARI	155
A. CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARI	155
1. Haksız Arama Suçu	155
2. Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu	162
B. TAZMİNAT HUKUKU YAPTIRIMLARI	163
1. Arama Tedbiri Sebebiyle Tazminat Talebi	163
2. Tazminat Başvurusu ve Yargılama Usulü	165
C. DELİL HUKUKU YAPTIRIMLARI	167
1. Hukuka Aykırı Delil ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi	
Kavramı	167
2. Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi	
Yasağı	168
3. Arama Tedbiri Bakımından Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması	
ve Değerlendirilmesi Yasağı	173
4. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuruya İlişkin Kararlarında	
Konuya Yaklaşımı	175

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU'NDA ELKOYMA

I. ELKOYMA KAVRAMI VE ELKOYMANIN AMACI	179
A. ELKOYMA KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLAR	179
1. Elkoyma Kavramı	179
2. Benzer Kavramlar	183
a. Muhafaza Atına Alma	183

b. Koruma Altına Alma ve Alıkoyma.....	185
c. Müsadere	186
d. Malvarlığının Dondurulması	189
B. ELKOYMANIN AMACI	190
II. ELKOYMANIN ŞARTLARI	191
A. ŞÜPHE	191
B. YETKİLİ MAKAMCA VERİLEN ELKOYMA KARARI VEYA EMRİ ...	192
1. Hâkim Kararı veya Cumhuriyet Savcısının veya Kolluk Amirinin Yazılı Emriyle Elkoyma.....	192
2. Cumhuriyet Savcısı ve Kolluk Amirinin Yazılı Emrinin Hâkim Onayına Sunulması	193
3. Elkoyma Kararının İçeriği	194
C. ELKOYMAYA KONU OLABİLECEK EŞYANIN BULUNMASI	195
1. Delil Niteliğindeki Eşya	196
2. Müsadereye Tabi Eşya.....	197
D. ELKOYMA YASAĞININ BULUNMAMASI	198
1. İçeriği Devlet Sırrı Niteliğinde Olan Belgeler.....	198
a. Devlet Sırrı Kavramı.....	198
b. Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgelerin İncelenmesi	201
2. Tanıklıktan Çekinebilecekler Arasındaki Mektup ve Belgeler	202
a. Mektup ve Belge Kavramı	204
b. Nezdinde Bulunma Şartı	205
3. Basın Araçları.....	206
4. Şüpheli ve Sanık ile Müdafii Arasındaki Yazışmalar	207
E. ELKOYMAYA MARUZ KALABİLECEK KİŞİLER	207
III. ELKOYMANIN ÇEŞİTLERİ	209
A. BASİT ELKOYMA	209
B. ÖZEL ELKOYMA	209
1. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma	209
a. Tedbire Başvurmanın Şartları, Tedbirin Uygulanması ve Sona Ermesi	210
b. Katalogda Yer Alan Bazı Suçlar Bakımından Tedbire Başvurulmasının Mülkiyet Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi	215

2. Postada Elkoyma	216
a. Tedbire Başvurmanın Şartları	216
b. Tedbirin Uygulanması ve Sona Ermesi	219
3. Avukatın Bürosunda ve Postasına Elkoyma	222
4. Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini	224
a. Tedbirin Amacı, Konusu ve Şartları	224
b. Şirket Yönetiminin Kayyım Devri	228
c. Tedbirin Sona Ermesi	232
5. Zorlama Amaçlı Elkoyma	233
a. Tedbire Başvurmanın Şartları	233
b. Tedbirin Uygulanması ve Sona Ermesi	235
6. Basılmış Eserlere Elkoyma	235
IV. ELKOYMANIN YERİNE GETİRİLMESİ	238
A. ELKOYMA KARARININ İCRASI	238
B. İSTENİLEN EŞYAYI VERMEYENLER HAKKINDA DİSİPLİN HAPSİ UYGULANMASI	240
C. ELKONULAN EŞYANIN MUHAFAZASI	241
1. Muhafaza İşleminin Yapılması	241
2. Eşyanın Muhafaza Edilmek Üzere Teslimi	242
3. Eşyanın Rayiç Değer Karşılığında Teslimi	242
D. ELKONULAN EŞYANIN ELDEN ÇIKARILMASI	243
E. ELKOYMANIN MAĞDURA BİLDİRİLMESİ	244
F. ASKERİ MAHALLERDE ELKOYMA	245
G. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER	245
H. ULUSLARARASI ELKOYMA KARARLARININ TANINMASI VE UYGULANMASI	245
V. ELKONULAN EŞYANIN İADESİ VEYA MÜSADERESİ	247
VI. ELKOYMA İŞLEMİNİN DENETİMİ	249
A. BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI	249
B. BİREYSEL BAŞVURU	250
VII. HUKUKA AYKIRI OLARAK YERİNE GETİRİLEN ELKOYMANIN YAPTIRIMLARI	251
A. CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARI	251
B. TAZMİNAT HUKUKU YAPTIRIMLARI	251
1. Koşullar Oluşmadan Elkoyma Yapılması	252

2. Elkonulan Eşyanın Korunması için Gerekli Tedbirlerin	
Alınmaması	253
3. Elkonulan Eşyanın Amaç Dışı Kullanılması	253
4. Elkonulan Eşyanın Zamanında Geri Verilmemesi	254
C. DELİL HUKUKU YAPTIRIMLARI	254
SONUÇ	257
KAYNAKÇA.....	265
ÖZET.....	292
ABSTRACT.....	293



KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÖAY	: Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Av.K	: Avukatlık Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BEDK	: Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CD.	: Ceza Dairesi
CGTİHK	: 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
FİSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

GK	: Genel Kurul
HD.	: Hukuk Dairesi
HSK	: 2802 sayılı Hâkimler Savcılar Kanunu
HSKK	: 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KS	: Karar Sayısı
KT	: Karar Tarihi
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MIT	: Millî İstihbarat Teşkilatı
no.	: Numara
OHAL	: Olağanüstü Hal
pr.	: Paragraf
PTT	: Posta ve Telgraf Teşkilatı
PVSK	: 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa

SEY	: Suç Eşyası Yönetmeliği
TAA	: Türkiye Adalet Akademisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
U.S.	: United States
USA	: United States of America
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
v.	: Versus
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
vs.	: Ve saire
Y.	: Yargıtay
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YGİY	: Yakalama ve Gözaltı İşlemleri Yönetmeliği
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Arama ve elkoyma tedbirleri, maddi gerçeğe ulaşmak için, sırasıyla gerekli olan delillerin elde edilmesi ve kişilerin yakalanması ve bu deliller ile müsadereye tabi olan eşyanın adliyenin eli altında bulundurulması amacıyla başvurulmuş koruma tedbirlerindendir. Hatta denilebilir ki çoğu soruşturma işlemlerinde, bu tedbirlere başvurulmaksızın maddi gerçeğe ulaşmak mümkün dahi olmayabilir.

Ceza muhakemesinde önemli bir yeri olan bu iki tedbir, özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına saygı gösterilmesi, haberleşme özgürlüğü ve mülkiyet hakkı başta olmak üzere bazı temel hak ve hürriyetlere doğrudan doğruya müdahale etmektedir. Bu özelliğinden dolayı her iki tedbire hem Anayasa'da (m. 20-21) hem de ayrıntılı olarak 5271 sayılı CMK'da (m. 116-134) yer verilmiştir. Tedbirlerin CMK'da düzenlenmesi, ceza muhakemesinin, üzerinde ağırlıklı durulan şekli işlevinin yanında, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin koşullarını belirleyen ve bunları koruyan maddi işlevini de ortaya koymaktadır.

Tezimizde, hem temel hak ve hürriyetlerle olan ilişkisinin ortaya konulması hem de CMK'da düzenlenişlerinden bu yana geçirdikleri değişimlerin değerlendirilmesi amacıyla, ceza muhakemesi hukukunda arama ve elkoyma tedbirleri inceleme konusu yapılmıştır. Her iki tedbir, birbirinden bağımsız iki tedbir olsa da uygulamada çoğunlukla birlikte uygulanmaları sebebiyle aynı çalışmada incelenmiştir. Çalışmada tedbire ilişkin düzenlemelerin ve uygulamanın, AİHS ve Anayasa'daki ilgili hükümlerle olan uyumu incelenmiş, sorunlu alanlar ifade edilerek buna ilişkin çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, tedbirlerin hukuki niteliğinin ve temel hak ve hürriyetlerle olan ilişkisinin ortaya konulması amacıyla, koruma tedbiri kurumu ve genel olarak temel hak ve hürriyetler konusu ile kısaca her iki tedbirin sınırlandığı hak ve hürriyetler inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde arama tedbiri incelenmiştir. Bu başlık altında arama kavramı, aramanın amaçları, şartları, yerine getirilmesi, sona ermesi, denetimi ve hukuka aykırı olarak yerine getirilen aramanın sonuçları doktrin, yargı kararları ve AİHM içtihadı çerçevesinde ele alınmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde elkoyma tedbiri incelenmiştir. Bu başlık altında elkoyma kavramı ve benzer kavramlar, elkoymanın amacı, şartları, çeşitleri, yerine getirilmesi, elkonulan eşyanın iadesi veya müsaderesi, elkoyma işleminin denetimi ve hukuka aykırı olarak yerine getirilen elkoymanın sonuçları doktrin, yargı kararları ve AİHM içtihadı çerçevesinde ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SINIRLANDIRDIĞI TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

I. KORUMA TEDBİRLERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE KORUMA TEDBİRLERİNİN AMACI

Koruma tedbirleri CMK’da ayrı bir kısım halinde düzenlenmiş (Birinci Kitap Dördüncü Kısım m. 90-144) olsa da tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle kavram doktrinde¹, amacı ve işlevi esas alınarak tanımlanmaya çalışılmaktadır.

Bu çerçevede, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için gerekli olan delillerin toplanması, delil kaynaklarının koruma altına alınması, delillerin olduğu gibi muhakemeye aktarılması, şüpheli veya sanığın muhakeme sırasında hazır bulundurulması, ceza muhakemesinin gecikmeksizin yürütülebilmesi ve muhakeme sonucunda verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak² amacıyla koruma tedbirlerine başvurulur. Böylelikle ortadan kalkma tehlikesi bulunan deliller, koruma altına alınmakta ve yeri geldiğinde muhakemeye aktarılmaktadır.³

¹ Doktrinde koruma tedbirlerini farklı bir isim altına inceleyen yazarlar da vardır. Mülga CMUK döneminde kavramı Taner “ihtiyati tedbir” (Bkz. TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 3. Bası, 1985, s.131 vd.); Erem “usûl tedbirleri” (Bkz. EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, Güncelleştirilmiş 5. Bası, 1979, Ankara, s. 461 vd.); Yüce ise “zorlayıcı önlem” (Bkz. YÜCE, Turhan Tufan, “Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1980, Sayı:1, s.67 vd.) olarak incelemekteydi. Yurtcan ise CMUK döneminden bu yana kavramı “ceza yargılaması önlemleri” olarak isimlendirmektedir (Bkz. YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 16. Baskı, 2019, s.361 vd.)

² TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 20. Baskı, 2020, s.255; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 18. Baskı, 2021, s.327; ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, Ankara, 11. Baskı, Ağustos 2020, s.283; KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Savaş Yayınevi, Ankara, 1. Bası, Ekim 2014, s.211; ayrıca bkz. YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

³TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt 1, İstanbul, Genişletilmiş 4. Baskı, 1984, s.818.

Koruma tedbirlerinin genel amaçlarının yanı sıra her bir tedbir bakımından kendisine has amaçları da bulunmaktadır. Başvurulacak tedbire karar verilirken bu husus da dikkate alınmalıdır. Aksi durum hem CMK'ya aykırı olacak hem de tedbire ilişkin hak ve hürriyetin ihlaline neden olabilecektir.

İnceleme konumuz olan arama⁴ (CMK m. 116-122), şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi; elkoyma (CMK m. 123-134) ise delil olarak yararlı görülen veya müsadere konusu eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kısıtlanması amacıyla başvurulanan bir koruma tedbidir.^{5 6} Böylece şüpheli veya sanık muhakemede hazır edilebilmekte, delil olan eşya ise muhakemede kullanılabilmektedir.

B. KORUMA TEDBİRLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ⁷

1. Temel Hak ve Hürriyetleri Sınırlandırma

Koruma tedbirleri, temel hak ve hürriyetlere, henüz hükmün kesinleşmesinden önce, doğrudan doğruya müdahale etmekte, onları sınırlandırmaktadır.⁸ Hatta bu özelliği nedeniyle bu tedbirlere Alman Hukuku'nda, "temel haklara müdahale" adı verilerek, tedbirlerin temel haklara müdahale

⁴TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.282.

⁵ Doktrinde, arama işleminin koruma tedbiri değil aslında bir araştırma işlemi olduğu ancak, böyle olsa bile bu durumun arama işleminin de temel hak ve özgürlükleri güvenceye alacak şekilde koruma tedbirlerine paralel olarak düzenlenmesine engel olmadığı hususunda bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 19. Bası, 2020, s.461.

⁶ Doktrinde, arama ve elkoyma tedbirlerinin hem delile ulaşma aracı hem de koruma tedbiri olarak çifte özelliğe sahip olduğu hususunda bkz. ÖZEN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 5. Baskı, 2020, s.463.

⁷ Koruma tedbirleri ile ilgili genel bir değerlendirme için bkz. AYM, Hülya Kar Başvurusu, no. 2015/20360, 27/2/2019, pr.17-46; Y. 5 CD., 17/01/2014, 2013/16791 E., 2014/516 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁸ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/SOYER GÜLEÇ, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 4. Baskı, 2021, s.34.

etmesi hususu vurgulanmaktadır.⁹ Bu özelliği nedeniyle bu tedbirlere Anayasalarda da yer verilmektedir.¹⁰

Arama ve elkoyma tedbirleri de başta özel hayatın gizliliği olmak üzere konut dokunulmazlığına, haberleşme özgürlüğüne, kişi özgürlüğüne, vücut bütünlüğüne ve mülkiyet hakkına doğrudan müdahale ettiğinden bizzat Anayasa'da^{11 12 13}(m. 20 ve 21) düzenleme altına alınmıştır.

2. Kanunilik

a. Kanunilik İlkesi, İlkenin Önemi ve Kapsamı

Kanunilik ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesidir.¹⁴ Bu husus, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden günümüze, demokratik hukuk devletlerinde uygulanagelen bir kuraldır. Bunun nedeni demokrasilerde iktidarın kaynağının halk olması, halkın ise yasama meclislerinde temsil edilmesi ve kanunların burada topluma açık bir şekilde, karşıt görüşler dikkate alınarak, ayrıntılı bir usulle hazırlanarak önceden ilan edilmesi ve genel kurallar içermesidir. Bu durum hem eşitlik ilkesini yerine getirerek kişiler arasında farklı uygulamaların da önüne geçilmesine hizmet

⁹ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.28.

¹⁰ ÜNVER/HAKEKİ, s.327.

¹¹ Anayasamızdaki bu düzenleme hem adli hem de önleme aramalarını kapsamaktadır. Bkz. AYM'nin 22/02/2006 tarihli, 2003/29 E., 2006/24 K. sayılı kararı, RG TARİH-SAYI: 27.7.2006-26241.

¹² ABD'de de aramaya ilişkin düzenleme önemi dolayısıyla Anayasa'da yer almaktadır (Ek Madde 4). Kökleri İngiliz hukukuna dayanan düzenlemenin amacı, kişilerin, konutların ve yazışmaların gizliliğini garanti altına almaktır. Bkz. ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 8. Baskı, Ekim 2016, s.398.

¹³ Anayasa'da yapılan değişiklikte elkoymanın nedenlerinin tek tek sayılması, özgürlüklerin kullanılması bakımından olumlu bir değişiklik olmuştur, YURTCAN, Uyum Yasaları ve 2001 Anayasa Değişikliği, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2004, s.2.

¹⁴ GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, 3. Baskı, s.224.

etmekte¹⁵ hem de hak ve hürriyetler bakımından koruyucu bir işlev yerine getirmektedir.¹⁶

Nitekim Anayasa'nın 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini açık bir şekilde düzenlemiştir. Bu çerçevede, temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması sebebiyle koruma tedbirleri de ancak kanunla düzenlenebilir. Hatta keyfi müdahalelerin önüne geçilebilmesi amacıyla koruma tedbirlerinin, kanunla en ince ayrıntısına kadar düzenlenmesi gereklidir.¹⁷ Keyfilikten kasıt, insandan kaynaklanan ve haklı bir nedene dayanmayan müdahaledir.¹⁸

Yine milletlerarası andlaşmalarla ilgili hükümler içeren Anayasa'nın 90/son maddesi *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."* hükmünü içermektedir. Dolayısıyla koruma tedbirlerinin etkilediği temel hak ve hürriyetlerin yer aldığı milletlerarası andlaşmalar da kanun hükmündedir ve ceza muhakemesinde temel kaynak

¹⁵ ŞİMŞEK, Suat, "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Karşılaştırmalı Bir Analiz Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", TBB Dergisi, Sayı:91, Kasım-Aralık 2010, s.203-204.

¹⁶ GÖZLER, İnsan Hakları, s.226.

¹⁷ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.254; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.29; ÜNVER/HAKERİ, s.332; CENTEL/ZAFER, s.374; ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s.24; ayrıca bkz. YCGK., 15/03/2005, 2005/10-15 E., 2005/29 K. sayılı kararı (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018: "Hukuk devleti, vatandaşına hiçbir şarta bağlı kalmaksızın her an gözaltına alınabileceği, sorgulanabileceği, evinde arama yapılabileceği kaygısıyla yaşamak duygusu veremez. Devletin bu şekilde hukuka uymazlığı, vatandaşın tedirginliğine ve giderek Devlete ve hukuka güvensizliğine neden olur..."

¹⁸ ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Hukuk Yayınları, Ankara, 3. Baskı, 2019, s.115.

olarak dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda AİHM de özel hayata, konut dokunulmazlığına ve haberleşme hürriyetine ciddi anlamda müdahalede bulunan arama ve elkoyma tedbirlerinin, kanunda çok açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁹

Burada yer alan “kanun”dan kasıt hem şekli hem de maddi anlamıyla kanundur. Şekli anlamda kanun, Parlemonto tarafından usulüne uygun olarak kanun formunda çıkarılan genel ve soyut düzenlemedir. Maddi anlamda kanun ise içerik olarak hukuki belirlilik ilkesini karşılayan, ilgili kişi bakımından ulaşılabilir ve etkileri bakımından öngörülebilir olan hukuki bir düzenlemedir.²⁰

Anayasa Mahkemesi, temel hakların ancak kanunla sınırlanabileceğini düzenleyen Anayasa m. 13 hükmü dolayısıyla şekli anlamda kanun anlayışına sıkı sıkıya bağlıdır. AİHM’e göre ise yönetmelik gibi daha alt dereceli normatif düzenlemeler hatta içtihadi hukuk dahi kanunilik koşulunu karşılamaktadır.²¹

Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, kıyas yoluyla da olsa, kanunda düzenlenmeyen bir tedbire başvurulamayacağı gibi, kanunda bu tedbirler bakımından aranan şartlar da kıyas yoluyla genişletilemez.²² Bu husus, ceza muhakemesinde sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasağı olmasının doğal bir sonucudur.

Yine kanunilik ilkesinin diğer bir sonucu olarak da idarenin düzenleyici işlemleriyle hak ve hürriyetler sınırlanamaz. Bu husus, idarenin bu alanda hiçbir

¹⁹ AİHM, Petri Sallinen ve Diğerleri/Finlandiya, no.50882/99, 27 Aralık 2005, pr. 90.

²⁰ Bu konuda bkz. EŞİTLİ, AYGÜN Ezgi, Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, TBB Dergisi, Yıl: 2013, Sayı:104; ŞİRİN, Tolga, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1), Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s.61 vd.; YAVUZ, Can, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, TBB Dergisi, Yıl: 2019, Sayı: 145.

²¹ Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Protection of Property, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2021, Updated on 30 April 2021, pr.117.

²² ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.287.

işlem yapamayacağı anlamına gelmez. İdare, kanunda öngörülen sınırlamayı somutlaştırmak, ayrıntılarını belirlemek amacıyla düzenleyici işlemler yapabilir. Ancak idare bu işlemle, yeni bir sınırlama getiremeyeceği gibi mevcut sınırlamanın da kapsamını genişletemez.²³ Dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemi, yalnızca ceza muhakemesi normunun tamamlanması veya doldurulması amacına matuf olabilir.²⁴ Aksi uygulama kanunilik ilkesine aykırı olur.

b. Kanunilik İlkesi ve Anayasa’da Yer Alan Diğer İlkeler Bağlamında Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği²⁵ İle Suç Eşyası Yönetmeliği’nin²⁶ Değerlendirilmesi

Hukukumuzda yer alan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) adli ve önleme arama, Suç Eşyası Yönetmeliği (SEY) ise elkoyma tedbirine ilişkin hükümler içermektedir. Her iki Yönetmelik hükümleri değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılır: 1) Dayanağı CMK’dır; 2) AÖAY’nin yürütülmesi Adalet ve İçişleri Bakanlıkları, SEY’in yürütülmesi ise Adalet Bakanlığı’nın sorumluluğundadır; 3) Arama ve elkoyma tedbirleri bakımından sınırlayıcı, hatta aşağıda yeri geldikçe değinilecek olan ve sınırlama alanını genişleten hükümler içerir; 4) Mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler içerir.

Her iki Yönetmelik’in dayanak maddesinde CMK’ya atıf yapılmıştır. Ancak CMK’da yalnızca gözaltına alma (m. 99) ve m. 135-140 arasında düzenlenen

²³ GÖZLER, İnsan Hakları, s. 227.

²⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki, 24 Mayıs 2003 tarih ve 25117 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe konan “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir, Ankara Barosu Dergisi, 2004/3, s.24.

²⁵ AÖAY ilk olarak 24 Mayıs 2013 tarihli ve 25117 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, ancak 5271 sayılı CMK’nın yürürlüğe girmesiyle, ilgili AÖAY yürürlükten kalkmış ve yerine 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan AÖAY yürürlüğe girmiştir.

²⁶ 23.03.2016 tarihli ve 29662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Suç Eşyası Yönetmeliği.

koruma tedbirlerinin Yönetmelik ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır (m. 140/A) ve bunlar arasında arama ve elkoyma tedbirleri bulunmamaktadır. SEY bakımından dayanak olarak gösterilen CMK m. 38/A'da ise ceza muhakemesi işlemlerinin UYAP'ta yapılmasına dair usul ve esasların, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla her iki Bakanlık, kendilerine Kanun ile verilmeyen bir yetkiyi kullanmışlardır.²⁷ Ayrıca CMK'nın uygulanması ne Adalet ne de İçişleri Bakanlığı'nın sorumluluğundadır; CMK'yı uygulamak yalnızca yargı organlarının sorumluluğundadır. Bu çerçevede, her iki Bakanlığın CMK'nın uygulanması için Yönetmelik çıkarması, Anayasa'nın Yönetmeliklerin bakanlıkların kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılabileceği hususundaki hükmüne (m. 124) ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı hükmüne (m. 6) aykırıdır.^{28 29}

Her iki Yönetmelik, içerisinde hak ve hürriyetler bakımından sınırlayıcı ve hatta sınırlama alanını genişletici hükümlerin bulunması sebebiyle, yukarıda açıklanan kanunilik ilkesine aykırıdır. Nitekim bahse konu hükümler, idarenin yetki alanına da girmemektedir. Dolayısıyla idare tarafından yapılan düzenleme, yasamanın yetki alanına girdiğinden, Anayasa'da yer alan "yasama yetkisinin

²⁷ Kanunla böyle bir yetki verilmiş olsa dahi düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olacağı husunda bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki / AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi / KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı: 1, 2015, s.510 dn.15.

²⁸ HAFIZOĞULLARI, s.15-17; DOĞAN, Duygu Çağlar, Ceza Muhakemesinde Adli Arama, TBB Dergisi, Sayı:92, Yıl: 2011, s.180; Danıştay 10. Daire, 13.03.2007, 2005/6392 E., 2007/948 K. sayılı kararı karşıoy gerekçesi, YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E, 2016/374 K karşı oy gerekçesi (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

²⁹ Yargıtay aksi görüştedir. Bkz. YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

devredilmezliği” ve böylece “kuvvetler ayrılığı ilkesi”ne de aykırılık teşkil etmektedir.

Her iki Yönetmelik, Mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler içermesi nedeniyle mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği hususundaki Anayasa hükmüne (m. 142) aykırıdır. Yönetmelik ile bu konuda düzenleme yapılamaz.

3. Ölçölülük

Ölçölülük ilkesi³⁰ kısaca, araçla amaç arasındaki ilişkiyi ortaya koyar ve elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden meydana gelir. Buna göre, ölçölülük ilkesinden bahsedebilmek için, kullanılan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli, amaca ulaşmak bakımından gerekli (zorunlu) ve amaçla orantılı olmalıdır.³¹ Dolayısıyla kullanılan aracın elverişli, gerekli ve orantılı olandan fazlası ölçölük ilkesine aykırılıktır.³² Elverişlilik şartının gerçekleşmesi için aracın amaca katkıda bulunması gereklidir.³³ Gereklilik, amaca ulaşmada aynı derecede etkili tedbirler arasından en yumuşağının seçilmesidir.³⁴ Orantılılık ise araç ile amaç arasında ölçüsüz bir oran bulunmamasıdır.³⁵ Dolayısıyla ölçölülük, hak ve hürriyetin sınırlandırılmasında

³⁰ Ölçölülük ilkesi hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. METİN, Yüksel, Ölçölülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002; METİN, Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçölülük: Ölçölülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2017.

³¹ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 10. Baskı, 2009, s.113; GÖZLER, İnsan Hakları, s.237; ayrıca bkz. AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/817, 19/12/2013, pr. 38-39.

³² SCHLIN, Bernhard, “Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?”, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol.22-291, 2012, s.292.

³³ GÖZLER, İnsan Hakları, s.371.

³⁴ GÖZLER, İnsan Hakları, s.372.

³⁵ GÖZLER, İnsan Hakları, s.372.

“adil bir denge” kurmaya çalışılmasıdır.³⁶ Bundan dolayı ilke “aşırılık yasağı” olarak da adlandırılır.³⁷

Koruma tedbirleri bakımından kişi hürriyetinin aşırı bir şekilde kısıtlanmasının önüne geçebilmek için, tedbirlere karar verilmesinden uygulanmasına, ondan da sona erdirilmesine kadar olan her aşamada, ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır.³⁸ Bu bağlamda, elde edilmesi beklenen fayda ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunda oluşabilecek zarar arasında açık bir orantısızlık bulunduğu durumlarda koruma tedbirlerine hiç³⁹ veya görece hafif bir tedbirle amaca ulaşılabilen durumlarda ise daha ağır bir tedbire başvurulmamalıdır.⁴⁰

Arama ve elkoyma tedbirleri bakımından, ölçülülük ilkesi dikkate alınmalı, örneğin başka bir tedbirle amaca ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda ve mutlak bir zorunluluk olmadıkça tedbirlere başvurulmamalıdır.⁴¹

4. Suç Şüphesinin Varlığı

Şüphe kelimesi, kuşku; bir olguya ilişkin gerçeğin ne olduğunu belirleyememekten doğan kararsızlık, kuruntu, işkil, acaba anlamına

³⁶ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 8. Bası, 2009, s.145; ayrıca bkz. AİHM, Beyeler/İtalya, no.33202/96, 05 Ocak 2000, pr.107.

³⁷ YÜCE, Turhan Tufan, “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”, TBB Dergisi, Yıl: 1988, Sayı: 1, s.167.

³⁸ YERDELEN, Erdal/DEĞERLİ, Yavuz Selim, Ceza Muhakemesi Koruma Tedbirlerinde Ölçülülük, Prof.Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s.1350; KAHRAMAN, Recep, Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi, İstanbul Hukuk Mecmuası 79/1, s.282.

³⁹ ÜNVER/HAKERİ, s.334-335.

⁴⁰ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.256; bkz. AİHM, Buck/Almanya, no.41604/98, 28 Nisan 2005, pr.52: Karara konu olayda trafik suçuna ilişkin bir belgenin aranması amacıyla şüphelinin babasına ait fabrikada arama yapılmasının orantısız olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. AİHM, Smirnov/Rusya, no. 71362/01, 7 Haziran 2007, pr.43; Jablonski/Polonya, no. 33492/96, 21 Aralık 2000, pr.84.

⁴¹ ÖNDER, Ayhan, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama, İÜHFM, CXXIX, Sayı:3, Yıl: 1963, s.430; KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.1140; YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 8. Baskı, 2020, s.397.

gelmektedir.⁴² Dolayısıyla şüphe, kesin bir hükme varamamaktan kaynaklanan bir kararsızlık durumudur. Ceza muhakemesi de suç şüphesiyle başlar. Bu şüphe aslında belli maddi olaylarla desteklenen ancak, doğruluğu henüz kesin olarak ortaya konulamamış olan bir iddiadan ibarettir.⁴³ Ceza muhakemesinde şüphe, yoğunluğuna göre basitten⁴⁴ kuvvetliye⁴⁵ doğru derece derece belirlenmektedir.⁴⁶

Koruma tedbirlerine başvurabilmek için de şüphenin belirli bir yoğunlukta bulunması gereklidir ve temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalenin ağırlığına oranla şüphenin yoğunluğu da artmaktadır.⁴⁷ CMK her bir koruma tedbiri bakımından, temel hak ve hürriyetlere yönelen müdahalenin yoğunluğuna göre, şüphe derecesini ayrı ayrı düzenlemiştir.⁴⁸ Şüphenin derecesini ise mevcut deliller belirleyecektir.⁴⁹

5. Görünüşte Haklılık

Görünüşte haklılık, bir hakkın tehlikede olduğunu gösteren olayların mevcut olmasıdır.⁵⁰ Bunun için mevcut delillerden yola çıkılarak bir kanaate varılır. Koruma tedbirlerine, gecikmede tehlike olduğu durumlarda, muhakeme halen daha devam ederken başvurulduğundan kesin haklılık şartı aranmaz,

⁴² www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 02/05/2014.

⁴³ ERYILMAZ, Mesut Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.47.

⁴⁴ YCGK., 25/11/2014, 2013/9-841 E., 2014/513 K. (www.legalbank.net), YCGK., 25/11/2014, 2013/9-610 E., 2014/512 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018; ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.47; ŞAHİN, İlyas, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, Sayı:3, Yıl: 2014, s.112.

⁴⁵ ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 12. Baskı, 2008, s.540; ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.49.

⁴⁶ Ceza muhakemesinde şüphe konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YAYLA, Mehmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.113 vd.

⁴⁷ ŞAHİN, Şüphe, s.125.

⁴⁸ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.30.

⁴⁹ YILMAZ, Yeşim, “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”, TBB Dergisi, Sayı: 124, Yıl: 2016, s.259.

⁵⁰ YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

görünüşte haklılık ile yetinilir.⁵¹ Nitekim tedbirin kesin olarak haklı olup olmadığına muhakeme sonunda karar verilecektir.⁵²

CMK'da, görünüşte haklılık şartının sağlanabilmesi ve keyfi uygulamaların önüne geçilebilmesi amacıyla, her bir koruma tedbiri için belirli şartların, özellikle de belirli şüphe derecelerinin bulunması hususu düzenleme altına almıştır. Bu şartların yerine gelmesiyle koruma tedbirlerine başvurulduğu takdirde, yapılan işlemin görünüşte haklı olduğundan bahsedilecektir.⁵³ Ayrıca, görünüşte haklılık şartının sağlanıp sağlanmadığının denetimi açısından birçok koruma tedbirinde itiraz usulü öngörülmüştür.⁵⁴

6. Geçicilik

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin zarar görmesi tehlikesi karşısında, yalnızca tehlikenin devamı süresince başvurulacak bir tedbir olması sebebiyle geçicidir ve tehlikenin sona ermesiyle veya en geç hükmün kesinleşmesiyle sona erer.⁵⁵ Tehlike ortadan kalktıktan sonra koruma tedbirine başvurulmaya devam edilmesi, yapılan işlemi hukuka aykırı hale getirir.⁵⁶

CMK'da gözaltına alma, tutuklama gibi bazı tedbirlerin uygulanması bakımından doğrudan süre sınırlaması getirilmiştir. Bu tedbirler, en geç CMK'da öngörülen süre sonunda sona erdirilir (Bkz. CMK m. 91/1). Buna karşın bazı tedbirler bakımından ise CMK'da belirli bir süre öngörülmemiştir. Bu tedbirler,

⁵¹ KUNTER, Nurullah, "Tehlike Tedbirleri Genel Teorisi ve Para Cezaları için İcrai ve İhtiyati Haciz, İÜHF, Cilt:XXXIV, Yıl:1969, Sayı:1-4, s.32.

⁵² ÜNVER/HAKERİ, s.333.

⁵³ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.288.

⁵⁴ ÜNVER/HAKERİ, s.333.

⁵⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.254.

⁵⁶ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.287.

tehlikenin ortadan kalkması, tedbirlerden elde edilmek istenilen amaca ulaşılması⁵⁷ veya ulaşılamayacağının anlaşılmasıyla sona ermelidir.

Arama tedbiri, kişilerin yakalanması veya delillerinin elde edilmesi; elkoyma tedbiri ise elkonulan eşyaya ispat aracı olarak ihtiyaç kalmadığına karar verilmesiyle sona erer. Bu aşamadan sonra halen daha arama ve elkoyma tedbirine başvurmaya devam edilmesi, hem dürüst işlem ilkesine aykırılık teşkil eder hem de yapılan işlem hukuka aykırı hale getirebilir.

7. Araç Olma

Koruma tedbirleri başlı başına bir amaç değil; ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma yolunda, şüpheli ve sanığın muhakemede hazır edilmesinde, delil elde etmede, elde edilen delillerin koruma altına alınmasında, hüküm vermede ve verilen hükmün infaz edilmesinde⁵⁸ kullanılan araçlardır.

Bu bağlamda koruma tedbirleri bir ön ceza değildir ve bu amaçla da uygulanamaz.⁵⁹ Ancak uygulamada özellikle tutuklama tedbirinin bir ön ceza gibi uygulandığı durumlara rastlanmaktadır. Koruma tedbirleri, ceza olmaması sebebiyle, cezalarda uygulanan “non bis in idem-tek fiil için birden fazla ceza olmaz ilkesi”, bunlar için geçerli değildir. Bu sebeple, bir kimse hakkında, aynı anda birden fazla koruma tedbirine başvurulabilir.

⁵⁷ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.34.

⁵⁸ ÇELİK, İsa, Postada Elkoyma, Ajans Yayıncılık, Ankara, 2016, s.21.

⁵⁹ Bkz. AİHM, Aktiva Doo/Serbia, no.23079/11, 19 Ocak 2021, pr.85.

Bu bağlamda; arama ve elkoyma tedbiri de bir yaptırım türü olarak değerlendirilmemeli, bir nevi ön ceza gibi uygulanmamalı ve istenilen amaca ulaşıldığında da sona erdirilmelidir.⁶⁰

Bunun yanında araç olma, bu tedbirlerin başka bir tedbire vasıta olması yoluyla da olabilir. Örnek olarak, arama tedbiri delil eşyasına elkonulması bakımından elkoyma tedbirine, yakalama ve gözaltına alma tedbiri de tutuklama tedbirine aracılık edebilir. Uygulamada arama tedbirinin sonucunda elkoyma veya yakalama tedbirine başvurulur.⁶¹

8. Zorlayıcılık

Koruma tedbirleri zorlayıcı tedbirler olduğundan, uygulanmaları için ilgilinin rızası aranmaz. Dolayısıyla kişiler bakımından bu tedbirlere katlanma yükümlülüğü söz konusu olur. Katlanma yükümlülüğü, şüpheli veya sanığın, kendisine karşı yürütülen ceza muhakemesi işlemlerine karşı koymamasıdır.⁶² Bu katlanma etkin bir şekilde aktif katlanma veya hareketsiz veya sessiz kalarak pasif katlanma yükümlülüğü şeklinde olabilir.⁶³

Katlanma yükümlülüğü, yapılan işlemin hukuk devleti, oranlılık⁶⁴, insan onurunun dokunulmazlığı ve nemo tenetur ilkelerine uygun olması halinde mümkündür.⁶⁵ Aksi halde kişinin bu işleme katlanması beklenemez.

⁶⁰ BIÇAK, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 4. Baskı, 2018, s.662.

⁶¹ DEL CARMEN, Rolando V., Criminal Procedure Law and Practice, Wadsworth Cengage Learning, 8. Baskı, USA, 2010, s.192.

⁶² İNCİ, Z. Özen, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (2) 2017, s.122.

⁶³ İNCİ, Katlanma Yükümlülüğü, s.135; YILDIRIM, Ertuğrul Kaan, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Nemo Tenetur İlkesi, Ceza Muhakemesi Hukukunun Güncel Sorunları, Cilt:8, Editör: Prof.Dr. Yener ÜNVER, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.129-130.

⁶⁴ YERDELEN/DEĞERLİ, s.1349.

⁶⁵ İNCİ, Katlanma Yükümlülüğü, s.125-137.

Koruma tedbirleri de ilgilinin rızası olmaksızın⁶⁶, zorla uygulandıklarından⁶⁷, kişiler bakımında bu tedbirlere pasif katlanma yükümlülüğü söz konusudur.⁶⁸



⁶⁶ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.255.

⁶⁷ YÜCE, s.70.

⁶⁸ ERTUĞRUL, Hüseyin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XII, Yıl: 2008, Sayı:1-2, s.697.

9. Gecikmede Tehlike Bulunması

Tehlike, bir zarar ihtimalidir. Gecikmede tehlike ise koruma tedbirlerine başvurulmadığı takdirde delillerin elde edilememesini, muhakemenin yapılamamasını veya yapılsa bile maddi gerçeği ulaşma ihtimalinin ortadan kalkmasını, dolayısıyla ceza muhakemesinin tehlikeye düşmesini⁶⁹, zarara uğramasını ifade eder.⁷⁰ Bu husus, somut unsurlarla desteklenmeli⁷¹ ve tedbire karar vermeye yetkili makam tarafından, her somut olayda ayrıca incelenmelidir.⁷²

10. Bir Karara Dayanma

Temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunan bu tedbirlerin gelişigüzel uygulanması düşünülemez. Temel hak ve hürriyetlerin korunması, onlara yönelik gereksiz müdahalelerin önüne geçilebilmesi için koruma tedbirlerinin hâkim kararı veya bazı istisnai durumlarda yetkili merciin yazılı emriyle yapılması zorunludur.

CMK, her bir koruma tedbiri bakımından, temel hak ve hürriyetlere yönelen müdahalenin ağırlığına göre, ayrı bir karar verme usulü düzenlemiştir. Bazı koruma tedbirleri bakımından yalnızca hâkim (bkz. CMK m. 100/1), bazıları bakımından hâkim veya gecikmede sakınca bulunması durumunda Cumhuriyet savcısı (bkz. CMK m. 119/1, 127/1), bazıları bakımından yalnızca Cumhuriyet savcısı (bkz. CMK m. 91), diğer bazıları bakımından ise hâkim ve Cumhuriyet savcısına ilave olarak istisnai olarak kolluk amiri (bkz. CMK m. 119/1, 127/1) de karar vermekle yetkilendirilmiştir.

⁶⁹ KUNTER, Tehlike Tedbirleri, s.29.

⁷⁰ TOSUN, s.826; ÜNVER/HAKERİ, s.332; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.288; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.36; ayrıca bkz. YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi:20/02/2018.

⁷¹ KUNTER, Tehlike Tedbirleri, s.30.

⁷² CENTEL/ZAFER, s.375.

II. İNSAN HAKLARI KAVRAMI VE TEDBİRLERİN SINIRLANDIRDIĞI TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

A. İNSAN HAKLARI

İnsan hakları bütün insanların sırf insan olmaları sebebiyle sahip oldukları haklardır. Anayasa'da da bu husus "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" şeklinde ifade edilmiştir (m.12). Bu haklar insanın, maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirebilmesi⁷³, onurlu⁷⁴ bir yaşam sürmesi⁷⁵, özgürlük alanlarının güvence altına alınabilmesi, demokratik ve insan haklarına dayalı hukuk devletinin yerleşmesi ve devletin uluslararası itibarının korunması⁷⁶ için gereklidir. Bu hakların tanınmasıyla ayrıca, devletin insan haklarına dayandırılması ve bunları koruma hassasiyetiyle hareket etmesinin sağlanması da amaçlanır.⁷⁷

1. Temel Kavramlar

Hürriyet⁷⁸, bir şeyi yapmak veya yapmamak veya belirli bir şekilde davranmak veya davranmamak şeklindeki serbest hareket etme iradesi olarak ifade edilebilir.⁷⁹ Hukuki anlamda hürriyet ise, hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış her türlü insan fiilini ifade eder.⁸⁰ Dolayısıyla hürriyet hukuk düzeni tarafından sınırlandırılabilir. Bu konu aşağıda incelenecektir.

⁷³ KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 7. Baskı, 1993, s.142.

⁷⁴ İnsan onuru hakkında bkz. DOĞAN, İlyas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukuku, Astana Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2019, s.18-25; ERDOĞAN, s.48-52.

⁷⁵ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa R./SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, R.Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Güncellenmiş 9. Baskı, 2021, s.31; YILMAZ, Ejder, Medeni Yargıda İnsan Hakları, TBB Dergisi, Yıl: 1996/2, s.150.

⁷⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.48.

⁷⁷ ERDOĞAN, s.2.

⁷⁸ Hürriyet kavramı hakkındaki görüşler ve kesin bir tanıma varılamaması hakkında bkz. KAPANİ, s.3-7.

⁷⁹ GÖZLER, İnsan Hakları, s.63.

⁸⁰ GÖZLER, İnsan Hakları, s.66.

Hürriyet, insanın insan olmasından kaynaklanır, doğuştan gelir; dolayısıyla hukuk düzeni tarafından tanınması gerekli değildir. Hak ise hukuk düzeni tarafından tanınmış olmalıdır. Bu anlamda hak, hukuk düzeni tarafından korunan hürriyetler⁸¹ veya kişilere tanınan yetki⁸² olarak tanımlanabilir. Hakkın hukuk düzeni tarafından korunması kişiye, hakkını kullanmayı talep etme yetkisi verir⁸³ ve ihlallere meşru olarak karşı konulabilmesini ve de bunlara saygı gösterilmesini sağlar.⁸⁴

İnsan hakları hukukunda, “insan hakları”, “kamu hürriyetleri”, “temel hak ve hürriyetler” kavramları yaygın olarak kullanılmaktadır. Bunlardan en geniş olanı “insan hakları” kavramıdır ve insanları sahip olduğu hürriyetleri ifade eder.⁸⁵ Dolayısıyla insan hakları, olması gerekeni ifade eden bir haklar listesidir. Kamu hürriyetleri, insan haklarının, devlet tarafından tanınarak pozitif hukuka aktarılan kısmını ifade eder.⁸⁶ Temel hak ve hürriyetler ise anayasa tarafından tanınan hak ve hürriyetlerdir.⁸⁷ Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerden farklı olarak kamu hürriyetleri, kanunla da tanınabilir.

⁸¹ GÖZLER, İnsan Hakları, s.66.

⁸² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.30; Ayrıca hak kavramının “hukuken korunan menfaat”, “davranış özgürlüğü”, “sahiplik ileri sürebilme”, “yasaca tanınan ayrıcalık” olarak tanımlanması ile ilgili olarak bkz. YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2004, s.438.

⁸³ ERDOĞAN, s.11.

⁸⁴ ERDOĞAN, s.24.

⁸⁵ GÖZLER, İnsan Hakları, s.84.

⁸⁶ Yazar, bu hakların belirli bir sınıf ve zümreye değil de herkese (kamuya) tanınmış ve kamu hukukunun bir kolunu teşkil etmesinden dolayı “kamu hürriyetleri” terimini kullanmakta ancak temel haklar kavramının da bu kavram yerine kullanılabileceğini ifade etmektedir, KAPANİ, s.14.

⁸⁷ GÖZLER, İnsan Hakları, s.96; ERDOĞAN, s.116.

2. İnsan Haklarının Tarihi Gelişimi

Eskiçağda (M.Ö. 8 veya 7. yüzyıl- M.S. 5. yüzyıl) Platon ve Aristo'da hürriyet fikrinin izlerine rastlanmaz. Bu dönemde, insanın devlet dışında manevi bir kişiliği olabileceği ilk kez Stoacılar tarafından ifade edilmiştir. Ancak uygulamada, insan hak ve hürriyetleri düşüncesi kendisine yer bulamamıştır.⁸⁸

Ortaçağda (5-15. yüzyıl) Hristiyanlığın ortaya çıkması ve yayılmasıyla, insana insan olarak değer verilmesi ve vicdan hürriyeti fikir olarak ortaya çıkmış olsa da uygulamada yerleşmemiştir.⁸⁹

Mutlak monarşiler döneminde kralların iktidarını Tanrı'dan aldıklarını, bu yüzden yeryüzünde sınırsız olduğu ancak, ilahî kanunla sınırlı olduğu fikri savunulmuştur.⁹⁰

17 ve 18. yüzyıllarda insanın, sırf insan olmasından dolayı devredilemez hak ve hürriyetlere sahip olduğu düşüncesi “tabîî hukuk akımı”nı doğurmuştur.⁹¹ Bu akım, 1688 yılında İngiltere’de kabul edilen “Haklar Bildirisi”, 1791 yılında ABD Anayasası’na eklenen “Haklar Bildirisi” ve 1789 Fransız Devrimi’nden sonra ilan edilen “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi”nde etkisini göstermiştir.⁹² Ancak bu doktrinin teoride kalması ve insan haklarının temelini açıklamada yetersiz oluşu sebebiyle, Fransız İhtilali’nden sonra “ferdiyetçi doktrin” ortaya atılmıştır. Buna göre, her şeyin özünde fert vardır ve her bir fert, insan olarak yaratıldığı için hak

⁸⁸ KAPANİ, s.17-22; GÖZLER, İnsan Hakları, s.125-127.

⁸⁹ GÖZLER, İnsan Hakları, s.128-132; KAPANİ, s.22-28.

⁹⁰ KAPANİ, s.28-29; GÖZLER, İnsan Hakları, s.132.

⁹¹ GÖZLER, İnsan Hakları, s.132; KAPANİ, s.30.

⁹² Her üç belgeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, İlyas, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara, 3. Baskı, 2019, s.89-136.

ve hürriyetlere sahiptir. Bireylerin hak ve ve menfaatleri devletin hak ve menfaatlerinden üstündür ve devlet de bunlara saygı göstermek zorundadır.⁹³

İnsan hakları, esas olarak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, baskıcı rejimlere duyulan tepkinin etisiyle güçlenmeye başlamıştır.⁹⁴ Bu dönemde evrensel düzeyde “BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”, bölgesel düzeyde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi (1969) ve Afrika İnsan ve Halklarının Hakları Sözleşmesi (1981) ve ülke Anayasalarında insan hak ve hürriyetleri düzenleme altına alınmıştır.⁹⁵

3. Hak ve Hürriyetlerin Sınırları⁹⁶

a. Hürriyet Karinesi ve Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması

Liberal hukuk sistemlerinde “hürriyet karinesi” geçerlidir. Buna göre insanın hür olması, belirli bir hareketi yapmasının serbest olması asıl; hür olmaması, belirli bir hareketi yapmasının yasak olması ise arızîdir. Dolayısıyla yasaklanmamış her fiil serbesttir. Otoriter hukuk sistemlerinde ise “yasak karinesi” geçerlidir. Buna göre açıkça izin verilenler dışında her şey yasaktır.⁹⁷

Hürriyet karinesi esas olmakla birlikte, istisnai bazı durumlarda⁹⁸, hak ve hürriyetlere sınırlama getirilebilir. Hak ve hürriyetlerin pratik bir değer ifade edebilmesi için sınırlarının çizilmesine ihtiyaç vardır.⁹⁹ Önemli olan bu sınırlamaların sınırsız ve keyfi olmaması, hak ve hürriyetleri ortadan

⁹³ KAPANİ, s.38-40; GÖZLER, İnsan Hakları, s.135-136.

⁹⁴ ERDOĞAN, s.131.

⁹⁵ Küresel ve bölgesel düzeyde insan haklarının korunması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, İnsan Hakları Hukuku, s.163-512.

⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

⁹⁷ GÖZLER, İnsan Hakları, s.145.

⁹⁸ ERDOĞAN, s.119.

⁹⁹ KAPANİ, s.217.

kaldırmamasıdır.¹⁰⁰ Hürriyet karinesi esas alındığında sınırlama, her durumda değil istisnai bazı durumlarda, ayrıca ve açıkça yapılmalı; çok gücü nedenlere dayanmalı¹⁰¹, kapsam konusunda tereddüde düşüldüğünde ise hürriyet geniş, sınırlama dar yorumlanmalıdır. Son olarak sınırlamanın varlığı hususunda tereddüt olması durumunda ispat yükü, hürriyet karinesi esas olduğundan, sınırlamanın var olduğunu iddia eden tarafa aittir.¹⁰²

Bu çerçevede sınırlama, belirli bir hak ve hürriyetin koruduğu alana dışarıdan girilerek bu alanın daraltılmasıdır.¹⁰³ Bu ise ya Anayasa ile ya da kanunla, belirli ilke ve kurallara uyularak yapılabilir. Bu konu bir sonraki başlıkta incelenecektir.

Sınırlama kavramı ile birlikte hak ve hürriyetlerin “durdurulması” veya “askıya alınması” kavramları da kullanılmaktadır. Durdurma durumunda müdahale biraz daha fazla; askıya alma durumunda ise geçici bir sınırlama söz konusudur.¹⁰⁴

b. 1982 Anayasasına Göre Olağan Dönemlerde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum

¹⁰⁰ GÖZLER, İnsan Hakları, s.207.

¹⁰¹ ERDOĞAN, s.154.

¹⁰² GÖZLER, İnsan Hakları, s.208.

¹⁰³ GÖZLER, İnsan Hakları, s.209.

¹⁰⁴ GÖZLER, İnsan Hakları, s.211.

düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” (m.13).¹⁰⁵

Maddede düzenlenen yedi şart, bağımsız birer şarttır. Dolayısıyla yapılan sınırlama, bu şartların her birisine uygun olduğu takdirde Anayasa’ya uygundur. Buna karşın, yapılan sınırlamanın Anayasa’ya aykırı olması için, bu şartlardan herhangi birisine aykırılık yeterlidir. Doktrinde bu husus “şartların bağımsızlığı ilkesi” olarak adlandırılır.¹⁰⁶

İlk olarak sınırlama kanunla yapılmalıdır. Bu konu yukarıda incelendiğinden yalnızca değinilmekle yetinilecektir.

İkinci olarak sınırlama Anayasa’da belirtilen sebeplere dayanmalıdır. Anayasa’nın hak ve hürriyetleri düzenleyen çeşitli maddelerinde, sınırlama sebepleri de gösterilmiştir. Doktrinde buna “özel sınırlama sebepleri” denilir.¹⁰⁷ Örneğin aşağıda incelenecek olan “özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkı”, “millî güvenlik, kamu düzeni... bağlı olarak...” sınırlanabilir (m.20). Dolayısıyla kanun koyucu, maddede belirtilen sebep veya sebeplere dayanmadan o hak ve hürriyeti sınırlayamaz. Ancak maddede sayılan sınırlama sebepleri, kanun koyucuya yalnızca bu konuda bir takdir yetkisi verir.¹⁰⁸ Dolayısıyla maddede düzenlenen sınırlama sebeplerinden bahisle, doğrudan o hak ve hürriyetin sınırlandığı kabul edilemez.

Üçüncü olarak sınırlama, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır. Anayasa’nın “sözü” ifadesinden kasıt Anayasa’nın “metni”dir. Bu husus, hak ve

¹⁰⁵ Anayasa’da düzenlene sınırlama nedenlerinin AIHS’ne göre daha geniş olması hususunda bkz. ERDOĞAN, s.158-159.

¹⁰⁶ GÖZLER, İnsan Hakları, s.336.

¹⁰⁷ ÖZBUDUN, s.111.

¹⁰⁸ GÖZLER, İnsan Hakları, s.349.

hürriyetler bakımından ek güvenceler getiren Anayasa hükümleri bakımından önemlidir.¹⁰⁹ Örneğin, arama ve elkoyma tedbiri bakımından “hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili makamın yazılı emrinin” aranması şartı, “özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini isteme” hakkı bakımından ek bir güvencedir. Anayasanın “ruhu” ise “ondan çıkan temel anlamı” ifade eder.¹¹⁰

Dördüncü olarak sınırlama, ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Bu konu da yukarıda incelendiğinden yalnızca değinilmekle yetinilecektir.

Beşinci olarak sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalı, demokratik toplum esas alınarak yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesi, demokratik toplumun özelliklerini, “temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde güvence altına almak, özgürlükçü olmak, hukuk devleti olmak, kişiyi ön planda tutmak, özgürlükleri ancak istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırmak, özgürlük kısıtlamalarını, belli özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırmamak, özgürlükleri Anayasa’nın 2. maddesinde ifadesi bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine uygun olarak sınırlandırmak” şeklinde tanımlamaktadır.¹¹¹

Altıncı olarak sınırlama, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmamalıdır. Hak ve hürriyetin özü¹¹², dokunulması halinde ilgili hak ve hürriyeti anlamsız hale getirecek olan vazgeçilmez unsur¹¹³, çekirdek alanıdır.

¹⁰⁹ GÖZLER, İnsan Hakları, s.362.

¹¹⁰ ÖZBUDUN, s.113.

¹¹¹ Kavramın kapsamı hakkında bkz. AYM, 26/11/1986, 1985/8 E., 1986/27 K. sayılı kararı.

¹¹² Kavramın eleştiri ve değerlendirmede en son ölçü olarak kullanılması hususunda bkz. GÖZLER, İnsan Hakları, s.396-399.

¹¹³ ÖZBUDUN, s.114.

Dolayısıyla hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılmaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar, hakkın özüne dokunmaktadır.¹¹⁴

Yedinci olarak sınırlama, laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır.¹¹⁵

c. 1982 Anayasasına Göre Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması ve Durdurulması

Olağanüstü hallerde hak ve hürriyetlerin, olağan dönemlere nazaran daha fazla sınırlandırılması mümkündür. Anayasa'da da bu husus düzenleme altına alınmıştır (m.15). Buna göre:

“Temel hak ve hürriyetlerin kullanılması, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde kısmen veya tamamen durdurulabilir¹¹⁶ veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

¹¹⁴ Bkz. AYM, 22/10/2016, 2015/29 E., 2015/95 K., pr.24; 22/10/2014, 2013/1 E., 2014/161 K. sayılı kararı.

¹¹⁵ Laik Cumhuriyetin gerekleri kavramı için bkz. AYM, 21/6/1995, 1995/17 E., 1995/16 K. sayılı kararı.

¹¹⁶ Kavramın eleştirisi ve yol açtığı sorunlar için bkz. GÖZLER, İnsan Hakları, s.413-421.

Dolayısıyla olağanüstü hallerde sınırlamanın yukarıda incelenen m. 13'e uygun olması aranmaz. Bu dönemde sınırlamanın, m. 15'e uygun olması aranır. Tabi burada olağanüstü yönetim usulünün yer ve konu bakımından uygulama alanı dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede sınırlamanın m. 15'e uygunluğu, yalnızca olağanüstü hal ilan bölge ile ilgili ve olağanüstü hali ilgilendiren konularda değerlendirmeye tabi tutulur.¹¹⁷

Olağanüstü hal durumunda, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında sınırsız bir yetki söz konusu değildir¹¹⁸; sınırlama belirli şartlara tabidir. İlk olarak savaş, seferberlik veya olağanüstü hal durumlarından birisinin mevcut olması gereklidir. İkinci olarak, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler ihlal edilemez. Bu bağlamda, milletlerarası hukukun genel ilkelerine ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırı yükümlülükler getirilemez. Üçüncü olarak ölçülülük ilkesine uyulmalıdır. Bu husus, "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesiyle ortaya konulmuştur.¹¹⁹ Dolayısıyla ölçülülük ilkesinin uygulanmasında olağanüstü halin ilanına sebep olan durum esas alınmalıdır. Son olarak çekirdek alana dokunulmamalıdır. Buna göre, "kişinin hayat hakkı ve maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne, din, vicdan, düşünce ve kanaatleri açıklanmaya zorlanmama hürriyetine, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ve masumiyet karinesi ilkelerine dokunulamaz". Ancak "olağanüstü hal döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararname (KHK), Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava yoluna başvurulamaması" (Anayasa m.148),

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, İnsan Hakları, s.405-413.

¹¹⁸ Bkz. AYM, 2/11/2016, 2016/172-165 E.-K.; 12/10/2016, 2016/166-159 E.-K.

¹¹⁹ Bkz. AYM, Ahmet Tomak Başvurusu, no.2016/74138, 12/11/2019, pr.74.

yukarıda sayılan güvencelerin en azından bir kısmının pratik değerini azaltmaktadır.¹²⁰

4. Hak ve Hürriyetlerin Korunması

Hak ve hürriyetlerin ihlali, insanının insanlığını inkâr eder.¹²¹ Bu sebeple hak ve hürriyetlerin her türlü müdahaleye karşı korunması önemlidir.¹²² Koruma, hak ve hürriyetlerin zarar görmesinin önlenmesi ve zarar görmüş ise ortaya çıkan zararın giderilmesidir.¹²³

Hak ve hürriyetler, bunların yükümlülükleri olan en başta devlet ve sonra da özel kişiler tarafından ihlal edilebilir.¹²⁴ Dolayısıyla hak ve hürriyetler bunlara karşı korunmalıdır. Hak ve hürriyetlerin korunması için iç hukukta ve uluslararası hukukta çeşitli usuller düzenleme altına alınmıştır.

İç hukukta hak ve hürriyetler, yasama ve yürütme organına karşı korunmakta ve ayrıca yargısal koruma mekanizmaları getirilmektedir.

Hak ve hürriyetleri yasama organına karşı korumanın en etkili yolu, onlara yazılı ve katı bir Anayasa'da yer vermek ve müdahale eden kanunları iptal edebilmek için anayasa yargısını kurmaktır.¹²⁵ Hak ve hürriyetler, yürütme organına karşı, dilekçe hakkının kullanılması, idari başvuru, ombudsman vb. bağımsız kurullara başvuru yolları ile korunabilir. Son olarak hak ve hürriyetler,

¹²⁰ ÖZBUDUN, s.122; bu konuda ayrıca bkz. GÖZLER, Kemal, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Ekin, Yayınevi, Bursa, 2000.

¹²¹ ERDOĞAN, s.50.

¹²² KAPANİ, s.247.

¹²³ GÖZLER, İnsan Hakları, s.441.

¹²⁴ Hak ve hürriyetlerin öznesi ve yükümlüsü kavramları hakkında bkz. GÖZLER, İnsan Hakları, s.175-190.

¹²⁵ GÖZLER, İnsan Hakları, s.443.

bireysel başvuru yoluna (Anayasa m.148/3, 6216 sayılı Kanun m.45/1).¹²⁶, adli ve idari yargıya başvurmak suretiyle de korunması sağlanabilir.

Hak ve hürriyetler, İkinci Dünya Savaşından sonra, Birleşmiş Milletler¹²⁷ ve Avrupa Konseyi çerçevesinde uluslararası alanda da koruma altına alınmıştır. Bunlardan hayatımızda en çok yer bulan AİHS ve bunun sağladığı koruma sistemidir.

AİHS, Avrupa Konseyi¹²⁸ tarafından imzalanarak yürürlüğe girmiştir.¹²⁹ Sözleşme ile Sözleşme'nin kendisinde ve Ek Protokollerde¹³⁰ (1, 4, 6, 7, 12, 13 Nolu Protokoller) yer alan haklar güvence altına alınmaktadır. Konseyin yargı organı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. Mahkeme, 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol ile bugünkü yapısına kavuşmuştur.

¹²⁶ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru usulü ile ilgili olarak bkz. GÖREN, Zafer, Bireysel Başvuru-Anayasa Yargısında, Yetkin Yayınları, Ankara, 3. Baskı, 2020; İNCEOĞLU, Sibel, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2017; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.4910-956; DOĞAN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.405-456; EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM, Musa, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014; ŞİRİN, Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2018; ŞİRİN, Tolga, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2015; TURAN, Hüseyin/KAPLAN, Recep, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015; KOÇ, Muharrem İlhan/KAPLAN, Recep (Ed.), Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017; EKİNCİ, Hüseyin, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi”, Anayasa Yargısı, Cilt:30, 2013, 161-197; ALGAN, Bülent, “Bireysel Başvuruda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması, AÜHF Dergisi, Cilt:63, Sayı:2, 2014, s.247-284.

¹²⁷ Bkz. DOĞAN, İnsan Hakları Hukuku, s.163-311; GÖZLER, İnsan Hakları, s.456-457; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.58-59; GÜLMEZ, Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, TBB Yayını, Ankara, 2004.

¹²⁸ İkinci Dünya Savaşından sonra yürürlüğe giren BM Şartı ile aynı değerleri (ekonomi, barış, güvenlik ve insan hakları) paylaşan bölgesel kuruluşların oluşturulması teşvik edilmiştir (m.6). Bunun üzerine 7-10 Mayıs 1948'de Lahey'de toplanan Avrupa Kongresi sonucunda yayınlanan “Avrupalılara Mesaj” ile Birleşik Avrupa arzusu dile getirilmiş ve sonrasında insan haklarının kurulması için Avrupa Konseyi kurulmuştur. Bkz. SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.19

¹²⁹ Tam adı “İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi” olan sözleşme metni, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin dışişleri bakanlarınca 3 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmıştır. Türkiye, Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış, 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylamış ve 28 Ocak 1987 tarihinde de bireysel başvuru hakkını tanımıştır.

¹³⁰ Protokollerin yürürlüğe girebilmesi için tüm taraf devletlerce imzalanması gereklidir.

AİHS ve ek Protokollerde yer alan hakların, Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlalinden zarar gördüğünü iddia eden her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi toplulukları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir şekilde engel olamazlar (AİHS m. 34).¹³¹

B. TEDBİRLERİN SINIRLANDIRDIĞI BAŞLICA HAK VE HÜRRİYETLER

1. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı¹³²

Herkes, bireylerin ve devletin müdahalesinden uzak, özel hayatına saygı gösterildiği bir toplumda yaşamayı arzu eder. Özel hayata saygı gösterilmediği, birey ve devlet tarafından gelişigüzel bir şekilde müdahale edilebildiği bir toplum veya devlet düzeninde, kişilerin onurlu ve güven içinde yaşayabilmesinden, kişiliğini özgürce geliştirebilmesinden ve bağımsız bir hayat sürebilmesinden bahsetmek güçtür.¹³³ Bu bağlamda, kişinin onurlu, güven içinde ve bağımsız bir hayat sürebilmesi, ancak ona “özel bir hayat alanı” tanınması ve bu alana saygı gösterilmesi ile mümkündür. Aksine, kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini

¹³¹ Mahkemeye başvuru ve mahkemenin inceleme usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.31 vd.; SICILIANOS, Linos-Alexandre/ KOSTOPOULOU Maria-Andriani, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Bireysel Başvuru Usul Rehberi, Avrupa Konseyi Yayınları, 2021; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.956-1009; SALİHPAŞAOĞLU, s.91-215.; ANAYURT, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014; DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Cilt:1, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012; GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Yayınevi, Ankara, 2014; DOĞAN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.361-379; GÖZLER, İnsan Hakları, s.510-546; DURMAZ, Cüneyd, “Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Nedenleri”, Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabuledilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), Editör: Musa SAĞLAM, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013; TÜRMEK, Rıza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları, Yargıtay Dergisi, Cilt:28, Sayı:1-2, Ocak-Nisan 2002.

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.330-343; DOĞAN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.221-243; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.420-482; ÖNCÜ, Gülay Arslan, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Avrupa Konseyi, 2019.

¹³³ AKYÜREK, Güçlü, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s.188.

isteme hakkının gerekli korumaya sahip olmaması durumunda, gerek insanların gerekse de toplumun huzur ve güven içinde olması mümkün değildir.¹³⁴ Bunun yanında kişiye tanınan bu “özel hayat alanı” o devletin temel hak ve hürriyetler rejimi hakkında da bir gösterge niteliğindedir. Bu alan ne kadar geniş olursa, devletin de o oranda özgürlükçü ve demokratik, buma karşın ne kadar dar olursa da devletin o kadar otoriter olduğundan bahsedilir.¹³⁵

Böylesine önemli olan özel hayat alanının korunması için hem Anayasa’da hem de AİHS başta olmak üzere uluslararası insan hakları belgelerinde birtakım güvenceler getirilmiş ve böylece hukuki bir değer olarak “insan onuru”, insanın insan olmasından kaynaklanan yüksek değeri, koruma altına alınmıştır.¹³⁶

Arama ve elkoyma tedbirleri de özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkına doğrudan müdahale eder ve uygulanması itibariyle de insan onurunu zedeler. Bu sebeple mutlak bir zaruret olmadıkça bu tedbirlere kesinlikle başvurulmamalıdır.¹³⁷

a. Özel Hayat Kavramı, İçeriği ve Korunması

Doktrinde özel hayat kavramını açıklayan birçok teoriye yer verildiği görülmektedir.¹³⁸ Ancak bu teorilerden en çok kabul göreni Alman Profesör Heinrich Hubmann tarafından ortaya atılan “üç alan teorisi”dir. Buna göre “kişinin hayatı, içeriden dışarıya doğru üçlü bir çembere benzetilmekte, çemberin en

¹³⁴ AYM’nin 31/03/1987 tarihli ve 1986/24 E., 1987/8 K. sayılı kararı; ayrıca bkz. AYM, Bilal Bilen Başvurusu, no.2016/14741, 7/11/2019, pr. 34-37.

¹³⁵ ÖZTÜRK/ERDEM, s.180.

¹³⁶ ÜZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s.6; ÜZELTÜRK, Sultan Tahmazoğlu, Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, 2008, s.105.

¹³⁷ AYM’nin 31/3/1987 tarihli ve 1986/24 E., 1987/8 K. sayılı kararı, aktaran ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.155.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYÜREK, Özel Hayat, s.23-36.

içinde yer alan ve kişinin cinsel hayatı, düşünceleri, inancı gibi sırlarını kapsadığı ve yalnızca ilgili kişinin istemi halinde başkalarına açtığı “gizli hayat alanı”, ikinci olarak kişinin yakın çevresi tarafından bilinebilen “özel hayat alanı” ve üçüncü olarak da kişinin başkalarının haberdar olmasından rahatsızlık duymadığı “kamuya açık hayat alanı” olmak üzere üç hayat alanından” oluşmaktadır.¹³⁹ Bunlardan hayatın gizli alanı ile özel alanı koruma altına alınmıştır.

AİHM, *özerk yorum ilkesi*¹⁴⁰ gereği, özel hayat, aile ve konut kavramını imzacı devletlerin iç hukuklarından bağımsız bir şekilde ele almaktadır. Özel hayata saygı hakkının kapsamına, fiziksel, psikolojik, ahlaki bütünlük; özel hayat ve kimlik ve özerklik kavramları girmektedir.¹⁴¹

Bu hak hem AİHS’de “*Herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*” (m.8) hem de Anayasa’da “*Herkes, hem özel hem de aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*” (m. 20/1) denilerek koruma altına alınmıştır.¹⁴²

¹³⁹ AKYÜREK, Özel Hayat, s.22; ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.3.

¹⁴⁰ AİHM, ortak bir Avrupa standardı oluşturmak amacıyla “cezaî isnat”, “medeni hak ve yükümlülükler”, “ceza”, “sınır dışı etme”, “özel hayat”, “aile hayatı”, “konut”, “mülkiyet”, “toplantı”, “dernek”, “mağdur”, “tanık” kavramlarını özerk bir şekilde yorumlamaktadır. Bkz. SALİHPAŞAOĞLU, s.156; DOĞAN, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.49; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.142-144.

¹⁴¹ Bkz. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2021, Last update: 31.12.2020, s.21-64; ÖNCÜ, s.23-148; ayrıca kavramın geniş ve dinamik bir kavram olduğu hususunda bkz. AİHM, Niemietz/Germany, no. 13710/88, 16 Aralık 1992, pr.29; Pretty/the United Kingdom, no. 2346/02, 29 Nisan 2002, pr.61; Peck/the United Kingdom, no. 44647/98, 28 Ocak 2003, pr.57; AYM, Serap Tortuk Başvurusu, no. 2013/9660, 21/1/2015, pr.31; Halime Sare Aysal Başvurusu, no. 2013/1789, 11/11/2015, pr.45; Mehmet Kurt Başvurusu, no. 2013/2552, 25/2/2016, pr.47; N. B. B. Başvurusu, no. 2013/5653, 3/3/2016, pr.40; Osman Konuktar Başvurusu, No. 2013/5670, 23/3/2016, pr.21.

¹⁴² Ayrıca diğer iki uluslararası sözleşmede de bu hak düzenleme altına alınmıştır: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi “Mahremiyet Hakkı” başlıklı 17’nci maddesi “1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz. 2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir.”; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 12 “Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır”



b. Konut Dokunulmazlığı

Konut, eklentileri de dâhil olmak üzere, kişinin barındığı, özel ve gizli hayatını sürdürdüğü, rızasına aykırı olarak başkasının giremeyeceği özel alanı, kendisini güvende hissettiği yerdir.¹⁴³ Bu bağlamda, ev, yazlık ev, bağ evi, çadır, karavan, yat, otel odası vb. konut kavramına dâhildir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Ancak konut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğünün bir parçasıdır ve dolayısıyla bununla korunan mekân olarak konut değil, kişinin özgürlüğüdür.¹⁴⁴ Bu hak da yine yukarıda ifade edilen AİHS m.8 ve Anayasa'da "*Kimsenin konutuna dokunulamaz...*" (m. 21/1-Birinci Cümle) denilerek koruma altına alınmıştır.

c. Sınırlama Nedenleri

Hem AİHS hem de Anayasa bu hakka hangi koşullarda sınırlama getirilebileceğini düzenleme altına almıştır.

Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen hakkın esas amacı, özel hayata ve aile hayatına ve haberleşmeye kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı bireylere koruma sağlamaktır.¹⁴⁵ Bu aynı zamanda haklara müdahale etmeme anlamında bir negatif yükümlülüktür.¹⁴⁶ Hakkın kapsamında aynı zamanda, hakka etkin biçimde saygı gösterilmesi için Devlete pozitif yükümlülükler de yükler.¹⁴⁷ Bu başlık altında ise negatif yükümlükler bağlamında, kamunun ve

¹⁴³ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 5. Baskı, 2016, s.207.

¹⁴⁴ OKUYUCU-ERGÜN, Güneş, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s.20.

¹⁴⁵ Guide on Article 8, s.8; bkz. AİHM, Libert/France, no. 588/13, 22 Şubat 2018, pr. 40-42.

¹⁴⁶ Bkz. AİHM, Kroon and Others/the Netherlands, 27 Ekim 1994, Series A no. 297-C, pr.31.

¹⁴⁷ KILKELLY, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, AİHS'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Elkitapları, No.1, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2007,

bireylerin yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurmak için hakka hangi şartlar altında sınırlama getirilebileceği incelenecektir.

AIHS’de “*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*” (m.8/2) denilerek sınırlama nedenleri gösterilmiştir.

Yine Anayasa’da “...millî güvenlik¹⁴⁸, kamu düzeni¹⁴⁹, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve 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. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” (Anayasa m. 20/2 ve 21/1-İkinci Cümle) denilerek sınırlama nedenleri düzenleme altına alınmıştır. Fıkarda düzenlenen “...suç işlenmesinin önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin

s.21; ayrıca bkz. AIHM, Lozovyye/Russia, no. 4587/09, 24 Nisan 2018, pr.36; ayrıntılı bir çalışma için bkz. ELTİMUR, Dilara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018.

¹⁴⁸Millî güvenlik, devletin bağımsızlığının, ülkenin bütünlüğünün ve millet egemenliğinin ulusal ya da uluslararası alanda gerçek ve yakın bir tehlikeye düşmesidir. Bkz. ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.71.

¹⁴⁹Kamu düzeni, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaçlayan her şey olarak tanımlanabilir. Bkz. AYM’nin 20/3/1996 tarihli ve 22587 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1994/71 E. ve 1995/23 K. sayılı kararı. Aktaran ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.70.

korunması...” ise AİHM içtihatlarından alınan ve özellikle arama tedbirine başvurulurken en çok faydalanılan sınırlama sebebidir.¹⁵⁰

Dikkat edilirse özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkına getirilen sınırlandırma, arama ve elkoyma tedbirleri ile bağlantılı olarak ifade edilmiştir. Bu da arama ve elkoyma tedbirlerinin, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkı ile olan doğrudan bağlantısını göstermesi bakımından önemlidir. Yine hem Sözleşme hem de Anayasa’da benzer sınırlama nedenleri öngörülmüştür. Ancak AİHM’nin yaklaşımını ortaya koymak bakımından, Sözleşme’de yer alan sınırlama nedenleri inceleme konusu yapılacaktır.

aa. Kanunla Öngörülmüş Olma

Müdahale kanuna uygun olmalıdır. AİHM’nin “maddi anlamda kanun” kavramını benimsediği yukarıda ifade edilmişti. Kanunla öngörülmüş olma gerekli olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda kanun açık, öngörülebilir ve erişilebilir olmalıdır.¹⁵¹ Ayrıca, her ne kadar iç hukuktaki düzenleme lafzı ve ruhuyla açık olsa bile ilgili düzenlemenin yerel mahkemelerce yorumu ve uygulanması, açıkça mantığa aykırı olduğundan öngörülemez olmamalıdır.¹⁵² Dolayısıyla sayılan bu nitelikleri taşıyan bir kanuna uygun olmayan müdahaleler, hakkı ihlal etmekte ve AİHM, bu testi geçemeyen başvurular bakımından diğer iki testi uygulamamakta, doğrudan ihlal kararı vermektedir.¹⁵³

¹⁵⁰ ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.75, 78; AYM’nin 31.03.1987 tarihli ve 1986/24 E., 1987/8 K. sayılı kararı: “...Bu bağlamda adli soruşturma ve kovuşturma bakımından yapılması gerekli olan işlemler de bu kapsamdadır ve özel hayata saygı gösterilmesi hakkının istisnasını teşkil etmektedir...”

¹⁵¹ AİHM, Silver and Others/the United Kingdom, 25 Mart 1983, Series A no. 61, pr.87; AİHM’nin Sunday Times/the United Kingdom, no. 6538/74, 26 Nisan 1979 ve Silver/the United Kingdom davalarında geliştirdiği ölçütler hakkında bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.331; TÜRMEYEN, s.200.

¹⁵² Guide on Article 8, s.11; bkz. AİHM, Altay/Turkey (no. 2), no. 11236/09, 9 Nisan 2019, pr.57.

¹⁵³ Guide on Article 8, s.11; bkz. AİHM, M.M./the Netherlands, no. 39339/98, 8 Nisan 2003, pr.46; Solska and Rybicka/Poland, nos. 30491/17 and 31083/17, 20 Eylül 2018, pr.129; Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, no.4158/05, 12 Ocak 2010, pr.87; ayrıca karara konu olan İngiltere’de ki düzenleme ve kararın

bb. Meşru Amaç

İkinci olarak müdahale meşru bir amaç için yapılmalıdır. Fıkarda meşru amaçlar “...millî güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması...” olarak tek tek sayılmıştır. Sayılan sebeplerin yoruma açık ve devletlere de bu anlamda geniş bir hareket alanı sağladığı hususu ifade edilmelidir. Arama ve elkoyma tedbirlerine başvurmak için en çok kullanılan sınırlama sebepleri ise millî güvenlik, kamu güvenliği, suçların önlenmesi ve düzenin korunmasıdır.¹⁵⁴

Müdahalede bulunan devlet, yapılan müdahalenin meşru bir amaçla yapıldığını ortaya koymak zorundadır.¹⁵⁵

cc. Demokratik Toplumda Gereklilik

Son olarak sınırlama demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde olmalıdır. AİHM, demokratik toplumunun temel demokratik değerleri olarak çoğulculuğu, hoşgörüyü ve açık fikirliliği kabul etmektedir.¹⁵⁶ Gereklilik unsuru bakımından ise müdahalenin toplumsal ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığı,

değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. IP, John, “The Reform of Counterterrorism Stop and Search after Gillan v United Kingdom”, Human Rights Law Review, 13:4 (2013), 729-760.

¹⁵⁴ ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.240.

¹⁵⁵ Guide on Article 8, s.11.

¹⁵⁶ Guide on Article 8, s.12; ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.244; bkz. AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, no. 5493/72, 7 Aralık 1976; Dudgeon/the United Kingdom, 22 Ekim 1981, Series A no. 45; pr.51-53; ayrıca bkz. AİHM, Iliya Stefanov/Bulgaristan, No. 65755/01, 22 Ağustos 2008, pr.38: “Mahkeme müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı bakımından, iç hukukta keyfîlik ve kötüye kullanmalara karşı etkin güvencelerin varlığını ve bunun nasıl işlediğini araştırmak zorundadır. Bu bağlamda; arama ve elkoymaya neden olan suçların ağırlığı, bu işlemlerin bir hâkim veya adli memur tarafından verilen bir karar göre yapılıp yapılmadığı veya daha sonra hukuki denetime tabi olup olmadığı, kararın makul şüpheye dayanıp dayanmadığı ve kapsamının makul sınırlarda olup olmadığıdır.” Bkz. Çev: Araş.Gör. Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN, Iliya Stefanov v. Bulgaristan Davası: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “Avukat Bürolarında Arama, Elkoyma ve Telefon Dinleme” ile İlgili Bir Kararı: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s.120; AİHM, Olsson/İsveç (1988) davasında “demokratik bir toplum için gerekli olma” kavramını açıklamıştır. Buna göre gereklik, müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca yanıt vermesi ve elde edilmek istenen meşru amaç ile orantılı olmasıdır. Bkz. TÜRMEN, s.201.

orantılı ve ulusal makamlar tarafından müdahaleyi haklı göstermek için sunulan gerekçelerin uygun ve elverişli olup olmadığı hususları değerlendirilmektedir.¹⁵⁷

AIHM, “demokratik toplumda gereklilik” unsuru bakımından devletlere bir takdir marjı¹⁵⁸ tanımakta ancak bunu denetlemektedir.¹⁵⁹

d. Özel Hayata Saygı Hakkı ve Arama Tedbiri

Arama ve bazı durumlarda elkoyma tedbiri, kişilerin özel hayatına ve aile hayatına saygı yükümlülüğünü ihlal ettiğinden Sözleşmenin 8’inci maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁶⁰

AIHM, delil elde etmek için konutların aranmasını ve mallara el konulmasını kabul etmektedir.¹⁶¹ Ancak, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında müdahalenin, kanunla öngörülmüş olması¹⁶², meşru bir amaca hizmet etmesi¹⁶³ ve orantılı¹⁶⁴ olması, ayrıca, keyfiliğe ve istismara karşı bireylere yeterli ve etkin

¹⁵⁷ Guide on Article 8, s.12; ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.245-247; bkz. AIHM, Piechowicz/Poland, no. 20071/07, 17 Nisan 2012; pr.212.

¹⁵⁸ Bkz. DOĞRU, Derya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018.

¹⁵⁹ Guide on Article 8, s.12; AIHM, Paradiso and Campanelli/Italy [GC], no. 25358/12, 24 Ocak 2017, pr.179-184; Klaus Müller/Germany, no.24173/18, 19 Kasım 2020, pr.66.

¹⁶⁰ Anayasa Mahkemesi’nin özel hayata saygı hakkı bağlamında arama tedbiri ile ilgili değerlendirmeleri hususunda bkz. (Hasan Akboğa Başvurusu [GK], no: 2016/10380, 27/3/2019, pr.77-111).

¹⁶¹ Guide on Article 8, s.12; AIHM, Paradiso and Campanelli/Italy [GC], no. 25358/12, 24 Ocak 2017, pr.179-184; Klaus Müller/Germany, no. 24173/18, 19 Kasım 2020, pr.66.

¹⁶² Bu koşula aykırı bir arama işleminin Sözleşme’nin 8. Maddesini ihlal ettiğine ilişkin olarak bkz. AIHM, Bože/Litvanya, no.40927/05, 18 Mayıs 2017, pr. 85; Vardanean/Moldova Cumhuriyeti ve Rusya, no.22200/10, 30 Mayıs 2017, pr. 54; aksi yönde bir karar için bkz. Bostan/the Republic of Moldova, no. 52507/09, 8 Aralık 2020, pr.21-30.

¹⁶³ AIHM, Robathin/Avusturya, no.30457/06, 3 Temmuz 2012, pr.52: Karara konu olayda, bilgisayardaki bütün dataların incelenmesinin meşru bir amaca hizmet etmediği gerekçesiyle, Sözleşme’nin 8. Maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir; aynı yönde bkz. AIHM, McLeod/the United Kingdom, 23 Eylül 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VII, pr.53-57; ihlal olmadığına ilişkin olarak bkz. Dragan Petrović/ Serbia, no. 75229/10, 14 Nisan 2020, pr.75-77.

¹⁶⁴ AIHM, müdahalenin amaçla makul bir orantı içinde olmadığı gerekçesiyle hak ihlali olduğuna karar vermiştir. Bkz. Aydemir/Türkiye, no. 17811/04, 24 Mayıs 2011; Buck/Almanya, no.41604/98, 28 Nisan 2005, pr. 52; Avukatın bürosunda yapılan aramanın mesleki imtiyazların korunması bakımından yeterli güvencelere sahip olmaması dolayısıyla orantısız olması bakımından bkz. AIHM, Smirnov/Rusya, no.71362/01, 7 Haziran 2007, aktaran ARACI, Fatoş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Denetlenmesi ve Arama Yoluyla Elde Edilen Delillerin Kullanılması in Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Editör: Prof.Dr. Nur CENTEL, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.254; ayrıca bkz. Keegan/the United Kingdom, no. 28867/03, ECHR 2006-X, pr.33-36; Vasylychuk/Ukraine, no. 24402/07, 13 Haziran 2013, pr.80-84; Zubaľ/Slovakia, no. 44065/06, 9 Kasım 2010, pr.41-45; orantılılık

koruma mekanizması sağlanması¹⁶⁵ ve 8. maddede düzenlenen haklara müdahale niteliği taşıyan tedbirlerin çerçevesi ve sınırlarının çok iyi çizilmiş olması gerekmektedir.¹⁶⁶ Mahkeme, her bir davada, özel şartları dikkate alarak, müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemektedir.¹⁶⁷ Mahkeme bunu yaparken de arama tedbirine başvurulmasını gerektiren suçun ciddiyeti¹⁶⁸, arama emrinin çıkarılma koşulları ve ne şekilde çıkarıldığı, özellikle aramadan önce elde bulunan diğer delil unsurları, yine özellikle arama yapılacak yerin niteliği ve müdahalenin mantık dışı etkileri olmaması amacıyla alınan önlemler bakımından arama emrinin içeriği ve kapsamı¹⁶⁹ ve son olarak da aramanın hedef aldığı kişinin itibarı üzerindeki olası yankıları¹⁷⁰ gibi kıstasları dikkate almaktadır.¹⁷¹

ilkesine uygunluk bakımından tedbire soruşturmanın hangi safhasında başvurulması hususunda bkz. Modestou/Greece, no. 51693/13, 16 Mart 2017, pr.44, 52-54.

¹⁶⁵ Yeterli koruma mekanizması bulunmadığı için yapılan denetimin Sözleşmenin 8. Maddesini ihlal ettiğine ilişkin olarak bkz. AİHM, Société Colas Est ve Diğerleri/Fransa, no.37971/97, 16 Nisan 2002, pr. 48-49; H.M./Turkey, no. 34494/97, 8 Ağustos 2006, pr.26-27, 29; Vasylchuk/Ukraine, no. 24402/07, 13 Haziran 2013, pr.84; etkili koruma mekanizmaları sağlandığı için ihlal olmadığına ilişkin olarak bkz. Camenzind/İsviçre, no. 136/1996/755/954, 16 Aralık 1997, pr. 46; Paulić/Croatia, no. 3572/06, 22 Ekim 2009; Cronin/the United Kingdom (dec.), no. 15848/03, 6 Haziran 2004; Ratushna/Ukraine, no. 17318/06, 2 December 2010. Mahkeme terör operasyonları ile ilgili arama tedbirine başvurulması durumunda da aynı mekanizmaların olması gerektiğini ifade etmekte (bkz. Murray/the United Kingdom, 28 Ekim 1994, Series A no. 300A, pr.91; H.E./Turkey, no. 30498/96, 22 Aralık 2005, pr.48-49; Khamidov/Russia, no. 72118/01, 15 Kasım 2007, pr.143; Menteş and Others/Turkey, 28 Kasım 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-VIII, pr.73), yalnızca durumun aciliyeti gereği polise esneklik tanınabileceğini belirtmektedir. Bkz. Sher and Others/the United Kingdom, no. 5201/11, 20 Kasım 2015, pr.174-176.

¹⁶⁶ AİHM, Funke/Fransa, no.10828/84, 25 Şubat 1993, pr.56-57; Cremieux/Fransa, no.11471/85, 25 Şubat 1993, pr. 39-40.

¹⁶⁷ KILKELEY, s.68.

¹⁶⁸ Bkz. AİHM, Van Rossem/Belgium, no. 41872/98, 9 Kasım 2004, pr.40; Dragan Petrović/Serbia, no. 75229/10, 14 Nisan 2020, pr.74; Işıldak/Turkey, no. 12863/02, 30 Eylül 2008, pr.50; Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH/Austria, no. 74336/01, 16 Ekim 2007, pr.55.

¹⁶⁹ AİHM, arama kararının keyfiliğe ve orantısız uygulamalara sebep olmaması için sınırlarının çizilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme, soruşturma hakkında bilgi içermeyen ve elkonulacak eşyayı belirtmeyen geniş kapsamlı arama kararının, soruşturma makamlarına geniş yetkiler vererek adil dengeyi bozduğunu ifade etmektedir. Bkz. Van Rossem/Belgium, no.41872/98, 9 Aralık 2004, pr.44-50; Bagiyeva/Ukraine, no. 41085/05, 28 Nisan 2016, pr.52.

¹⁷⁰ İnsan onurunun korunması için yeterli güvencelerin olmasına dair bkz. AİHM, Kučera/Slovakia, no.48666/99, 17 Temmuz 2007, pr.119-122; Rachwalski and Ferenc/Poland, no.47709/99, 28 Temmuz 2009, pr.73.

¹⁷¹ Bkz. AİHM, Aydemir/Türkiye, no. 17811/04, 24 Mayıs 2011; Buck/Almanya, no.41604/98, 28 Nisan 2005, pr.51.

Mahkeme, Camenzind/İsviçre¹⁷² davasında arama tedbirine ilişkin sınırları çizmiştir.¹⁷³ Buna göre; 1) Arama, sınırlı sayıdaki üst düzey memurları tarafından hazırlanan emirle¹⁷⁴ ve bu amaç için özel eğitim görmüş kimselerce yerine getirilebilir, 2) Söz konusu yetkililerin tarafsızlığı ortaya çıktığında, görevinden ayrılmalıdırlar, 3) Konutta veya başka yerlerde, şüphelinin yakalanma veya delillerin bulunma olasılığı olması durumunda arama yapılabilir, 4) Önemli bir durum veya yakın bir tehlike haricinde, Pazar ve tatil günleri ile gece vakti arama yapılmamalıdır, 5) Arama işlemine başlanmadan önce yetkili kişi tarafından kimlik ibraz edilmeli, aramanın nedeni hakkında kişiye bilgi verilmeli ve arama sırasında kişinin bizzat kendisinin, bir akrabasının veya evdeki başka bir üyenin de hazır bulunması sağlanmalıdır¹⁷⁵, 6) Arama esnasında, aramanın hedefinden uzaklaşmamasını sağlamakla görevli bir kamu görevlisi de olmalıdır, 7) Aramaya katılan kişilerin huzurunda, arama ile ilgili bir rapor hazırlanmalı, talep etmeleri durumunda aramaya maruz kalan kişiye de arama emri ve raporunun bir kopyası verilmelidir, 8) Belge aranması özel kısıtlamalara tabi olmalıdır. 9) Şüphelinin yasal olarak temsil edilme hakları bulunmaktadır, 10) Arama kararından etkilenen herkes, arama ile ilgili şikâyetle bulunma hakkına sahiptir, 11) Kendisi hakkında hiçbir suçlama yapılmayacağı ortaya çıkan şüphelinin tazminat isteme hakkı olmalıdır.

¹⁷² AİHM, Camenzind/İsviçre, nos. 136/1996/755/954, 16 Aralık 1997, pr. 46-47; benzer kararlar için bkz. Chappell/İngiltere, no. 10461/83, 30 Mart 1989, pr.60; Buck/Almanya, no. 41604/98, 28 Nisan 2005, pr.45; Anayasa Mahkemesi'nin benzer yaklaşımı hakkında bkz. Günay Dağ ve diğerleri Başvurusu [GK], no. 2013/1631, 17/12/2015, pr.134.

¹⁷³ KILKELEY, s.69.

¹⁷⁴ AİHM, özellikle arama kararı olmadan yapılan ev aramaları bakımından tedbirin kanuniliğinin ve gerekliliğinin detaylı bir inceleme ile ortaya konulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Işıldak/Turkey, no. 12863/02, 30 Eylül 2008, pr.51; Gutsanovi/Bulgaria, no. 34529/10, ECHR 2013 (extracts), pr.222; aksi yöndeki bir uygulamanın m. 8'i ihlal edeceğine ilişkin olarak bkz. DELTA PEKÁRNY a.s./the Czech Republic, no. 97/11, 2 Ekim 2014, pr.87; Varga/Romania, no. 73957/01, 1 Nisan 2008, pr.70-74.

¹⁷⁵ Bkz. AİHM, Bagiyeva/Ukraine, no. 41085/05, 28 Nisan 2016, pr.53; Maslák and Michálová/the Czech Republic, no. 52028/13, 14 Ocak 2016, pr.79.

2. Mülkiyet Hakkı

İnsanlık tarihi kadar eski olan mülkiyet hakkı^{176 177}, 1215 tarihli Magna Carta'dan¹⁷⁸ günümüze kadar birçok insan hakları belgesinde¹⁷⁹ ve ülke anayasalarında¹⁸⁰ yer aldığı gibi T.C Anayasası¹⁸¹ ve AİHS'de de yer alarak koruma altına alınmıştır.

Mülkiyet hakkı, bireyin eşya üzerindeki egemenliğini güvenceye alarak hem bireye devletin müdahalesinden uzak özel bir alan yaratır hem de emeğinin karşılığını güvenceye almakla bireye hayatını planlama olanağı sunar. Bu sebeple birey özgürlüğü ile mülkiyet hakkı arasında doğrudan bir ilişki vardır.¹⁸² Dolayısıyla mülkiyet hakkı, hem insan haklarına esas teşkil eden değerleri koruma altına alır hem de toplumdaki ekonomik ilişkiler ile diğer ilişkilerin

¹⁷⁶ Mülkiyet hakkının tarihi gelişimi için bkz. ALTAN, Alparslan, Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.30-74; ETGÜ, Mehmet Akif, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2009, s.16-51 ve s.96-159; AKÇA, Kürşat, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:1, Yıl:2015, s.546-550; ayrıca mülkiyet hakkının teorisi için bkz. BELL, Abraham/PARCHOMOVSKY, Gideon, "A Theory of Property", Cornell Law Review, Volume 90, Issue: 3 March 2005; ayrıca mülkiyet hakkının felsefi temelleri konusunda bkz. ÇOBAN, Ali Rıza, "Mülkiyet Bir İnsan Hakkı mıdır?", Piyasa Dergisi, Güz-2004, Sayı 12, s.295-320.

¹⁷⁷ Mülkiyet hakkının düzenlendiği Anayasa m. 35 gerekçesinde bu husus "...Mülkiyet hakkı Devletten önce de var olan bir gerçek olması itibarıyla..." şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁷⁸ Magna Carta'dan AİHS'ne mülkiyet hakkının gelişimini inceleyen bir çalışma için bkz. RISTIK, Jelena, "Right to Property: From Magna Carta to the European Convention on Human Rights", South East European University Review, Volume 11, Issue 1, 2015.

¹⁷⁹ ABD'de 14 Ekim 1774 tarihli Kolonilerin İlk Kongre Bildirgesi m.1; 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi m. 2, 17; 2 Mayıs 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Beyannamesi m. 23; 10 Aralık 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 17; 26 Haziran 1981 tarihli İnsan ve Haklarının Hakları Afrika Şartı m. 14; 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 17.

¹⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞPINAR, Veysel, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda Mülkiyet Hakkı Teminatı", AÜHF Dergisi, Cilt:65, Sayı:3, Yıl:2016, s.643-645.

¹⁸¹ Türk Anayasa hukukunda ise mülkiyet hakkı, 1876 tarihli Kanuni Esasi m. 21, 1924 Anayasası m. 70, 1961 Anayasası m. 36 ve 1982 Anayasası m. 35'de düzenleme altına alınmıştır.

¹⁸² AKILLIOĞLU, Tekin, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler", İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 5, Sayı:2, 2012, s.20.

hürriyetini tesis ve temin eder.¹⁸³ ¹⁸⁴ Aynı zamanda ülke ekonomisinin gelişmesi¹⁸⁵ ve rekabetçi bir piyasa ekonomisinin tesisi¹⁸⁶ de mülkiyet hakkıyla doğrudan ilintilidir.¹⁸⁷

Ayrıca, mülkiyet hakkı mutlak haklardandır. Bunun sonucu olarak ihlali halinde bu hak herkese karşı ileri sürülebilir. Ayrıca başta devlet olmak üzere tüm üçüncü kişiler, malikin mülkü üzerindeki haklarına saygı göstermek, hakkın kullanımını engellemekten kaçınmak ve haksız yere bu hakka müdahale etmemekle yükümlüdür.¹⁸⁸

a. Mülkiyet Kavramı ve Korunması

Mülkiyet kelimesi Arapça “mulkiyyet” sözcüğünden dilimize geçmiş olup “sahiplik” anlamına gelmektedir.¹⁸⁹ Hukuki bir terim olarak ise “iyelik, maliklik,

¹⁸³ BAŞPINAR, s.633.

¹⁸⁴ Anayasa m. 35 gerekçesinde bu husus “...Kişinin şahsiyetini geliştirebilmesinde, mülkiyetin Anayasaca güvence altına alınmasının azımsanmayacak bir rolü vardır. Çünkü, klasikleşmiş bir kabule göre, insan şahsiyetinin bir parçası “ekonomik şahsiyet” olarak adlandırılmaktadır...Mülkiyetin korunması, hürriyeti de güvence altına alır.” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁸⁵ Afrika şehirlerinde mülkiyet hakkının zayıf olması ile yatırımların azalması, etkisiz emek yatırımları, düşük vergi gelirleri arasında bağlantı olduğu ve bunun da yaşam kalitesini ve üretkenliği azalttığı hususundaki bir çalışma için bkz. ASTRID, R.N. Haas/PATRICIA, Jones, “The Importance of Property Rights for Successful Urbanisation in Developing Countries”, www.theigc.org, Ocak 2017, Erişim Tarihi: 02/05/2021.

¹⁸⁶ RISTIK, s.145; Mülkiyet hakkı ile ekonomik gelişmişlik arasındaki bağlantı hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. BESLEY, Timothy/GHATAK, Maitreesh, “Property Rights and Economic Development”, Handbook of Economic Development, Chapter 68, The Suntory Centre Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines London School of Economics and Political Science, 2009; LOCKE, Anna, “Property Rights and Economic Growth”, www.odi.org, Ağustos 2013, Erişim Tarihi: 02/05/2017; GÜNEŞ, Yusuf, AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Mülkiyet Hakkı İhlallerinden Doğan Hukuksal Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2015, s.54.

¹⁸⁷ Anayasa’nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. madde gerekçesinde bu husus “...Mülkiyeti Anayasa teminatı altında bulundurmaın ülke ekonomisinin ihtiyacı olan uluslararası ilişkileri geliştireceği, yabancı sermayenin ülkemizde yatırım yapmasını mümkün kılacağı, bu ilişkilerde ülke menfaatlerine öncelik tanınması durumunda ise ekonomik büyümenin gerçekleşmesi suretiyle toplumun refahını artıracacağı genellikle kabul edilmektedir...” şeklinde açık ve net olarak ifade edilmiştir.

¹⁸⁸ Bkz. AİHM, Broniowski/Polonya [GC], no. 31443/96, ECHR 2004-V, pr.143; Sovtransavto Holding/Ukrayna, no. 48553/99, ECHR 2002-VII, pr.96; Keegan/İrlanda, Series A No. 290, 26 Mayıs 1994, pr.49; Kroon and Others/Hollanda, Series A No. 297-C, 27 Ekim 1994, pr.31; Ališić and Others/Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia [GC], no. 60642/08, ECHR 2014, pr.100; Likvidējamā p/s Selga and Vasiļevska/Latvia (dec.), nos: 17126/02 and 24991/02, 1 Ekim 2013, pr. 94-113.

¹⁸⁹ <http://sozluk.gov.tr/>: Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: 15/04/2014.

kişinin bir mal üzerindeki egemenliği” anlamına gelmektedir.¹⁹⁰ Mülkiyet kelimesinin İngilizce karşılığı olan “property” kelimesi ise Latince “kendi, öz, iyelik, sahip olmak” anlamlarına gelen “proprius” kelimesinden türemiştir. Dolayısıyla mülkiyet, bir grup ya da kamudan ziyade özellikle bir kişiye ait olmak anlamına gelmektedir. Bu önerme, Batı siyaset ve hukuk geleneğinin mülkiyet kavramına bakışının temelini oluşturur.¹⁹¹

AYM ve AİHM içtihatlarında kabul edilen mülkiyet kavramı ise özel hukukta veya idari yargıda yer alan mülkiyet kavramından daha geniş bir anlama sahiptir.¹⁹² Buna göre, “*ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkı*”, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁹³ Bu bağlamda, taşınır ve taşınmaz mallar, ayni haklar, şahsi haklar, fikri mülkiyet hakları, alacak hakları, miras hakkı, sermaye şirketlerinin ortaklık payları ve müşteri çevresi kapsamında mesleki unvan ve bunlara bağlı imtiyazlar, bir ticari işletmenin çalışmasına bağlı olarak alınan ruhsat/lisans ve izinler ile ticari işletmenin dar anlamda müşteri çevresi, mülkiyet hakkının konusunu oluşturur.¹⁹⁴

Mülkiyet hakkının sağladığı korumadan yararlanabilmek için, öncelikle hakka konu ekonomik değer kişinin malvarlığında bulunması¹⁹⁵ veya bu yönde bir meşru beklentinin mevcut olması gereklidir.¹⁹⁶ Kişinin malik sıfatını taşıyıp

¹⁹⁰ YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, s.869.

¹⁹¹ RISTIK, s.145.

¹⁹² Guide on Article 1of Protocol No. 1, pr.5; ayrıca bkz. AİHM, Anheuser-Busch Inc./ Portugal [GC], no. 73049/01, ECHR 2007-I, pr.63; AYM Hüseyin Remzi Polge Başvurusu, no. 2013/2166, 25/6/2015, pr.31; İsmail Akçayoğlu Başvurusu, no. 2014/1950, 13/09/2017, pr. 31; Hamdi Akın İpek Başvurusu, no. 2015/17763, 24/5/2018, pr.82.

¹⁹³ Bkz. AYM, 1/7/2015, 2015/39 E., 2015/62 K., pr. 20; AYM, Nurcan Güleç Başvurusu, no.2016/5392, 9/5/2019, pr. 22; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.418; GEMALMAZ, H.Burak, Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Nisan 2018, s.33.

¹⁹⁴ GEMALMAZ, s.43; Guide on Article 1of Protocol No. 1, pr. 4-9, 26-63; Ayrıca bkz. AYM, Sadek Safa Önal Başvurusu, no. 2014/15232, 8/3/2017, pr. 27; AYM, Mahmut Duran ve diğerleri Başvurusu, no. 2014/11441, 1/2/2017, pr.60.

¹⁹⁵ Anayasa m. 35 gerekçesi: “...malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişiler, bu Anayasal güvenceden yararlanırlar ve onu dermeyan edebilirler.”

¹⁹⁶ GEMALMAZ, s.50.

taşımadığı hususu ulusal hukuka göre belirlenir ve Anayasa Mahkemesi bu aşamada yerel mahkemelerin yaptığı değerlendirmeye kendisini bağlı saymaktadır.¹⁹⁷ Meşru beklenti¹⁹⁸ ise kişinin, hukuki bir temele dayalı olarak, ihlale konu ekonomik değeri elde edeceğinin yüksek ihtimal dâhilinde olmasıdır.¹⁹⁹ Hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi içtihatlarında meşru beklentinin dayanağı olan hukuki temel olarak, kanun hükmünü ve yerleşik ve istikrarlı yargı içtihadını kabul etmekte, AYM ilave olarak aynı menfaatle ilgili hukuki menfaatleri de saymaktadır.²⁰⁰

Mülkiyet hakkı, temel olarak Anayasa'nın 35. maddesinde²⁰¹ *"Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* ve AİHS Ek 1 Nolu Protokol²⁰² *"Mülkiyetin korunması"* başlıklı birinci maddesinde *"Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden/mamelekinden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır."*

¹⁹⁷ GEMALMAZ, s.52. Ayrıca bkz. AYM, Sade Safa Önal Başvurusu, no. 2014/15232, 8/3/2017.

¹⁹⁸ Bkz. AYM, Mehmet Ukav Başvurusu, no. 2015/12898, 29/11/2018, pr.30-31.

¹⁹⁹ Benzer yönde GEMALMAZ, s.53; Guide on Article 1 of of Protocol No. 1, pr.17-25; ayrıca bkz. AİHM, Kopecky/Slovakia, no. 44912/98, 28 Eylül 2004, pr.35.

²⁰⁰ GEMALMAZ, s.53-54. Ayrıca bkz. AYM, Selçuk Emiroğlu Başvurusu, no. 2013/5660, 20/3/2014, pr.28; AİHM, Kopecky/Slovakia, no. 44912/98, 28 Eylül 2004, pr.52.

²⁰¹ Anayasa m. 35 yanında Anayasa'nın müsadereye ilişkin m. 28 (8) - m. 30 ve 38 (10), kıyılara ilişkin m. 43, toprak mülkiyetine ilişkin m. 44, kamulaştırmaya ilişkin m. 46, sosyal güvenliğe ilişkin m. 60-61, kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin m. 63, vergiye ilişkin m. 73, doğal kaynaklara ilişkin m. 168, ormanlara ilişkin m. 169 ve 170 hükümleri de mülkiyet hakkına ilişkindir.

²⁰² Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20.03.1952 tarihinde Paris'te kabul edilen ve imzaya açılan "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1", 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/yükümlülüklerin para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir.” şeklinde güvence altına alınmıştır.

b. Üç Kural Yaklaşımı ve Hukuki Önemi

Anayasa ve Sözleşme’nin mülkiyet hakkının korunması ile ilgili hükümlerinin üç ayrı kuralı içerdiği kabul edilmektedir. AİHM’ne göre, maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi mülkiyetin barışçıl kullanılması ilkesini ifade eden birinci kuralı, aynı fıkranın ikinci cümlesi mülkiyetten yoksun bırakılma ve bunun tabi olduğu belirli koşulları ifade eden ikinci kuralı, ikinci fıkra ise Devletlerin mülkiyet hakkını belirli şartlarla kontrol etme yetkisini ifade eden üçüncü kuralı içermektedir.²⁰³ Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşımı kabul etmektedir.²⁰⁴

Birinci kural olan mülkiyete saygı kuralı, mülkiyetten yoksun bırakma (ikinci kural) veya mülkiyetin kontrolü (üçüncü kural) niteliğinde olmayan veya bunlardan birisinin kapsamına girip girmediği hususunda tereddüt edilen bütün müdahale türlerinde uygulanan genel bir kuraldır.^{205 206} Her iki Mahkeme de birinci kural kapsamında ölçülük değerlendirmesini sıkı bir şekilde yapmakta, kamu

²⁰³ Guide on Article 1 of of Protocol No. 1, pr.77-93; ayrıca bkz. AİHM, Zammit and Vassallo/Malta, no. 43675/16, 28 Mayıs 2019, pr.51; AİHM, Sporrang and Lönnroth/İsveç, no. 7151/75 ve 7152/75, 23 Eylül 1982, pr. 57; ayrıca bkz. Fredin/İsveç ve Immobiliare Safii/İtalya, aktaran GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.420; GEMALMAZ, s.100.

²⁰⁴ Bkz. AYM, Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu, no.2013/817, 19 Aralık 2013, pr. 29-30.

²⁰⁵ Guide on Article 1 of of Protocol No. 1, pr.94-100; GEMALMAZ, s.113.

²⁰⁶ Bkz. AYM, Fatma Gül Balıkcıoğlu ve Zeynep Nur Yazıcıoğlu Başvurusu, no. 2014/11026, 27/6/2018, pr.37; AYM, Süleyman Günaydın Başvurusu, no. 2014/4870, 16/6/2016, pr.65; AİHM, Katte Klitsche de la Grance/İtalya, no. 12539/86, 27 Ekim 1994, pr.40; AİHM, no. 17869/91, Phacas/Fransa, 23/4/1996, pr.52; AİHM, Sarıca ve Dilaver/ Türkiye, no.11765/05, 27 Mayıs 2010; AYM, Emel Kaynar ve Diğerleri Başvurusu, no. 2013/3667, 10/06/2015; AYM, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, no. 2013/711, 3/4/2014, pr.60-61; AYM, Yasemin Balcı Başvurusu, no.2014/8881, 25/7/2017, pr.89.

makamlarının takdir hakkını üçüncü kurala nazaran daha dar yorumlamakta ve de maliklere karşı bir tazminat ödenmesi gerekliliğini aramaktadır.²⁰⁷

İkinci kural olan mülkiyetten yoksun bırakma, malikin mülkiyetinden hukuken veya fiilen²⁰⁸ mahrum bırakılmasıdır. Burada temel ölçüt mülkiyetin hukuken veya fiilen nakledilmiş olmasıdır.²⁰⁹ Kamulaştırma ikinci kuralın en tipik örneğidir.²¹⁰ Bu kural kapsamında yapılan ölçülülük değerlendirmesinde tazminat ödenmesi bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir.

Üçüncü kural olan mülkiyetin kullanımının kontrolü ise mülkiyet hakkının tamamen ortadan kaldırılmaması ancak kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılmasıdır.²¹¹ Mülkiyet hakkının müdahale edildiği gerekçesiyle yapılan başvuruların büyük bir kesimi üçüncü kural çerçevesinde yapılmaktadır. Konumuz olan elkoyma tedbiri ile müsadere, vergi ile ilgili müdahaleler, idari ve adli para cezaları, sosyal güvenlik primleri ile ilgili talepler ve ruhsat/lisans iptalleri ile ruhsatın/lisansın uzatılmaması ile ilgili müdahaleler üçüncü kural çerçevesinde incelenmektedir. Bu çerçevede yapılan değerlendirmede tazminat ödenmesi gereklilik olarak aranmamakta, usuli güvencelerin yerine getirilmiş olması müdahalenin ihlal oluşturmadığı hususunda yeterli olmaktadır.²¹²

Üç kural yaklaşımının hukuki önemi, müdahalenin ölçülü olup olmadığının incelenmesinde kıstas alınacak ölçütlerde kendisini göstermektedir. Buna göre, birinci kural olan mülkiyete saygı hakkına yönelik ve ikinci kural olan mülkiyetten

²⁰⁷ GEMALMAZ, s.114.

²⁰⁸ Bkz. AİHM, Papamichalopoulos and Others/Yunanistan, no. 14556/89, 24 Haziran 1993, pr. 45.

²⁰⁹ Guide on Article 1 of of Protocol No. 1, pr.101-107; GEMALMAZ, s.103; ayrıca bkz. AYM, Hanife Ensaroğlu Başvurusu, no. 2014/14195, 20/9/2017, pr.51.

²¹⁰ Bkz. AYM, Ali Ekber Akyol ve Diğerleri Başvurusu, no. 2015/17451, 16/2/2017, pr.49; AYM, Ali Hıdır Akyol ve Diğerleri Başvurusu, Genel Kurul, no. 2015/17510, 18/10/2017, pr.49, 51.

²¹¹ Guide on Article 1 of of Protocol No. 1, pr.108-112; GEMALMAZ, s.105.

²¹² GEMALMAZ, s.106.

yoksun bırakma tipi müdahalelerde tazminat ödenmesi neredeyse zorunlu bir koşul iken; üçüncü kural olan mülkiyetin kullanımının kontrolü tipi müdahalelerde ise tazminat ödenmesi koşulu aranmayabilmekte, usuli güvencelere uyulması müdahalenin ölçülü olduğuna karar verilmesi sonucunu doğurabilmektedir.²¹³ Bunun yanında, üç kural yaklaşımı kamu makamlarının takdir hakkının değerlendirilmesinde de dikkate alınmaktadır. Buna göre, kamu makamlarının takdir hakkı, üçüncü kural çerçevesinde incelenen müdahalelerde, ikinci kural çerçevesinde incelenen müdahalelere nazaran daha geniştir.²¹⁴

c. Mülkiyet Hakkı ve Elkoyma Tedbiri

Malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması, mülkiyet hakkına müdahaledir.²¹⁵ Dolayısıyla elkoyma tedbiri de tasarruf yetkisini sınırlaması, hakkın kullanımını kontrol altına alması sebebiyle mülkiyet hakkına müdahale etmektedir.

Müdahalenin varlığının tespitinden sonra ikinci aşamada müdahalenin türü, yani yukarıda bahsedilen üç kural yaklaşımından hangisine girdiği hususunun tespitine çalışılacaktır. Elkoyma tedbiri, mülkiyet hakkını tamamen ortadan kaldırmadığı, yalnızca geçici olarak hakkın kullanımını Devlet tarafından kontrol altına aldığı için, mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak da adlandırılan

²¹³ GEMALMAZ, s.101; elkoyma tedbiri bakımından usuli güvencelere uyulmamasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin olarak bkz. AYM, Özersan İnşaat Turizm San. ve Tic. A.Ş. Başvurusu, no. 2018/5186, 21/4/2021, pr.72-73.

²¹⁴ GEMALMAZ, s.101; Ayrıca bkz. AYM, Mahmut Üçüncü Başvurusu, no. 2014/1017, 13/07/2016, pr.70: “Anayasa ve Sözleşme’de yer alan ve yukarıda yer verilen üçüncü kurallar devlete, mülkiyetin kullanımı veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyetten yoksun bırakmaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme yetkisinin...”

²¹⁵ Bkz. AYM, Özersan İnşaat Turizm San. ve Tic. A.Ş. Başvurusu, no. 2018/5186, 21/4/2021, pr.48; Recep Tarhan ve Afife Tarhan Başvurusu, no. 2014/1546, 2/2/2017, pr.53.

üçüncü kural kapsamında değerlendirilmektedir (P1-1-2).²¹⁶ Nitekim tedbirin uygulanmasıyla maliklerin malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakları tamamen ortadan kaldırılmamakta, yalnızca kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla mülkiyetten yoksun bırakma ve mülkiyetin fiilen ve hukuken nakli söz konusu olmadığından tedbir, ikinci kural kapsamında değerlendirilemez.

Bu aşamadan sonra ise hakka müdahale edilip edilmediği, bu bağlamda müdahalenin kanunla yapılıp yapılmadığı, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı²¹⁷ ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı²¹⁸ yani tedbir ile müdahale arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediği hususları incelenir.²¹⁹ Bu çerçevede malikin aşırı bir külfet altına sokulmasına neden olarak, adil dengeyi bozan²²⁰, yargılamanın süresi nedeniyle malikin tasarruf etme hakkını uzunca bir süre ortadan kaldıran²²¹ ve mülkiyet hakkının sağladığı usule ilişkin güvencelerin, itiraz sürecinin işletilmemesi, müsadere kararı verilmediği hâlde tedbirin fiilen devam ettirilmesi, tedbirin devamı ile ilgili olarak bir karar verilmemesi, yeterli bir

²¹⁶ Bkz. AİHM, Islamic Republic of İran Shipping Lines/Türkiye, no.40998/98, 13 Mart 2008, pr.87; Handyside/Birleşik Krallık, no. 5493/72, 07 Aralık 1976, pr.61; AGOSI/Birleşik Krallık, no.9118/80, 11 Ekim 1984, pr.51; Saccocia/Avusturya, no. 69917/01, 18 Aralık 2008, pr.86; Yıldırım/İtalya, no. 38602/02, 10 Nisan 2003; AYM, Hanife Ensaroğlu Başvurusu, no. 2014/14195, 20/09/2017, pr.52.

²¹⁷ AYM, Hamdi Akın İpek Başvurusu, no. 2015/17763, 24/5/2018, pr.97; Bekir Yazıcı Başvurusu [GK], no. 2013/3044, 17/12/2015, pr.64; Mahmut Üçüncü Başvurusu, no. 2014/1017, 13/7/2016, pr.76; Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu Başvurusu, no. 2014/5167, 28/9/2016, pr.69; Nusrat Külâh Başvurusu, no. 2013/6151, 21/4/2016, pr. 65; AİHM, Motais de Norbonne/Fransa, no.48261/99, 02 Temmuz 2002, pr.20.

²¹⁸ AYM, Hamdi Akın İpek Başvurusu, no. 2015/17763, 24/5/2018, pr.105; Bekir Yazıcı Başvurusu, no. 2013/3044, 17/12/2015, pr.31-80.

²¹⁹ Guide on Article 1 of of Protocol No. 1, pr.90; ayrıca bkz. AYM, Bekir Yazıcı Başvurusu [GK], no. 2013/3044, 17/12/2015; Kenan Ekşi Başvurusu, no. 2013/1262, 9/9/2015.

²²⁰ Bkz. AİHM, Yunusova and Yunusov/Azerbaidjan, no.66817/14, 16 Temmuz 2020, pr.169; B.K.M. Lojistik Taşımacılık Ticaret Limited Şirketi/Slovenya, no. 42079/12, 17 Ocak 2017, pr.45 ve 52; Maria Mihalache/Romania, no.68851/16, 30 Haziran 2020, pr.75; Uzan and others/Turkey, nos. 19620/05, 41487/05, 17613/08 ve 19316/08, 05 Mart 2019, pr.216.

²²¹ Bkz. AİHM, Islamic Republic of İran Shipping Lines/Türkiye, no.40998/98, 13 Aralık 2007, pr.99-100.

gerekçenin gösterilmemesi gibi, uygulanmadığı²²² müdahaleler ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir.²²³



²²² Bkz. AİHM, Uzan and others/Turkey, nos. 19620/05, 41487/05, 17613/08 ve 19316/08, 05 Mart 2019, pr.214; AYM, Özersan İnşaat Turizm San. ve Tic. A.Ş. Başvurusu, no. 2018/5186, 21/4/2021, pr.72-73; Selahattin Begtaş Başvurusu, no. 2016/32254, 30/6/2020, pr.48; Süleyman Kaçmaz Başvurusu, no. 2016/72686, 10/12/2019, pr.62.

²²³ AYM, İsmail Şahan Başvurusu, no.2016/54509, 28/11/2009, pr. 135; Tuna Tuç Başvurusu, no.2016/80432, 12/11/2019, pr.64; ayrıca bu kararın eleştirisi için bkz. İzzet Özgenç (@izzetozgenc) twitter.com; Ahmet Tomak Başvurusu, no.2016/74138, 12/11/2019, pr.70.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU'NDA ARAMA TEDBİRİ

I. ARAMA KAVRAMI VE ARAMA TEDBİRİNİN AMAÇLARI

A. ARAMA KAVRAMI VE ÖNLEME ARAMASI

1. Arama Kavramı

Arama kelimesinin anlamı, “aramak işidir”. Aramak ise; “birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak; araştırmak, yoklamak...” anlamlarına gelmektedir.²²⁴ Ceza muhakemesinde yer alan arama tedbiri ise “*şüpheli veya sanığın, suç delillerinin veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla bir kimsenin konutunda, işyerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir*”.²²⁵ Doktrinde ve yargı kararlarında tedbire ilişkin farklı tanımlara rastlamak mümkündür.²²⁶

²²⁴ <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 02/05/2014.

²²⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.282.

²²⁶ Bkz. KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yaylacık Matbaası, İstanbul, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 9. Baskı, 1989, s.720; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1140; YENİSEY/NUHOĞLU, s.396; YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 9. Bası, 2019, s.333; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ALTINOK WILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 14.Baskı, 2020, s.506; ERCAN, İsmail, Ceza Muhakemesi Hukuku, Kuram Kitap, Kocaeli, 14. Baskı, 2018, s.199; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 13. Baskı, 2020, s.316; ÖZBEK, s.17; ÖZBEK, Veli Özer/BACAŞIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:1, Eylül 2006, s.149; CENTEL/ZAFER, s.461; YENİDÜNYA, A.Caner/İÇER, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.363; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.463; GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ÇAKIR, Kerim/ALŞAHİN, Mehmet Emin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 5. Baskı, 2021, s.448; YILMAZ, Arama, s.253; SIRMA, Özge, Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 34, Haziran 2009; DEL CARMEN, s.194; kavram AÖAY’de “*Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veya hırsızlık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 5); YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018: “*şüpheli ya da sanığın ya da delillerin yahut müsadere edilecek eşyaların ele geçirilmesi amacıyla yapılan araştırma işlemi*” olarak tanımlanmıştır; Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise arama tedbirini; devlet makamlarının, belirli bir hedefe ve amaca yönelik olarak, kişi veya eşyayı araması olarak tanımlamaktadır. Mahkemeye göre arama tedbiri, olayın soruşturulmasına

Bu bağlamda arama tedbirinin ayırt edici iki özelliği; saklı olan kişi veya eşyaların araştırılması ve kişilerin özel hayatına doğrudan müdahale edilmesidir.²²⁷ Bu çerçevede; saklı olmayan, apaçık ortada olan, duyu organlarıyla doğrudan algılanabilen eşyaların incelenmesi^{228 229}, kamuya açık alanlardaki olay yeri inceleme işlemi, idari denetimler²³⁰ vb. uygulamalar arama tedbiri kapsamında değerlendirilemez.^{231 232}

Bunun yanında, duyu organlarına yardımcı olmak maksadıyla el feneri, dürbün gibi basit aletler kullanılarak yapılan araştırma işlemleri, duyu organlarıyla doğrudan algılanabilen bir işlem olduğu için teknik anlamda arama sayılmaz.²³³ Buna karşın, X-Ray cihazı veya dedektörle yapılan araştırma işlemi, yine uyuşturucu madde olup olmadığını ortaya çıkarmak için, bavulların özel eğitilmiş köpeklere koklatılması işlemi ise duyu organlarının algılama sınırını aşan bir

hizmet edebileceği gibi bir şeylerin açığa çıkmasını da sağlayabilir. Bkz. WOHLERS, Wolfgang, “Alman Ceza Hukukuna Göre Aramadaki Temel ve Güncel Sorunlar”, (Çev.: Arş.Gör. Kerem ÖZ), Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 9, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2015, s.205.

²²⁷YILDIZ, Hüseyin Serkan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s.7.

²²⁸ YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi:20/02/2018.

²²⁹ ABD’de North Dakota Eyaleti Yüksek Mahkemesi, State v. Zacher kararında, polis memurunun arabanın içinde bulunan plastik poşetin içinin araştırması işleminde, bizzat açıkta olan eşyanın değil de içinin araştırılması sebebiyle, “plain view” doktrinin uygulanamayacağına ve yapılan işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir, Bkz. Criminal Law-Searches and Seizures-Plain View, State v. Zacher içinde North Dakota Law Review, Vol. 91. 437, 2015, s.460.

²³⁰ SOYASLAN, Doğan, İdari Denetim ve Aramalar, Prof.Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, Ankara, 2010, s.2881; ayrıca bkz. YCGK., 18.10.2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

²³¹ YENİSEY, Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları Seminer Yayın Dizisi No:3, AİHS Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri Mart-Haziran 1995, Ankara, s.7, ÖZBEK/BACAKSIZ, s.149.

²³² ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin geliştirdiği “plain view-açık ve görülebilir alanlar” doktrinine göre de duyu organlarıyla doğrudan algılanan ya da suç delili olduğu açıkça anlaşılan eşyalara elkonulması arama olarak nitelendirilemez. Bkz.SAMAHA, s.68; SCHEB II, John M./SCHEB, John M., Criminal Law and Procedure, Wadsworth Cengage Learning, 7. Baskı, USA, 2011, s.450; Benzer şekilde duyma ya da koklama gibi duyu organlarıyla elde edilen bilgilerin de arama kapsamında değerlendirilmediği kabul edilmektedir. Bkz. ZANELLO, Lindsay N., To Sniff or not to Sniff: Makin Sense of Past and Recent State and Federal Decisions in Connection with Drug-Detection Dogs-Where od w ego from here?, Albany Law Review, Vol.: 78.4, 2014/2015, s.1583.

²³³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1126; YENİSEY, s.7; KIZILKAYA, Ezgi, “Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”, TBB Dergisi, Sayı: 89, Yıl: 2010, s.509.

inceleme olması nedeniyle aramadır. Burada bir alet kullanılması işlemin arama olarak nitelendirilmesini engellemez.²³⁴

Arama tedbirinin ikinci sınırı, kişilerin özel hayatına müdahale edilmesidir.²³⁵ Yapılan işlemle kişinin özel hayat alanına müdahale söz konusu ise arama tedbiri uygulanmaya başlanmıştır²³⁶; buna karşın, kişinin özel hayat alanına herhangi bir müdahale söz konusu değilse arama tedbirinden söz etmek mümkün değildir.²³⁷

ABD Federal Yüksek Mahkemesi Katz²³⁸ kararından sonra konuya farklı bir bakış açısı getirmiş ve kişinin özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesi hususundaki beklentisini sonlandırıp sonlandırmadığının esas alınması gerektiği ölçütünü benimsemiştir.²³⁹ Buna göre, kişi özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi yönündeki beklentisini devam ettiriyorsa, aramaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Buna karşın, kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme beklentisini ortadan kaldırdığı eşyaları üzerinde yapılan inceleme arama sayılmaz. Örneğin, terk edilen eşya²⁴⁰ üzerinde yapılan inceleme, özel hayat

²³⁴KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1126; ÜNVER/HAKERİ, s.403; SAMAHA, s.68; ORHAN, Uğur, “Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Arama ve Elkoyma”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s.14.

²³⁵ AKSOY, Şemsettin, AİHM, Uluslararası Yargı ve Y. Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.20.

²³⁶ YENİSEY, s.10.

²³⁷ KAHRAMAN, Mehmet, Koruma Tedbiri Olarak Arama, Y. Dergisi, Temmuz 2007, Cilt: 33, Sayı: 3, s.351.

²³⁸ Katz v. US (389 U.S. 347, 1967): Dava konusu olayda, müşterek bahisçi olan Katz, telefon kulübesinden müşterilerine ulaşmaktadır ve son konuşmasında da o hafta yapılacak olan basketbol maçı için bahis oynar. Katz’ın kullandığı telefon kulübelerine FBI tarafından dinleme cihazı yerleştirilmiştir ve telefon konuşmaları delil olarak kabul edilerek Katz kumar oynamaktan suçlu bulunur. Federal Mahkeme oy çokluğuyla verdiği kararında, Katz’ın telefon konuşması sırasında özel hayatı üzerine makul bir beklentiye sahip olduğunu bu sebeple FBI tarafından yapılan dinleme ile Ek Madde 4’ün ihlal edildiğine karar vermiştir.” Benzer yönde U.S. v. Miller, 425 U.S. 435 (1976), Smith v. Maryland, 442 U.S. 745 (1979), California v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988), Aktaran SAMAHA, s.54-59.

²³⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1127.

²⁴⁰ ABD Federal Yüksek Mahkemesi, bir eşyanın, hem fiziksel hem de zihinsel olarak terk edildiği ve kamuya açık bir alana bırakıldığı durumda, terk edilmiş olduğunu kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, polis denetiminden gizlemek için arabanın içinden atılan eşyanın terk edilmiş sayılamayacağına karar vermiştir. Bkz. Smith v. Ohio, 494 U.S. 541, 543–544, 110 S.Ct. 1288, 1290, 108 L.Ed.2d 464, 468 (1990), aktaran SCHEB II/SCHEB, s.434.

beklentisi ortadan kalktığı için, arama olarak nitelendirilemez.²⁴¹ Yine kişinin konutun dışında bulunan çöp kovasına attığı çöpleri üzerinde yapılan inceleme de arama sayılmaz. Buna karşın, konutunda ya da özel alanında bulunan ve henüz dışarıya atmadığı çöpleri üzerinde yapılan araştırma işlemi de arama olarak nitelendirilir. Burada önemli olan kriter, kişinin özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesi konusundaki beklentisinin ortadan kalkıp kalkmadığıdır.²⁴²

Bunlara ilave olarak, dışarıdan bakıldığında kimin olduğu anlaşılamayan arazi ya da bahçede yapılan araştırma işlemi de arama olarak nitelendirilmez. Bunun aksine, dışarıdan ayırt edilebilecek derecede etrafı çevrilmiş olan arazi ve bahçe gibi alanlarda ise özel hayat beklentisinin devam ettiği ortaya konulduğundan, yapılan araştırma işlemi arama olarak nitelendirilir.²⁴³

2. Adli Arama ve Önleme Araması Ayrımı

Önleme araması kısaca, henüz suç işlenmeden önce, uzak olan tehlikenin önüne geçilmesi veya suç işlenmesinin önlenmesi, tehlike teşkil eden kişi ya da eşyanın ele geçirilerek muhafaza altına alınması²⁴⁴ ve kamu düzeninin bozulmasını önlemek²⁴⁵ amacıyla bir kimsenin üstünde, eşyasında ve kamuya açık olan işyerlerinde²⁴⁶ başvurulmuş araştırma işlemidir.²⁴⁷ Dolayısıyla “konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde” önleme araması yapılamaz (PVSK m. 9/5, AÖAY m. 19/3).²⁴⁸

²⁴¹ YENİSEY, s.7; SAMAHA, s.71.

²⁴² YENİSEY, s.8; DEL CARMEN, s.292; ÖZBEK, s.118; YILMAZ, Arama, s.277; DOĞAN, s.167

²⁴³ SAMAHA, s.71.

²⁴⁴ YENİSEY, s.15.

²⁴⁵ SOYASLAN, İdari Denetim, s.2880.

²⁴⁶ Yargıtay, önleme araması yapılan yerin kararda bulunup bulunmadığı hususunda şüpheye düşülmesi üzerine, o yere ilişkin karar olmadığını kabul etmiştir. Bkz. YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi:20/02/2018.

²⁴⁷ ERCAN, s.200; CENTEL/ZAFER, s.470.

²⁴⁸ Ancak AÖAY’de “*Umumî veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde...*” denilerek öğrenci yurtları ve eklentileri de önleme araması yapılabilecek yerler arasında sayılmıştır (m.

Önleme aramasına hâkim kararı²⁴⁹ veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde²⁵⁰ mülkî âmirin yazılı emriyle başvurulur (AÖAY m. 19). Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri, önleme araması yapılmasına karar veremez. Ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak, arama yetkisinin, tehlikeyi önleyecek derecede kullanılması hususuna dikkat edilmelidir.²⁵¹ Ayrıca önleme aramasına karar verebilmek için, makul sebebin varlığı²⁵² gereklidir (PVSK m. 9/2, AÖAY m. 20).²⁵³

Önleme aramasının adli arama ile arasındaki sınır, suç şüphesidir. Suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra, artık idarenin yetkisi sona erip yargılama başladığından, adli arama tedbirine başvurulmalıdır. Bunun aksine, suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra, önleme arama kararı olsa bile buna dayanarak arama işlemi yapılamaz.²⁵⁴

19/2-e). Öncelikle öğrenci yurtları ve eklentilerinin umumi açık yerlerle bir tutulması ve PVSK’da yer almayan öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde arama yapılabilmesi hususunun AÖAY’de yer alması, PVSK’ya aykırıdır. Bkz. KESKİN-KİZİROĞLU, Serap, Türk Hukuku’nda Arama ve Elkoyma, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1, s.145.

²⁴⁹ AYM’nin 22.02.2006 tarihli, 2003/29 E., 2006/24 K. sayılı kararı, RG TARİH-SAYI: 27.7.2006-26241, “...Anayasa’nın 20. Maddesi, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulama olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hâkim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez...”

²⁵⁰ PVSK m. 9/6’da gecikmesinde sakınca bulunan hal karinesi düzenlenmiştir. Buna göre, “*spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların olduğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan halin*” bulunduğu var sayılır.

²⁵¹ Benzer yönde CİN, Emine, “Kamu Düzeni Kolluk Faaliyet ve Arama Yetkisi”, Prof.Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.1119.

²⁵² ERYILMAZ, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.494.

²⁵³ YCGK., 25/11/2014, 2013/9-841 E., 2014/513 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

²⁵⁴ YCGK., 25/11/2014, 2013/9-610 E., 2014/512 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi:20/02/2018: Karara konu olayda bir otobüs firmasında sahte para, mülteci ve kaçak eşya bulunduğu istihbari bilgisi üzerine, ilgili otobüs durdurulmuş ve olaydan 8 gün önce alınmış önleme kararına istinaden yapılan aramada kaçak eşya ve mülteci ele geçirilmiştir. YCGK, “...suçun işlendiği izlemine veren bir hali öğrenen kolluğun derhal Cumhuriyet savcısına haber verip emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine başlaması gerekmekte iken usulüne uygun adli arama emri veya kararı almadan delil elde etmek amacıyla olaydan 8 gün önce verilmiş mevcut önleme arama kararı uyarınca yaptığı arama işlemi, usulüne uygun verilmiş bir arama kararı bulunmadığından açıkça hukuka aykırı olup bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınması da mümkün değildir” diyerek işlemin hukuka aykırılığını ortaya koymuştur. Benzer kararlar için bkz. YCGK., 25/11/2014, 2013/9-841 E., 2014/513 K., YCGK., 25/11/2014, 2013/9-610 E., 2014/512 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018; YCGK bir başka kararında, iletişimin denetlenmesi tedbiri sonrası sanıklar hakkında yapılan önleme aramasının ve bundan elde edilen delillerin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Karar ve karşı oylar için bkz. YCGK., 19/03/2019, 2016/20-707 E., 2019/220 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/03/2021.

Uygulamada istihbari bilgi üzerine, adli arama yapılması gerekli iken önleme aramasının yapıldığı görülmektedir. İstihbari bilgide, aranacak kişi, eşya, araç veya bunlardan bir tanesi açıkça ifade ediliyor ise artık suç şüphesinin oluştuğunun kabulü ile adli aramaya başvurulması gerekmektedir.²⁵⁵

B. ARAMANIN AMAÇLARI

Arama tedbirinin amacı, ceza muhakemesinin ilerleyebilmesi için nerede olduğu bilinmeyen²⁵⁶ “şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi”dir²⁵⁷ (CMK m. 116).²⁵⁸ Arama tedbirine, yalnızca yakalama veya delil elde etme amacıyla başvurulabileceği gibi, diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak²⁵⁹ her iki amaçla da başvurulabilir.

Arama tedbiri amacına ulaştığında ise peşinden yakalama veya elkoyma tedbirleri gelir. Uygulamada yakalama işlemi sonrasında bu kez delil elde etmek amacıyla arama tedbirine de başvurulabilmektedir.²⁶⁰ Bu bağlamda arama tedbiri, yakalama ve elkoyma tedbirleri bakımından vasıta olma özelliği taşımaktadır.²⁶¹ Ancak, arama tedbirinin vasıta oluş özelliği, onun kendine özgü, bağımsız bir koruma tedbiri olmasını engellemez.²⁶²

²⁵⁵ Yargıtay ise bir kararında, “gelen istihbari bilgide aranacak aracın belirli olması karşısında, aranacak kişilerin kimlik bilgilerinin bulunmaması sebebiyle, önleme araması kararına dayanılarak yapılan arama işleminin hukuka aykırı olmadığına” karar vermiştir. Bkz. Y. 20. CD., 28/03/2017, 2016/3017 E., 2017/1994 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018; benzer bir karar için bkz. YCGK., 12/2/2019, 2016/20-74 E., 2019/87 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021.

²⁵⁶ KANTAR, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü Umumi Hükümler Cilt 1, Ankara, 4. Bası, 1957, s.106; EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.515; YENİDÜNYA/İÇER, s.376.

²⁵⁷ WOHLERS, Arama, s.206.

²⁵⁸ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 102. Maddesinde de arama tedbirinin yakalama ve delil elde etme olmak üzere iki amacının olduğu ifade edilmiştir. Bkz. YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Almanca Metin-Türkçe Çeviri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2. Baskı, 2015, s.126.

²⁵⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/ s.318.

²⁶⁰ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.40.

²⁶¹ SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, 2020, s.313.

²⁶² ÖZBEK/BACAŞIZ, s.152.

Arama tedbirine her ne kadar yukarıda sayılan amaçlara ulaşmak için başvurulsa da bazen hedeflenen amaca ulaşılamayabilir. Bu durum, şüpheli veya sanık hakkında “kovuşturmaya yer olmadığına” veya “beraat” kararı verilmesine imkân hazırlar.²⁶³

1. Yakalama²⁶⁴ Amaçlı Arama

a. Yakalama Amacıyla Arama Tedbirine Başvurulması

Arama tedbirine şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla başvurulabilmektedir. Burada temel işlem arama, yapılan işlemin amacı ise yakalamadır. Dolayısıyla yakalama amacıyla yapılan arama işleminde, arama tedbirine başvurmanın koşullarının oluşması yeterlidir, ayrıca bir de yakalama emri düzenlenmesine gerek yoktur. Ancak uygulamada, gerek olmamasına rağmen, arama kararı veya emrinde kişinin bulunduğu yakalanacağına ve gözaltına alınacağına dair bir ibare de yer almaktadır.²⁶⁵

Dolayısıyla arama tedbirinin şartları oluşmadan yakalama amacıyla arama tedbirine başvurulamaz.²⁶⁶ Örneğin; yakalanmak istenen şahıs kapalı bir yere girdiğinde, o şahsı yakalayabilmek için takip eden kişi o yere girip arama yapamaz. Yine yakalama emri üzerine, ilgili şahsın bulunduğundan şüphe edilen konutta veya işyerinde, doğrudan arama işlemi yapılamaz.

²⁶³ ÖZBEK/BACAŞIZ, s.152.

²⁶⁴Konuyla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. KAYA GÖÇMEN, Özen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Koruma Tedbirleri Üzerindeki Etkileri: Yakalama ve Gözaltı Koruma Tedbirleri Özelinde Bir Değerlendirme”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.

²⁶⁵ KARAKEHYA, s.224.

²⁶⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.319; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.153.

Son olarak, özellikle şüphelinin yakalanması amacıyla başvurulmuş arama tedbirinde, ölçülülük ilkesi gereğince, işlenen suçun ağırlığı da dikkate alınmalı²⁶⁷, başka bir tedbirle sonuca ulaşılabiliyorsa arama tedbirine başvurulmamalıdır.

b. Arama Tedbiri Sonrasında Yapılan Yakalamanın Sonuçları ve Gözaltı Süresi

Yakalama amaçlı olarak yapılan arama sonrasında, “yakalama işlemi hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verilir ve Cumhuriyet savcısının emri üzerine kişi ya serbest bırakılır ya da gözaltına alınır”.

Arama tedbiri sonrasında yakalandıktan sonra gözaltına alınan kişi hakkında uygulanacak gözaltı süresi, CMK’da düzenlenmemiştir. Uygulamada, bu durumda, CMK m. 91’de hüküm altına alınan gözaltı süreleri uygulanmaktadır.²⁶⁸ Bahse konu maddede arama tedbiri sonucu yakalama tedbirine yer verilmemiştir. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren bir konuda, kıyas yoluyla CMK m. 91’de yer alan sürelerin uygulanması, en başta Anayasa’nın 13’üncü maddesinde güvence altına alınan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu sebeple, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak, bu sürenin açıkça CMK’da düzenlenmesi gereklidir.²⁶⁹

²⁶⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.319.

²⁶⁸ KARAKEHYA, s.220.

²⁶⁹ KARAKEHYA, s.220.

2. Elkoyma Amaçlı Arama

Arama tedbirinin diğer amacı da soruşturma konusu suça ilişkin saklanan, elde edilememiş delillere elkonulmasını sağlayarak ispat faaliyetine hizmet etmektir.²⁷⁰ Deliller, ceza muhakemesinde, maddi olayın yeniden canlandırılmasını sağlayarak²⁷¹ maddi gerçeği belirlemeye, ispat etmeye yarayan araçlardır ve bu özelliğinden dolayı doktrinde “ispat araçları” olarak da adlandırılır.²⁷²

Deliller, çeşitli kriterlere göre bir tasnife tabi tutulabilirse de²⁷³ en yaygın olanı delillerin belge, beyan ve belirti olmak üzere üçlü tasnife tabi tutulmasıdır.²⁷⁴ Beyan delili, maddi olaya ilişkin yapılan sözlü açıklamalardır.²⁷⁵ Beyan, sözlü açıklamalar için kullanılan bir tabir olması sebebiyle²⁷⁶ sözlü açıklamaların tutanağa geçirilmesi beyan delilini belge deliline dönüştürür. Beyan delili, tanık, şüpheli veya sanık ve diğer tarafların beyanı olmak üzere üçe ayrılır. Beyan delili arama tedbirinin konusunu oluşturmaz. Arama tedbirinin konusunu, aşağıda kısaca açıklanacak olan belge ve kamuya açık olmayan alanlardan elde edilen belirti delilleri oluşturur. Hatta bunlardan belge delillerinin elde edilmesi, büyük ölçüde arama ve elkoyma tedbirleri ile mümkün olmaktadır.

²⁷⁰ ÖZBEK/BACAŞIZ, s.153; AYDOĞMUŞ, Ebubekir, Arama ve Elkoyma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s.13.

²⁷¹ CENTEL/ZAFER, s.256; DEĞİRMENCİ, Olgun, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.112; KARAKEHYA, s.155.

²⁷² TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.198; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 609; YENİSEY/NUHOĞLU, s.507; KARAKEHYA, s.155; CENTEL/ZAFER, s.256; DEĞİRMENCİ, s.112; ÜNVER/HAKERİ, s.581; AYDIN, Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.37; ÖZTÜRK, Bahri, Yeni CMK'da Delil Yasakları, Uğur ALACAKAPTAN'a Armağan, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2008, s.599.

²⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.205-206; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.652 vd.; YENİSEY/NUHOĞLU, s.516 vd.; CENTEL/ZAFER, s.260 vd.; ÜNVER/HAKERİ, s.583; SOYASLAN, Ceza Muhakemesi, s.457; AYDIN, Deliller, s.57 vd.

²⁷⁴ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.206; KARAKEHYA, 156.

²⁷⁵ CENTEL/ZAFER, s.262.

²⁷⁶ FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s.79.

Belge delili, muhakemeye konu olayı temsil eden ve insan tarafından yapılmış olan ispat araçlarıdır.²⁷⁷ Belge delili de “yazılı”, “ses ve görüntü tespit eden” ve “şekil tespit eden” belge olmak üzere üçe ayrılır. Yazılı belge maddi olayı, yazılı olarak temsil eden belgelerdir. Bunlar “resmi ve özel belge” olmak üzere ikiye ayrılır.²⁷⁸ Kamu görevlisince görevi dolayısıyla düzenlenen belgeler resmi belge, özel kişiler tarafından düzenlenen belgeler ise özel belgedir. Ses ve görüntü tespit eden belge, belli bir olaya ilişkin ses ve görüntüleri kayıt altına alarak tespit eden belgelerdir. Şekil tespit eden belge, belirli bir olayı fotoğraf, resim, plan, kroki gibi şekillerle tespit eden belgelerdir.²⁷⁹

Belirti delili ise olaydan arta kalan her türlü iz ve eserdir.^{280 281} Belirti delilleri tabiî ve suni belirti olmak üzere ikiye ayrılır. Tabiî belirti, kişinin iradesi dışında, olaydan arta kalan iz ve eserlerdir. Tabiî belirti eşyaya ait olabileceği gibi şahsa ait de olabilir. Parmak izi, kan, tükürük şahsa ait olan belirtiye; fren izi, tabanca, bıçak, sahte para ise eşyaya ait olan belirtiye örnek olarak verilebilir. Bunlar, sağlamlığı ortaya konulduğu ve başka delillerle de desteklendiği takdirde, maddi olaya ilişkin objektif bilgi sunarlar.²⁸² Suni belirti ise; ispat amacıyla meydana getirilen insan yapısı işaretlerdir.²⁸³ Giyilen üniforma, şapkanın kime ait olduğunu

²⁷⁷TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.197; ÜNVER/HAKERİ, s.595; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.684; YENİSEY/NUHOĞLU, s.544.

²⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNGÖR, Devrim, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.51 vd.

²⁷⁹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.228; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.686.

²⁸⁰ ÜNVER/HAKERİ, s.597.

²⁸¹ Doktrinde Erman belirti delilini, belirti olayı da kapsayacak şekilde; işlendiği iddia edilen suçun cezalandırılabilirlik temelini oluşturan unsur ve koşulların dışında kalan, ancak bu suçun iddia edildiği şekilde işlendiği yönünde mantıksal çıkarımda bulunmaya olanak tanıyan yan olay veya olayları ifade eder, şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. ERMAN, R.Barış, Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 2011, s.699.

²⁸² AYDIN, Deliller, s.86.

²⁸³TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.231; ÜNVER/HAKERİ, s.597; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.688.

gösteren yazılar, biletin kullanıldığını göstermek amacıyla zımbalanması suni belirtiye örnek olarak verilebilir.

II. ARAMANIN ŞARTLARI

Arama tedbirine başvurabilmek için, “şüpheli veya sanığın yakalanacağına ve/veya delil elde edileceğine ilişkin makul şüphe” (CMK m. 116) ve “hâkim kararı veya yazılı emir şartlarının bir arada bulunması aranmaktadır” (CMK m. 119/1). Dolayısıyla sayılan bu iki şart yerine gelmeden, örneğin kişi rıza gösterse bile²⁸⁴, tedbire başvurulamayacaktır.^{285 286 287}

²⁸⁴ Bkz. YCGK., 16/5/2019, 2016/20-431 E., 2019/436 K. (www.kazanci.com): “...ancak dosya kapsamında böyle bir arama kararı ya da yazılı arama emrinin bulunmadığı, görevlilerce istenmesi üzerine suç konusu uyuşturucu maddelerin içerisinde bulunduğu kasanın sanık ... tarafından açılmasının, gerçekleştirilecek arama işlemi için hâkimden karar veya Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve yapılan bu işleme hukuki geçerlilik de kazandırmayacağı anlaşıldığından, ...”; aynı yönde YCGK., 06/12/2018, 2016/20-851 E., 2018/619 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021.

²⁸⁵ Rıza ile arama, kolluk memurunun ilgili kişiden aramaya rıza göstermesini istemesi, ilgili kişinin de serbest iradesiyle buna rıza göstermesi sonucunda yapılan bir işlemidir. Bkz. AKSOY, s.92; Ülkemizde Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişiklikten önce, mülga CMUK döneminde, kişinin rızasıyla ev araması yapılabilmekteydi. İstisna olan bu yöntemin, uygulamada kural haline gelmesi, rıza olmamasına rağmen bütün aramaların rıza varmışçasına yapılması ve bu yönde tutanak düzenlenmesi sonucunda, bu uygulamalara bir tepki olarak 2001 Anayasa değişikliği ile bu uygulamaya son verilmiştir. Ülkemizde kolluğun vatandaş karşısındaki üstün konumu ve vatandaşların da temel hak ve hürriyetler konusunda yeterli bilince sahip olmaması dikkate alındığında, Cumhuriyet savcısını veya kolluğu karşısında gören kişinin rızasının, özgür iradeye dayandığından bahsedebilmek zordur. Bkz. ŞEN, Ersan, Mağdur, Müşteki Hakları ile Bu Kişiler ve Vekillerinin Aramalara Katılması, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:44, Nisan 2010, s.95; KESKİN-KIZIROĞLU, Arama, s.162; AKSOY, s.96; YILMAZ, Arama, s. 270; KARAKAYA, Naim, Ceza Kanunu Kapsamında Yürürlüğe Konulan Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet, Yıl: 2, Sayı: 6-7, Ekim 2005, s.57; DOĞAN, s.175; ÖNOK, Rıfat Murat, Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar in Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Editör: Prof.Dr. Nur CENTEL, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.285; ABD’de azınlıkların aramaya rıza gösterme oranlarının beyazlara nazaran yüksek olması hususunda bkz. FRIEDMAN, Barry/STEIN, Cynthia Benin: “Redefining What’s ‘Reasonable’: Tehe Protections for Policing”, The George Washington Law Review, Vol. 84:281, 2016, s.302.

²⁸⁶ CMK döneminde rıza ile arama kurumuna, TCK’nın ilgilinin rızasını öngören 26/2’nci maddesine dayanarak, işlerlik kazandıran AÖAY m. 8/1-f maddesinin iptali hakkında bkz. Danıştay 10. Dairesinin 13.03.2007 tarihli 2005/6392 E., 2007/948 K sayılı iptal kararı: “...Anayasa’nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan ‘özel hayatın gizliliği’ ve ‘konut dokunulmazlığı’ hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen rıza müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz bırakacağı açıktır.”

²⁸⁷ Bkz. YCGK., 29/11/2005, 2005/7-144 E. 2005/150 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi:20/02/2018: “...Somut olayda, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince 24 Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. Ancak, sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hâkim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir...”; benzer bir karar için bkz. YCGK., 06/12/2018, 2016/20-851 E., 2018/619 K.; Y. 7. CD., 3/7/2013, 2013/5127 E. 2013/17549 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi:02/03/2021.

Benzer şekilde Alman Hukuku'nda da arama kararı alınabilmesi için, somut bir suça ilişkin eylem şüphesi, kabul edilebilir bir amaç uğruna arama yapılacağıının varsayılabilmesi ve orantılılık ilkesinin sınırlarının korunması²⁸⁸ olmak üzere üç şartın yerine getirilmesi zorunludur.²⁸⁹

ABD Hukuku'nda aramaya ilişkin Anayasa Ek madde 4'e göre yakalama, arama ve elkoyma işlemleri ancak hâkim kararı ile makul bir sebebe dayanılarak yapılmalı ve yapılacak işlemin de içeriği belirli olmalıdır.²⁹⁰

Arama tedbirinin belirli bazı şartlara tabi tutulmasında amaç, gelişigüzel bir şekilde bu tedbire başvurulmasının önüne geçerek²⁹¹ temel hak ve hürriyetleri korumaktır. Bunun yanında keyfi arama uygulamalarının bazı sosyal sonuçları da olabilmektedir. Özellikle İngiltere'de 1980 sonrasında fakirlerin ve azınlıkların yaşadığı bölgelerde meydana gelen ayaklanmalara, polisin kişileri gelişigüzel durdurmasının ve aramasının neden olduğuna inanılmaktadır.²⁹² Hatta kolluğun yetkilerini kullanırken suç işlediği halde haklarında herhangi bir işlem yapılmaması ve bu durumun yaygınlaşmasının, siyahlar, azınlıklar, gençler, işsizler gibi toplumun belli kesimlerinin devlete karşı isyan duyguları beslemesine

²⁸⁸ Arama kararı orantılı olmalı yani elverişli, gerekli ve uygun olmalıdır. Bu bağlamda, arama kararı hedefine ulaşamayacaksa, örneğin elde edilecek delilin delil değerlendirme yasağına tabi olması muhtemel ise arama elverişsizdir; daha az müdahaleci bir yolla hedefe ulaşılacaksa arama gerekli değildir; örneğin resmi makamlar nezdinde yapılacak aramalar bakımından, delil karartılacağına, işbirliğinden kaçınılacağına dair suç şüphesi yoksa öncelikle istenilen eşyanın ibrazı istenmelidir; son olarak aramaya bağlı hak ihlalleri aramayla ulaşılmak istenen amaçlara nazaran daha büyükse, arama tedbiri uygunluk şartını karşılamaz; örneğin önemsiz suçlar için basın kuruluşunun veya avukatın bürosunun aranması uygunsuz olacaktır, yine üçüncü kişilerin aranmasında da aynı ilke dikkate alınmalıdır. Bkz. WOHLERS, Arama, s.209-210.

²⁸⁹ WOHLERS, Arama, s.207.

²⁹⁰ ŞAHİN, İlyas, ABD Federal Mahkemelerinin Sınırlarda Bilgisayar Aramalarına İlişkin Kararları, TBB Dergisi, Sayı: 89, 2010, s.280.

²⁹¹ FRIEDMAN/STEIN, s.320.

²⁹² ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.43.

neden olduğu ifade edilmektedir.²⁹³ Aynı şekilde ABD’de yapılan bir araştırmada aramaya rıza gösteren insanların çoğunun suçsuz, genç, fakir ve siyah olduğunu ortaya koymaktadır.²⁹⁴

A. MAKUL ŞÜPHE

Tedbire başvurabilmenin ilk şartı yakalama veya delil elde etme hususunda makul şüphe olmasıdır (CMK m.116).²⁹⁵ Bu şüphe, aranılan kişi ya da eşyanın, aramanın yapılacağı yerde bulunduğu ilişkindir.²⁹⁶ Dolayısıyla aramaya tabi olacak kişinin suçu işlediği yönünde bir şüphenin bulunması gerekmemektedir.²⁹⁷

Alman CMK’da ise arama tedbiri bakımından şüphe derecesi belirtilmemiş, “...*gerek aramanın sonunda delillere ulaşılacaksa...*” ifadesi ile

²⁹³ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.43; Londra’da 2006-2012 yılları arasında yapılan ve arama tedbirinin polise karşı tutuma olan dolaylı etkilerini ortaya koyan bir çalışma için bkz. MILLER, Joel/D’SOUZA, Amanda, “Indirect Effects of Police Searches on Community Attitudes to the Police: Resentment or Reassurance?”, The British Journal of Criminology, (2016) 56, s.456–478; ABD’de polislerin arama tedbiri bakımından etnik ve ırkçı bir yaklaşım sergilemeleri hususunda bkz. STUNTZ, William J.: “Local Policing After the Terror”, The Yale Law Journal, Vol.111, 2137, 2002, s.2162; yine polislerin trafik kurallarının ihlali sebebiyle vatandaşları durdurmalarında ırkçı yaklaşım sergilemeleri hakkında bkz. RUSHIN, Stephen/EDWARDS, Griffin, “An Empirical Assessment of Pretextual Stops and Racial Profiling”, Stanford Law Review, Vol.73, March 2021; benzer bir çalışma için bkz. GASTON, Shytierra/BRUNSON, Rod K.: “Reasonable Suspicion in the Eye of the Beholder: Routine Policing in Racially Different Disadvantaged Neighborhoods”, Urban Affairs Review 2020, Vol. 56(1), s.188-227; ABD’de Arizona eyaletinde latin kökenlilerle ilgili bir çalışma için bkz. DELGADO, Daniel Justino, “My Deputies Arrest Anyone Who Breaks the Law”: Understanding How Colorblind Discourse and Reasonable Suspicion Facilitate Racist Policing”, Sociology of Race and Ethnicity 2018, Vol. 4(4) 541–554; FRIEDMAN/STEIN, s.290 vd.

²⁹⁴ SAMAHA, s.225; aynı yaklaşımın İngiltere için de geçerli olduğunu ortaya koyan bir çalışma için bkz. MILLER, Joel, “Stop and Search In England, A Reformed Tactic or Business as Usual?”, The British Journal of Criminology, (2010) 50, s.954–974.

²⁹⁵ Arama tedbiri bakımından şüphe şartı zaman içinde değişiklik göstermiş; CMK’nın ilk şeklinde makul şüphenin yeterli olacağı öngörülmüşken, 2014 yılında “6526 sayılı kanunla” yapılan değişiklikle “somut delile dayalı kuvvetli şüphenin” gerekli olduğu düzenlenmiş, 2014 yılında “6572 sayılı Kanunla” yapılan değişiklikle ise yeniden makul şüpheye dönülmüştür. Aynı Kanun’un aynı maddesinin bir yıl içinde iki kez değiştirilmesi doktrinde “Yapboz Kanunu” nitelemesi yapılmasına (TANER, Fahri Gökçen, “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Yapboz’ Yılı 2014, Güncel Hukuk, s.133, Ocak 2015, s.14, 16.) ve siyasi bir sürecin ürünü olan bu tarz düzenlemelerin hukuk devleti ilkesine zarar verdiği yorumları yapılmasına (YILMAZ, Arama, s.257.) yol açmıştır; ayrıca bkz. DONAY, Süheyl, Terörle Mücadele Yasası’nda, Ceza Yargılaması Yasası’nda ve Türk Ceza Yasası’nda 6526 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:4, Yıl:2014

²⁹⁶ YENİSEY, s.12; ÖKTEN, Pınar, Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.10.

²⁹⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s.397.

delillere ulaşmanın kesin olması durumunda arama tedbirine başvurulabileceği düzenleme altına alınmıştır (prg.102).²⁹⁸ Bu bağlamda, temel haklara doğrudan müdahale söz konusu olduğundan, muğlâk belirtiler ve varsayımlara dayalı olarak arama tedbirine başvurulmasının önüne geçilmiştir.²⁹⁹

ABD Anayasa'sında arama tedbirinin düzenlendiği EK madde 4'te de arama kararı için makul şüpheden daha yoğun bir şüphe kriterinin (probable cause=makul sebep) varlığı aranmaktadır.^{300 301 302}

1. Makul Şüphe Kavramı

Makul, kelime anlamı olarak akla uygun olma; akıl ise düşünme, anlama ve kavrama gücü³⁰³ bir başka ifadeyle de insanlara özgü bağlantı kurma yeteneğidir. Makul terimi ise iki şey arasında olması muhtemel ama olup olmadığı henüz belli olmayan bir bağlantıyı iddia etmek için kullanılır.³⁰⁴

Şüphe ve şüphencilik kelimesinin kökeni, Antikçağ Yunan felsefesinde gözlemek, incelemek anlamına gelen “skepteshia” kelimesine dayanmaktadır.

²⁹⁸ YENİSEY/OKTAR, s.126.

²⁹⁹ ÜNER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2, Adalet Yayınevi, Ankara, 15. Baskı, 2019, s.541.

³⁰⁰ Bkz. Federal Rules of Evidence Rule 41(d)-(1) <https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-viii/rule-41-search-and-seizure/>. Erişim Tarihi: 08/09/2017.

³⁰¹ ABD Yüksek Mahkemesi makul sebep kavramını, “*Makul sebep kavramına ilişkin bütün tanımların özü, makul bir dayanağa sahip suç işlendiği inancı olmalı ve bu inanç arama yapılacak kişi ile ilgili olarak belirli hale gelmelidir.*” şeklinde ifade etmektedir. Hatta Yüksek Mahkeme, karar konu olayda, tavernaya gelen her müşterinin, o kişiye yönelik şüphe (individualized suspicion) oluşmadan doğrudan üst aramasının yapılamayacağını ifade etmiştir. Bkz. Maryland v. Pringle, 540 U.S. 366, 372-73 (2003), <https://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/02-809.pdf>, Erişim Tarihi: 02/05/2021; aynı yönde bkz. BERMAN, Emily, “Individualized Suspicion in the Age of Big Data”, Iowa Law Review, Vol.105:463, 2020, s.465; makul sebep kavramının tarihi gelişimi ve kavrama İngiliz ve Amerikan yaklaşımları hakkında bkz. GRANO, Joseph D., “Probable Cause and Common Sense: A Reply to the Critics of Illinois v. Gates, 17 U.”, Michigan Journal of Law Reform, 465, Vol.17, 1984, s.478-495.

³⁰² Her iki kavram arasındaki farkı inceleyen bir karar için bkz. Commonwealth v. Pridgett, 481 Mass. 437, 441 (2019), aktaran ELIKANN, Peter, ““Criminal Law: The Dichotomy of Reasonable Suspicion and Probable Cause: Commonwealth v. Pridgett, 481 Mass. 437 (2019).” Massachusetts Law Review, vol. 101, no. 1, November 2019.

³⁰³ www.tdk.gov.tr Erişim Tarihi: 02/05/2014.

³⁰⁴ KUÇURADİ, Ioanna, “Dünya Felsefe Günü Mesajı”, 17 Kasım 2014, İstanbul, www.tfk.org.tr/tr/1416298008-1415188376-makul_suphe, Erişim Tarihi: 02/05/2014.

Dilimize Arapça “şubhe”den geçen şüphe kelimesi yerine “kuşku”, “kuruntu”, “işkil” kelimeleri de kullanılmaktadır.³⁰⁵ Şüphe sözlük anlamı itibariyle; “zihnin çeşitli alternatifler arasında seçme yapma konusunda tereddüt etmesi, hangisinin doğru olduğunu kestirememesi”, “bir şeyin olup olmadığı hakkında tereddüde düşme” olarak tanımlanmaktadır.³⁰⁶ Dolayısıyla şüphe, gerçek olabileceği hususunda bazı maddi vakıalar bulunan ancak henüz delillerle doğruluğu ispat edilmemiş olan bir iddia³⁰⁷; “aklın, bir önermenin, bir iddianın, varsayımın, delilin ya da daha özel haliyle bir ifadenin gerçek olup olmadığı arasında inanmak ya da inanmamak şeklinde gidip gelen tereddütlü hal”³⁰⁸ şeklinde tanımlanabilir.

Bu çerçevede makul şüphe kavramı, akla uygun şüphe olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla somut olay ve olayla ilgili bulgular arasında bağlantı kurulduğunda³⁰⁹ ortaya çıkan şüphenin makul olması gereklidir. Ancak her ne şekilde ortaya konulursa konulsun, makul şüphede bir kesinlik yoktur, tereddüt hali söz konusudur.

Makul şüphe, arama tedbirinin hukuka uygun veya aykırı olması, hak ve hürriyete hukuka uygun veya keyfi müdahale edilmesi bakımından anahtar bir kavramdır³¹⁰ ve bu sebeple sınırları belirgin bir şekilde ortaya konulmalıdır. Ancak CMK’da makul şüphenin tanımı, hangi şartlarda makul şüphenin oluşmuş sayılacağı hususları düzenlenmemiş, bu husus doktrin ve AÖAY’ne bırakılmıştır. Öncelikle temel hak ve hürriyete müdahale eden bir tedbir bakımından temel olan

³⁰⁵ YAYLA, s.115.

³⁰⁶ DEVELİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, İstanbul, 1981; ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.47.

³⁰⁷ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.47.

³⁰⁸ FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s.184 vd.; benzer yönde BODUR, Harun, Şüphe, Makul Şüphe ve Arama Hukuku, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, 2006/1, s.19, dn.2.

³⁰⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.323; benzer şekilde KUÇURADİ; ÖNOK, s.270.

³¹⁰ Benzer şekilde CRESPO, Andrew Manuel, “Probable Cause Pluralism”, The Yale Law Journal, 129:1276, 2020, s.1279.

bir kavramın, kolaylıkla değiştirilebilen Yönetmelik ile düzenlenmesi kanunilik ilkesine aykırıdır (Anayasa m. 13).³¹¹

Kavram AÖAY’de “*Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.*” (m. 6) şeklinde tanımlanmıştır. Öncelikle AÖAY’de yer alan tanımın belirsiz olduğunu ifade etmek isteriz. Bir defa şüpheyi kimin duyacağı gösterilmemiştir. Tanımda yer alan “...*hayatın akışına göre...*” ifadesinden bu şüphenin herkes tarafından duyulabileceği anlamı çıksa da sıradan insanlar ile soruşturma makamlarının olaylara yaklaşımlarının farklı farklı olacağı dikkate alındığında; şüphenin soruşturma makamlarınca değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılabilir.³¹² Durum böyle olmakla birlikte şüphenin makul olup olmadığı hususu, bir değerlendime yapmayı gerektirmektedir ve bu da doğası gereği sübjektif olacaktır.³¹³ Bu değerlendirmeyi soruşturma makamları yapıyor olsa da her bir kişi bakımından farklı değerlendirmeler söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla farklı insanların makul olanla ilgili değerlendirmelerinin farklı olabilmesi makul şüphe kavramını belirsiz hale getirebilmektedir.³¹⁴ Ayrıca makul şüphenin “...*genellikle duyulan şüphe*” olması da terimi muğlaklaştırmakta, sübjektif hale getirmektedir. Zıt anlamıyla değerlendirildiğinde, tanımdan şüphenin duyulmayabileceği anlamı da çıkmaktadır.

³¹¹ ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç, Uygulamada Arama ve Elkoyma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.12.

³¹² Makul şüphenin belirlenmesinde ortalama insan tarafından değerlendirmenin esas alınması gerektiğini ifade eden eserler için bkz. ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.113, AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.30, YILMAZ, Arama, s.258,

³¹³ Doktrinde DONAY, “makul şüphe”nin bir şüphe şartı olarak değil de ölçülülük kuralı olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu yapılmadığı için sübjektif bir değerlendirme içeren “makul şüphe”ye dayanılarak gerekmediği halde sıklıkla arama tedbirine başvurulduğunu haklı olarak ileri sürmektedir. Bkz. DONAY, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, 2. Baskı, s.137.

³¹⁴ KUÇURADİ; CRESPO, s.131; NORTON, Robert, “What is a ‘Reason to Believe’? Execution of an Arrest Warrant at a Suspect’s Residence Should Require Probable Cause”, Creighton Law Review, Vol.54, 2021, s.326.

Arama tedbirinin hak ve hürriyete müdahale edici özelliği nedeniyle tedbirle ilgili düzenlemelerin, hak ve hürriyetleri koruyucu nitelikte olması gereklidir.³¹⁵ Bu çerçevede, temel hak ve hürriyete müdahale eden bir tedbir bakımından, belirsiz bir kavramın³¹⁶ tercih edilmesi, hak ve hürriyeti güvencesiz bırakarak müdahaleye açık hale getirmektedir.³¹⁷ Öyle ki özellikle soruşturma aşamasında, delil elde etme ihtimaline binaen, makul şüphe olduğu gerekçesiyle sıklıkla arama tedbirine başvurulmakta, bu da hak ve hürriyetlere müdahaleyi kolaylaştırmaktadır. Bunun yerine objektif bir kriter belirlenerek³¹⁸, delil elde etmenin veya kişinin yakalanmasının kesin veya kesine yakın olduğu durumlarda tedbire başvurmak, hak ve hürriyetlerin korunması, yerli yersiz müdahale edilmesinin önüne geçilmesi bakımından isabetli olacaktır. Bu aynı zamanda, subjektif yaklaşımların karar alma sürecinin dışında bırakılmasını ve hatalı mahkeme kararlarının da önüne geçilmesini sağlayarak³¹⁹ adaletin tesisine katkı sağlayacaktır.³²⁰

³¹⁵ KREMENES, Karolina, "The authority to order search in a comparative perspective: a call for judicial oversight", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol.6, no.3, 2020, s.1587.

³¹⁶ STUNTZ, s.2174; BERMAN, s.494; kavramın matematik kesinlikle ifade edilemeyeceği hususunda bkz. *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366, 372-73 (2003).

³¹⁷ Aynı yönde bkz. DE LEON, Darianne, "What Matters More: Preserving A Fundamental Right to Privacy or Tampering with Another's Dignity Through Searches Because of 'Reasonable Suspicion'", *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 27, no. 4, 2019, s.583.

³¹⁸ DE LEON, s.579-580; ayrıca sınır aramalarında makul şüphenin kabulü için objektif standartlar belirlenmesi hakkında bkz. *United States v. Kolsuz*, 890 F.3d 133, 133 (4th Cir. 2018); Devletin genel kabuller yerine her bir vatandaş için kendi fiili, düşüncesi, karakteri ve durumunun esas alındığı bireyselleşmiş şüphe (individualized suspicion) kavramının kullanılması gerektiği hakkında bkz. TASLITZ, Andrew E., "What is Probable Cause, and Why Should We Care?: The Costs, Benefits, and Meaning of Individualized Suspicion", *Law & Contemporary Problems*, Duke University School of Law, Vol.73:145, Summer 2010, s.146; "makul sebep" ve makul şüphe" kavramlarının tam bir kesinlikle ortaya konulamayacağı hakkında bkz. CRESPO, s.1280; bilim adamlarının da bir çözüme varamadığı hakkında bkz. FRIEDMAN/STEIN, s.305.

³¹⁹ VIACHESLAV V. Vapniarchuk/VOLODYMYR M. Trofymenko/OLHA G. Shylo/ VOLODYMYR I. Maryniv, "Standards of Criminal Procedure Evidence," *Journal of Advanced Research in Law and Economics (JARLE)*, Vol. 9, no. 7 (Winter 2018), s.2469.

³²⁰ BERMAN, s.481.

2. Makul Şüphenin Ortaya Konulması

a. AİHM Kararlarında Makul Şüphe Kavramı

Makul şüphe, Sözleşme'nin "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı"nı düzenleyen 5. maddesinde, şüphelinin özgürlükten yoksun bırakılmasının şartı olarak "(1) ...(c) Bir kişinin, suç işlediğinden **makul şüphe** duyulması üzerine..." şeklinde yer almaktadır.³²¹

Burada yer alan "makul şüphe" kavramının Anayasa'daki karşılığı "kuvvetli belirti" (m. 17/3), CMK'daki karşılığı ise "kuvvetli suç şüphesi" (m. 100) dir. Dolayısıyla burada yer alan makul şüphe kavramı, arama tedbiri bakımından esas alınan makul şüphe kavramından farklıdır.

AİHM, arama tedbiri bakımından "makul şüphe" kavramını Roman Zakharov/Russia³²² kararında ortaya koymuştur. Mahkeme, yetkili birimlerin

³²¹ AİHM, AİHS'nin 5 ve 6'ncı maddeleri bağlamında makul şüphe (reasonable suspicion) üzerinde durmuş ve "makul şüphenin, kişinin suçu işlemiş olduğu hususunda duygu, içgüdü, varsayım, etnik, dini önyargılar vb. sübjektif nedenlere değil, somut olayın koşullarına göre ve keyfilikten uzak bir şekilde, objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterli vakıa ve bilgilerin mevcudiyetinin varlığına dayanılarak ortaya konulması gerektiğini" ifade etmiştir. Bkz. ŞİRİN, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s.108; BODUR, s.34; benzer yönde ÖKTEN, s.12; ÖNOK, s.269; ayrıca bkz. AİHM, Erdagöz/Türkiye, no.21890/93, 22 Ekim 1997, pr.51; Elçi ve diğerleri/Türkiye, nos.23145/93, 25091/94, 13 Kasım 2003, pr.668; Labita/İtalya, no. 26772/95, 06 Nisan 2000, pr.155; Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, Seri A no. 182, 16-17, 27 Mart 1991, pr.32; Imakayeva/Rusya, no.7615/02, 09 Kasım 2006; pr.173; Uluslararası Adalet Divanı'nın benzer yaklaşımı için bkz. ÖZBEK, s.66; Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tutuklama tedbiri bakımından temel aldığı makul sebep (=reasonable ground) kavramının AİHM tarafından esas alınandan daha yoğun bir şüphe gerektirdiği hakkında bkz. DASH, Amrutansku/SHARMA, Dhruv, "Arrest Warrants at the International Criminal Court: Reasonable Suspicion or Reasonable Grounds to Believe?", International Criminal Law Review 16 (2016), s.158-176.

³²² Bkz. no. 47143/06, 4 Aralık 2015, GC.: Karara konu olayda başvuru, Rusya'da uygulanan ve mobil telefon görüşmelerinin gizli olarak izlenmesine imkân sağlayan sistemin, Sözleşme'nin 8. maddesi ile uyumlu olmadığını iddia etmiştir (pr. 148). Mahkeme, öncelikle gizli gözetleme tedbirine ilişkin yetki usulünün, işlemin gelişigüzel, kural dışı ve gerekli koşullar dikkate alınmadan yapılmamasını garanti edecek şartları taşıması gerektiğini ifade etmiş ve bu şartların da, özellikle, karar veren makâmın yetkisinin olup olmadığı, incelemenin kapsamı ve gözetleme yetkisinin içeriği hususlarına ilişkin olduğunu belirtmiştir (pr. 257). Sonrasında Mahkeme, yetkili birimlerin incelemenin kapsamına ilişkin yetkisinin, şüpheli ile ilgili olarak özellikle, suç işlemeyi planladığı, suç işliyor veya henüz işlemiş olduğuna dair makul şüphenin varlığını doğrulayan gerçeklere dayalı bulgular olması gerektiğini vurgulamıştır (pr. 260). Mahkeme, gözetim yetkisinin içeriği ile ilgili olarak, gözetime tabi olacak kişiyi veya eşyayı, isim, adres, telefon numarası ve diğer bilgilerle birlikte açıkça tanımlaması gerektiğini ifade etmiş (pr.264) ve gözetim yapılacak iletişim ve süresi bakımından kolluk güçlerine geniş bir takdir hakkı tanıyan düzenlemenin (pr.265) yukarıda ifade edilen şartları taşımadığını belirtmiştir (pr.267).

incelemenin kapsamına ilişkin yetkisinin, şüpheli ile ilgili olarak özellikle, suç işlemeyi planladığı, suç işliyor veya henüz işlemiş olduğuna dair makul şüphenin varlığını doğrulayan gerçeklere dayalı bulgular olması gerektiğini vurgulamıştır (prg.260). Dolayısıyla Mahkeme, makul şüphenin gerçeklere dayalı bulgular esas alınarak ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır. Aynı şekilde ABD Yüksek Mahkemesi’de makul şüphenin gerçeklere dayalı olması gerektiğini fade etmektedir.^{323 324}

b. Makul Şüphenin Delillerle Ortaya Konulması

Makul şüphe, yukarıda da ifade edildiği üzere, hak ve hürriyete müdahale bakımından temel bir kavramdır. Dolayısıyla bu kavramın soyut olgulara dayanması, basmakalıp ifadelerle ortaya konulması kabul edilemez. Aksi durum, hak ve hürriyete müdahaleyi kolaylaştırarak güvencesiz bırakmaktadır.

Nitekim AİHM de yukarıda ifade edilen kararında, özel hayata saygı hakkının krounabilmesi adına, arama tedbiri bakımından makul şüphenin gerçeklere dayalı bulgular esas alınarak ortaya konulması gerektiğini ifade etmiştir. Yine AİHM, benzer şekilde tutuklama tedbiri bakımından zorunlu olan

³²³ ABD’de karar alınmadan arama yapılabilmesinin en bilinen istisnası, “*durdurulan kişinin suç işliyor olduğu, işlediği veya işlemek üzere olduğuna dair gerçeklere dayalı makul şüphe (reasonable suspicion)*” olmasıdır. Bu çerçevede, tedbirli ve dikkatli bir polisin, güvenilir kaynaklardan elde ettiği bilgilerin yönlendirmesiyle, arama işlemi sonucunda suç delili elde edeceğine inandığı durumda, makul şüphenin varlığından bahsedilmekte (Bkz. SCHEB II/SCHEB, s.440; DEL CARMEN, s.196; ÖNOK, s.267; BODUR, s.37) ve bütün şartlar dikkate alınarak makul şüphenin varlığı hakkında karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir (SCHEB II/SCHEB, s.440; Brinegar v. United States, aktaran ÖNOK, s.270); ABD Yüksek Mahkemesi makul şüphe kavramını ilk kez Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968) kararında ortaya koymuştur. Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/#tab-opinion-1947459>; ABD de karar alınmadan arama yapılabilmesinin diğer bir istisnası da denetimli serbestlik tedbiri altında olan kişiler ile şartlı tahliye edilen kişilerin aranmasıdır. Bkz. TURNER, John R./HEMMENS, Craig/MATZ, Adam K., “Is It Reasonable? A Legal Review of Warrantless Searches of Probationer and Parolees”, Criminal Justice Policy Review, 2016, Vol.27(7), s.684-701; ABD’de makul sebep ve karar şartına getirilen istisnaların gelişimi hakkında bkz. FRIEDMAN/STEIN, s.289-299.

³²⁴ ABD’de, karar alınmadan başvuru aranma tedbiri bakımından, makul şüpheden daha yoğun bir kriter olan “makul inanç (reasonable belief)” kriterinin arandığı kararlara da rastlanılmaktadır. Bkz. KINPORTS, Kit, The Quantum of Suspicion Needed for an Exigent Circumstances Search, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol.52:3, Spring 2019, s.615-648; bkz. NORTON.

“kuvvetli şüphe” şartının, somut gerekçelerle ortaya konulması gerektiğini, basmakalıp ve soyut bir şekilde ileri sürülen gerekçelerin, tedbiri haklı göstermek için yeterli bir dayanak teşkil etmeyeceği kanaatine vardığını ifade etmiştir.³²⁵ Aynı yaklaşımı AYM³²⁶ ve Yargıtay³²⁷ da ortaya koymuştur. AÖAY’de de şüphenin somut olgulara dayanmasının şart olduğu hususu ifade edilmiştir (m.6).

Bu çerçevede arama talebinde bulunurken, makul şüpheyi oluşturan olgular, bunların kaynağı, aranan eşya ya da kişinin arama yapılacak yerde olduğuna dair inancın nedenleri somut gerekçelerle^{328 329} ortaya konulmalıdır.³³⁰ Örneğin makul şüphe, bir ihbar,³³¹ şikâyet veya istihbari bilgiye dayanıyorsa, mutlaka somut olgularla desteklenmeli³³², tek başına arama kararına esas

³²⁵Bkz. AİHM, Lütüye Zengin ve Diğerleri/Türkiye, no.36443/06, 14 Nisan 2015, pr.83-89; benzer kararlar için bkz. Şahin Alpay/Türkiye, no. 16538/17, 20 Haziran 2018, pr.118-119; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, no.13237/17, 10 Eylül 2018, pr.139-140; Alparslan Altan/Türkiye, no.12778/17, 16 Nisan 2019, pr.145; Kavala/Türkiye, No. 28749/19, 11 Mayıs 2020, pr.159.

³²⁶ Bkz. Can Dünder ve Erdem Gül başvurusu, no. 2015/18567, 25/02/2016, pr.76-82.

³²⁷ Bkz. YCGK.; 23/02/2021 tarih ve 2018/403 E. , 2021/49 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021: “...soyut olarak belirli bir yerde suçluların yakalanma ihtimaline binaen adli arama kararı verilemeyeceğini; aramanın kişi hak ve özgürlüklerine ciddi boyutta bir müdahale olduğu göz önüne alındığında makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması ve belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Başka bir anlatımla, arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut olmalıdır.”; benzer yönde bkz. Y. 7. CD., 27/11/2013, 2013/5178-23749 E.-K. sayılı kararı. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018; ayrıca ayrıntılı ihbarın makul şüpheyi oluşturabileceği hususunda bkz. Criminal Law, Search and Seizure, Reasonable Suspicion, State of North Dakota v. Dustin Tory Hendrickson, North Dakota Law Review (Vol. 95:2 2020).

³²⁸ İngiltere’de 2000 yılında yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanunu ile tanınan sebebe bağlı olmayan arama yetkisinin, AİHM’nin Gillan ve Quinton/the United Kingdom, no. 4158/05, 12 Ocak 2010 kararı ile AİHS’nin 8’inci maddesini ihlal ettiği kararına varılmıştır, aktaran YENİSEY/NUHOĞLU, s.397.

³²⁹ AİHM de suiistimallere karşı yeterli ve etkili güvencelerin olması gerektiğini ifade ederek, arama kararlarının mutlaka gerekçeli olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.158.

³³⁰ Bkz. YCGK.; 23/02/2021, 2018/403 E., 2021/49 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021; ABD Yüksek Mahkemesi Illionis v. Gates kararıyla, tüm şartların birlikte değerlendirilmesi sonucunda makul şüphenin oluşup oluşmadığına karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Aktaran CRESPO, s.1281.

³³¹KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1142; YENİSEY/NUHOĞLU, s.400; YENİSEY, s.13; BODUR, s.38; ÖNOK, s.271; ayrıca Illionis v. Gates (462 U.S. 213, 1983) davasında aynı husus; ihbarın makul şüphe oluşturması için, muhbirin güvenilir bir kişi olduğunun tek başına yeterli olamayacağı, buna ilave olarak ihbarda fiili bazı bilgilerin de bulunması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir, aktaran KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1143; ABD Yüksek Mahkemesi Gates kararından önce Spinelli v. United States (393 U.S. 410, 1969) davasında muhbirin güvenilir olduğunu ortaya koyabilmek için iki uçlu bir test geliştirmiş ve buna göre hem muhbirin güvenilir hem de bilgiyi güvenilir bir yolla elde etmiş olması gerektiğini ifade etmişti, aktaran GRANO, s.468.

³³² TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.283; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.464; ÖZEN, Muharrem/ÖZEN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.

alınmamalıdır.³³³ Ayrıca, makul şüpheye dayanak alınan deliller, hukuka uygun olarak elde edilmelidir³³⁴; aksi halde makul şüphenin oluştuğundan söz edilemez.

Aksine, soyut çıkarımlardan, varsayımlardan, Alman Hukuku'nda olduğu gibi kriminalistik verilerden³³⁵, kolluğun sübjektif değerlendirmelerinden, tahminlerinden, yalnızca yalın bir duygudan³³⁶, kişilerin giyim tarzları, dış görünüşleri, rengi, saç stili, ırkı gibi faktörlerden³³⁷, sabıkasının olup olmaması³³⁸ ya da suç işleyen kişilerle dolaşması gibi sübjektif bilgiye dayalı yorumlardan³³⁹, tecrübelerden, istatistik verilerinden³⁴⁰, tahminlerden, sanılardan³⁴¹, güncelliğini yitirmiş bilgilerden³⁴² yola çıkılarak makul şüphenin oluştuğundan bahisle arama kararı verilemez.³⁴³ Bu durumda, bir olay ile bir bulgu arasındaki rastlantısal birliktelikten yola çıkılarak bağlantı kurulmaya, makul şüphe oluşturulmaya

Duygun YARSUVAT'a Armağan, Cilt: IX, Sayı:2, Yıl: 2012, s.309; ÖZBEK/BACAKSIZ, s.165; benzer şekilde BIÇAK, s.663; BODUR, s. 27.

³³³YCGK., 23/02/2021, 2018/403 E. , 2021/49 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021; istihbari bilgiye dayanan aramalar bakımından da aynı şartın geçerli olduğu hususunda bkz. YCGK, 12/2/2019, 2016/20-74 E., 2019/87 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021; ayrıntılı ihbarın makul şüphesi oluşturabileceği hususunda bkz. Criminal Law, Search and Seizure, Reasonable Suspicion, State of North Dakota v. Dustin Tory Hendrickson, North Dakota Law Review (Vol. 95:2 2020).

³³⁴ AKBULUT, Berrin, Delil Değerlendirme Yasakları, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:13, Aralık 2010, s.14; benzer yönde CRESPO, s.1321.

³³⁵ ÖZBEK/BACAKSIZ, s.164 dn.20; ÖNOK, s.270-271.

³³⁶ YURTCAN, CMK Şerhi, s.333-334.

³³⁷ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.114.

³³⁸ Y. 2. CD., 20/11/2013, 2012/29290 E., 2013/27219 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

³³⁹ ERYILMAZ, Ceza Muhakemesi, s.500.

³⁴⁰ İstatistiksel verilerin genel bilgi verdiği, spesifik bilgi vermediği hakkında bkz. BERMAN, s.467; Makul sebep kavramının bir ihtimali içermesi nedeniyle istatistiki verilerin kaçınılmaz olduğu hakkında bkz. CRESPO, s.1321.

³⁴¹ Benzer şekilde ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.323; TASLITZ, s.146.

³⁴² DEL CARMEN, s.197; ayrıca bkz. United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984), aktaran DEL CARMEN, s.198.

³⁴³ Örneğin, hırsızlık suçu kapsamında yapılan bir araştırmada, hırsızlık suçundan sabıkası bulunan ve o bölgede yaşayan herkesin evinde arama tedbiri uygulanmasına karar verilemez Bkz.ÖKTEN, s.10; Kandıra Asliye Ceza Mahkemesinin 24/11/2010 tarihli ve 2009/107 E., 2010/274 K. sayılı kararı: Karara konu olayda; Kandıra Sulh Ceza Mahkemesinin 04.07.2008 tarihli kararı ile Süver-3 isimli geminin sigara kaçakçılığı olayına karışabileceği şüphesiyle aranmasına ve ele geçirilecek eşyalara elkonulmasına karar verilmiştir.” aktaran AKBAY, Evren, Adli ve Önleme Aramalarının İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.64.

alışılır ki bu yolla bazıları için makul görülen fakat gerçekte makul olmayan uydurulmuş bir bağlantı söz konusu olur.³⁴⁴

Bu gibi durumlarda makul şüphenin oluştuğunun kabulü için şüpheye neden olan nkabulleri, algoritmaları, istatistik verileri destekleyen, bunları o kişi üzerinde belirli hale getiren ek bilgilere ihtiyaç vardır.³⁴⁵ Bunun için de kolluğun elindeki genel bilgi dağarcığı yerine, bilgiyi spesifik hale getiren veriler kullanılmalıdır.³⁴⁶ çünkü özel hayata saygı hakkı, bir insanın yalnızca kendisi hakkındaki delillerden yola çıkılarak karar verilmesini gerektirir ve böylece bu hakkın insanlara sağlamış olduğu, özel hayat alanına hukuka aykırı müdahalelerin önüne geçilmiş olur.³⁴⁷

Bu bağlamda makul şüphe şartının yerine geldiği hususu, somut olgularla ortaya konulmadan alınan “arama kararı veya emri” hukuka aykırı ve aynı zamanda keyfi olacağından, hem buna dayanarak başvurulan arama tedbiri hem de tedbir sonucunda elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır.³⁴⁸

³⁴⁴ KUÇURADI.

³⁴⁵ KAKADE, Namrata, “Sloshing Through the Factbound Morass of Reasonableness: Predictive Algorithms, Racialized Policing, and Fourth Amendment Use of Force”, The George Washington Law Review, Issue:88/3, Note, Vol.88, 10 Haziran 2020, s.812; BERMAN, s.495.

³⁴⁶ KAKADE, s.806; Yalnızca bilginin yeterli olmadığı, bütün faktörler dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. Commonwealth v. Holiday, 349 Mass. 126, 128 (1965), aktaran ELIKANN, s.12.

³⁴⁷ TASLITZ, s.187; BERMAN, s.479.

³⁴⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOğLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1140; ayrıca bkz. Y. 7. CD., 27/11/2013, 2013/5178 E., 2013/23749 K. sayılı kararı, aktaran YERDELEN/DEğERLİ, s.1358, dn.76.

B. YETKİLİ MAKAMCA VERİLEN ARAMA KARARI VEYA EMRİ

Arama, “ya hâkim kararı üzerine ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı veya yetkili makamın yazılı emri üzerine yapılabilir” (Anayasa m. 20 ve 21, CMK m. 119³⁴⁹).^{350 351}

Arama kararı veya emri, muhakemenin her aşamasında verilebilir.³⁵² Kanun yolları aşamasında ise yalnızca hukuki inceleme yapılan temyiz kanun yolu hariç, yargılamanın yenilenmesi³⁵³ ve istinaf aşamasında da³⁵⁴ arama kararı veya emri verilebilir. Ancak karar veya emir, tedbir ile ulaşılmak istenen amacı tehlikeye düşürebileceğinden, “ilgiliye tebliğ edilmez” (CMK m. 35/2); yalnızca arama işlemi öncesinde ilgili kişiye bilgi vermekle yetinilir.

Ayrıca, tedbire ilişkin karar veya emir, kapsamının önceden belirlenmesi zorunlu olduğundan, mutlaka arama işleminden önce verilmelidir.³⁵⁵ Aksine hak ve hürriyetlere keyfi müdahaleye neden olabilecek şekilde önce arama işleminin yapılıp, sonradan karar alınması söz konusu olamaz.

Son olarak arama kararı ile ancak bir kez arama işlemi icra edilebilir, işlem yarım kalsa bile aynı arama kararına dayanarak yeni bir arama işlemi yapılamaz” (AÖAY m. 31/1).³⁵⁶

³⁴⁹ Doktrinde madde başlığının, içeriğinde icraya ilişkin hükümler de olması sebebiyle “arama kararı ve icrası” şeklinde olmasının daha uygun olacağı haklı olarak ifade edilmiştir, ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.339.

³⁵⁰ Alman Hukuku’ndaki benzer düzenleme için bkz. Alman CMK pr.105/1; WOHLERS, Arama, s.210, YENİSEY/OKTAR, s.129.

³⁵¹ ABD’de arama tedbirine başvurulmadan önce aranan kişinin veya eşyanın bulunduğu yer sulh ceza hâkiminden veya eyalet mahkemesi hâkiminden karar alınması zorunludur. Bkz. Rule 41/d of the Federal Rules of Criminal Procedure.

³⁵² Soruşturmanın hemen başında verilmesinin daha isabetli olacağı hususunda bkz. ÖNDER, s.430.

³⁵³ ÖZBEK/BACAŞIZ, s.182.

³⁵⁴ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf, AÜHF Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016, s.2375; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.186.

³⁵⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.520; ERCAN, s.207.

³⁵⁶ ÖZBEK/BACAŞIZ, s.186.

1. Karar Alma Usulü ve Hak ve Hürriyetlerin Korunması

Arama tedbirine başvurulması, çoğunlukla kolluğun³⁵⁷ veya Cumhuriyet Savcısının talebiyle başlatılır. Talepte bulunan makam, arama işlemi sonucunda delil elde edileceğine veya kişinin yakalanacağına ilişkin³⁵⁸ makul şüphenin oluştuğunu³⁵⁹ somut olgularla ortaya koymalıdır.

Uygulamada kolluk, zaman sınırlaması nedeniyle kısıtlı veya doğruluğu şüpheli bilgilerle arama kararı talep edebilmekte bu da hak ve hürriyete gereksiz müdahalelere neden olabilmektedir.³⁶⁰ Yukarıda da ifade edildiği üzere makul şüphe kavramının belirsizliği ve bu konuda objektif bir kriter olmayışı kolluğun işini zorlaştırmaktadır.³⁶¹ Bu sebeple kolluğun, talepte bulunmadan önce, yeterli bilgi toplamasının gerekli olduğu hususunda bilinçlendirilmesi ve bu konuda kendisine yeterli zaman verilmesi önemlidir.³⁶² Nitekim kolluğun, suçu önleme ve suç ve suçluları araştırma görevi yanında insanları tehlikelerden, özellikle hak ve hürriyetlerine yönelik tehlikelerden koruma görevi de vardır.³⁶³

2. Arama Kararı veya Emrinin İçeriği

Hak ve hürriyete yapılan müdahalenin orantılı olması, suiistimallere karşı etkin bir koruma sağlanması ve tedbirin etkilerinin sınırlanması adına arama kararı veya emri belirli, sınırları çizilmiş olmalı; ucu açık, belirsiz, geniş ifadeler

³⁵⁷ ABD’de de kolluk görevlileri, arama kararı alabilmek için, yeminli bir belge ile hâkime başvurur. Bkz. SCHEB II/SCHEB, s.442; DEL CARMEN, s.196; BACIGAL, Roland J., Criminal Law and Procedure An Overview, Delmar Cengage Learning, 3. Baskı, USA, 3. Baskı, 2009, s.176.

³⁵⁸ CRESPO, s.1304

³⁵⁹ Bkz. YCGK.; 23/02/2021, 2018/403 E. , 2021/49 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021:“...Arama konusunda karar verecek merciye iletilecek raporda; makul şüpheyi açıklayan bilgiler, makul şüphe sebebinin ne olduğuna dair bilgi ve emareler, bilginin kaynağı, aranan şeyin veya kişinin ne olduğu, bir kişi veya şeyin aranmak istenen yerde olduğuna dair duyulan inancın nedenleri açıklanmalıdır...”

³⁶⁰ TASLITZ, s.169.

³⁶¹ Bkz. Commonwealth v. Pridgett, 481 Mass. 437, 441 (2019), aktaran ELIKANN, s.13.

³⁶² TASLITZ, s.171.

³⁶³ FRIEDMAN/STEIN, s.285.

içermemelidir. Ayrıca arama kararı veya emrinde yer alan hususlar da soruşturmayla ilgili olmalıdır.³⁶⁴

a. Arama Kararı veya Emrinin Belirli Olması

Belirlilik, “yapılan düzenlemenin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini” ifade eder.³⁶⁵ Dolayısıyla belirlilik, hak ve hürriyete yapılan müdahalenin sınırlandırılması ve keyfi müdahalelerin önlenmesi bakımından zorunludur.³⁶⁶

Arama tedbiri bakımından, karar veya emirde, neyin ya da kimin aranacağı, süresi, neye ilişkin olduğu vb. hususlar kararda yer almış, dolayısıyla sınırları çizilmiş olmalıdır.³⁶⁷ Bu husus, kolluk görevlileri yönünden neyin veya kimin arandığının bilinmesine; muhatap yönünden ise arama kararının hangi şartlar altında ve hangi gerekçeyle alındığı hususunda hukuka uygunluk algısının oluşmasına hizmet eder.³⁶⁸

Belirlilik kuralının aksine genel, sınırları çizilmemiş, keşif aramasına³⁶⁹ yol açacak şekilde arama kararları verilemez. Karar veya emirde kişi, yer³⁷⁰, süre vb. unsurlar bakımından genel bir arama yapılmasına yol açabilecek şekilde genel

³⁶⁴ Bkz. AİHM, Avaz Zeynalov/Azərbaycan, nos.37816/12 ve 25260/14, 22 Nisan 2021, pr.86-89; Roemen and Schmit/Luxembourg, no. 51772/99, ECHR 2003-IV, pr. 70; Ernst and Others/Belgium, no.33400/96, 15 Temmuz 2003, pr.116; Bagiyeva/Ukraine, No. 41085/05, 28 Nisan 2016, prg 52.

³⁶⁵ AYM’nin 28/2/2013 tarih ve 2012/116 E., 2013/32 K. sayılı kararı, RG TARİH-SAYI 13/8/2013-28734.

³⁶⁶ ÇELİK, s.61; SİRMA, Arama, s.36.

³⁶⁷ ÜNVER/HAKERİ, s.419; GERCKE, Björn, Avukat Bürolarının Aranması, Çev. Prof.Dr. Hakan HAKERİ, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s.153.

³⁶⁸ YENİDÜNYA/İÇER, s.397; BACIGAL, s.179.

³⁶⁹ DEĞİRMENCİ, s.197.

³⁷⁰ YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

ifadeler kullanılması, hem temel hak ve özgürlüklere keyfi olarak müdahale edilmesine³⁷¹ hem de yapılan işlemin hukuka aykırı olmasına yol açacaktır.³⁷²

Alman Hukuku'nda, CMK'da böyle bir düzenleme yer almasa da³⁷³, ve ABD'de, arama kararının belirli olması gerektiği savunulmaktadır. ABD'de, genel arama kararlarının sebep olduğu hak ihlallerinin önüne geçmek amacıyla Anayasa'ya Ek madde 4³⁷⁴ eklenmiş ve arama kararında aranacak kişinin, yerin ve elkonulacak eşyaların³⁷⁵ açıkça tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir.³⁷⁶

b. Arama Kararı veya Emrinde Yer Alacak Hususlar

“Arama kararı veya emrinde, aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi ve aranılacak eşyanın elde edilmesi halinde buna elkonulup elkonulmayacağı”³⁷⁷ hususlarının açıkça gösterilmesi

³⁷¹ ERCAN, s.207; SIRMA, Arama, s.36.

³⁷² Bkz. Y. 7. CD., 12/03/2015, 2013/5178-23749 E.-K. sayılı kararı (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018: “Somut olayda...aranılacak kişi, aramanın nedenini oluşturan fiil de belli değildir... Bu şekilde 1 numaralı iş yerinden başlayıp 25 numaralı iş yerinde biten adli arama yapılmasına izin verilmesi, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesi amacını aşan ve genel arama boyutuna ulaşan keyfiliğe kaçan kişilerin hukuk güvenliğini ihlal eden yasaya aykırı bir karar olur ki, böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğu kabul edilemez...”; Bkz. AİHM, Niemietz/Almanya, no. 13710/88, 16 Aralık 1992, pr.37: “... Mahkeme, hiçbir sınırlama getirilmeden, suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve elkonulması gibi geniş terimlere yer verilmiş olduğunu belirlemiş ve özel yaşama ve konuta saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır; aynı yönde Bkz. AİHM, Aydemir/Türkiye, no. 17811/04, 24 Mayıs 2011; Van Rossem/Belçika, no. 41872/98, 09 Aralık 2004, pr. 45; Buck/Almanya, no.41604/98, 28 Nisan 2005, pr. 50.

³⁷³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.340 dn. 320.

³⁷⁴ ABD Anayasası Ek Madde 4: “Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranması ve bunlara elkonulmasına karşı başışıklıkları ihlal edilemeyecek ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir.”; ayrıca Rule 41(e-2-a) of the Federal Rules of Criminal Procedure.

³⁷⁵ ABD Yüksek Mahkemesi, “benzer eşyalar” a elkonulmasını emreden arama kararının, Anayasa Ek Madde 4'te düzenleme altına alan hakları koruma amacından uzaklaştığını, bunun için eşyanın belirli olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Lo-Ji Sales, Inc. v. New York, 442 U.S. 319 (1979), aktaran KAKADE, s.813.

³⁷⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, 2016, s.398.

³⁷⁷ 5313 sayılı Kanun ile CMK m. 119/3 değiştirilerek arama kararının elkoyma kararını da içerebileceği hüküm altına alınmıştır. Değişiklik gerekçesi: 119'uncu maddenin üçüncü fıkrasındaki “Arama sonunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda 127'nci maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır cümlesi metinden çıkarılmıştır. Bu değişiklikle, arama sonucunda gerçekleştirilecek elkoyma işlemine işlerlik kazandırılması amaçlanmıştır. Böylece, arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda,

gerekmektedir (CMK m.119/2).³⁷⁸

Buradaki “fiil”den kasıt, ceza hukuku anlamında fiil değil, ceza muhakemesi anlamında muhakemenin konusunu oluşturan olayın bütünüdür.³⁷⁹ Fiil gösterilirken fiile ilişkin eldeki, mağdur anlatımı, tanık beyanı, kamera kaydı gibi mevcut bilgiler ve deliller de tam olarak ortaya konulmalıdır.³⁸⁰ ³⁸¹ Uygulamada, fiil anlatılmadan yalnızca ilgili kanun maddesinin gösterildiği görülmekte, böyle bir yaklaşım ise savunma hakkını zedelemekte, neredeyse ortadan kaldırmaktadır.³⁸²

Kişi bakımından, yakalama amaçlı aramalarda, şüpheli ya da sanığın kimlik bilgileri, bu mümkün değilse “hangisi” sorusuna cevap verecek şekilde kişisel özellikleri, eşkâl bilgileri, ayırt edici özellikleri tam olarak belirtilmelidir.³⁸³ ABD’de düzenleme bu yöndedir.³⁸⁴ Eğer şüpheli ya da sanığın yalnızca herhangi bir yerde olduğuna dair bir bilgi varsa, bu durumda bir başka kişinin haksız yere yakalanmasını önleyici bilgilerin yazılması zorunludur.³⁸⁵

bunun için ayrıca bir karar veya yazılı emir alınmasına gerek kalmayacak, arama karar veya emrinde, elkoyma yetkisi de verilebilecektir.

³⁷⁸ ABD Hukuku’nda benzer bir düzenlemenin yer aldığı hususunda bkz. SCHEB II/SCHEB, s.442; DEL CARMEN, s.196; BACIGAL, s.176.

³⁷⁹ GÖKTÜRK, s.18; ayrıntılı bilgi için bkz. PEKMEZ, Tuba KELEP, Ceza Muhakemesinde Fiil, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

³⁸⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.341.

³⁸¹ Y. 7. CD., 27/11/2013, 2013/5178 E., 2013/23749 K. sayılı kararı: “..., aramanın nedenini oluşturan fiile de yer verilmeksizin verilen... yasaya aykırı bir karar olacağından, böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğunun kabul edilemeyeceği...”, aktaran YERDELEN/DEĞERLİ, s.1358, dn. 76.

³⁸² ÖNOK, s.277.

³⁸³ Y. 7. CD., 27/11/2013, 2013/5178 E., 2013/23749 K. sayılı kararı: “..., aranılacak kişiye... yer verilmeksizin verilen... yasaya aykırı bir karar olacağından, böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğunun kabul edilemeyeceği...”, aktaran YERDELEN/DEĞERLİ, s.1358, dn. 76; Y. 21. CD., 14/01/2016, 2015/5179 E., 2016/308 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi:20/02/2018: “...Bu bağlamda, sanığın evinde yapılan arama sırasında eşine ait arabada sahte belgelerin bulunduğu ilişkin makul şüphenin ortaya çıkması halinde, sanık hakkında alınmış olan arama kararı ile eşine ait arabada arama yapılması mümkün değildir.”

³⁸⁴ Rule 41(e) of the Federal Rules of Criminal Procedure.

³⁸⁵ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.40.

Eşya bakımından, delil amaçlı aramalarda, aranılacak eşyanın ne olduğu veya neyle ilgili olduğu³⁸⁶, eğer araç araması yapılacaksa aranacak aracın plakası, markası ve modeli de tam olarak belirtilmelidir.³⁸⁷ Örneğin, “çalıntı eşya” gibi belirsiz bir ifade yerine “X marka 25 inch ekran LCD televizyon”, silah yerine “revolver marka silah” veya “adam yaralama suçunda kullanılan bıçak”, aranacak eşyanın ne olduğunun teker teker belirtilmediği durumda, buna gerek olmadığı yönündeki aksi görüşe rağmen³⁸⁸, en azından tür olarak (uyuşturucu madde, silah vb.) gibi belirli bir ifade kullanılmalıdır.³⁸⁹ Uygulamada ise zaman zaman buna dikkat edilmediği ve bütün eşyaların çuvala doldurulması gibi bir uygulamaya başvurulduğu görülmektedir.³⁹⁰

Yine, arama yapılacak konut veya diğer yerlerin adresi, daire numarasına kadar, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde³⁹¹ tam olarak belirtilmelidir. Karar veya emirde gösterilmeyen konut veya diğer yerlerde arama işlemi yapılamaz.³⁹²

³⁸⁶ SAMAHA, s.179.

³⁸⁷ AİHM, Ilıya Stefanov/Bulgaristan, no. 65755/01, 22 Ağustos 2008, pr. 41: “Ancak mahkeme, gerek arama kararı başvurusunun gerekse arama kararının kendisinin başvurucunun bürosunda hangi belge ve maddelerin elde edilmesinin beklendiği veya bunların soruşturmayla nasıl bir ilgilerinin bulunduğu belirtilmediğine işaret etmektedir... Mahkemenin içtihatlarına göre, arama kararları uygulanabilir olduğu kadar etkisini makul sınırlarda tutmaya yönelik biçimde düzenlenmelidir...” Aktaran SOYGÜT ARSLAN, s.121; benzer yönde AİHM, Smirnov/Rusya, no.71362/02, 7 Haziran 2007: Başvuru konusu olayda müdafiliğini üstlendiği bir grup davalı sebebiyle başvuru avukatının evinde arama yapılmış, bir takım belgelere ve bilgisayarının anakartına elkonulmuştur. AİHM kararında; ...verilen arama emrini geniş ve belirsiz olduğu, polise hangi belge ve nesnelere elkonulacağı konusunda sınırsız derecede bir takdir hakkı verildiği...Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir, aktaran AKBEY, s.75.

³⁸⁸ KESKİN-KİZİROĞLU, Arama ve Elkoyma, s.149.

³⁸⁹ DEL CARMEN, s.198; BACIGAL, s.179.

³⁹⁰ ÖNOK, s.278.

³⁹¹ DEL CARMEN, s.198.

³⁹² YENİSEY/NUHOĞLU, s.406, ayrıca bkz. Y. 7. CD., 27/11/2013, 2013/5178 E., 2013/23749 K. sayılı kararı, aktaran YERDELEN/DEĞERLİ, s.1358, dn. 76; bkz. AİHM, Aydemir/Türkiye, no. 17811/04, 24 Mayıs 2011: “AİHM, arama tedbirine bir tünel yoluyla tutukluların hapisten kaçmalarını engel olmak amacıyla başvurulduğunu değerlendirmektedir. Hâkimin hangi delillere dayanarak arama kararını çıkardığı açık bir şekilde ortaya konulamamış, yalnızca emniyet müdürlüğünün Cumhuriyet savcısına gönderdiği yazıda yer alan oldukça genel, kısa ve öz açıklamalarla yetinilmiştir. Bu noktada AİHM, ilgili şahısların evlerinde arama yapılmasını gerektirecek somut deliller olmadığı hususunu tespit etmektedir. Burada, sadece cezaevi yakınlarında bulunan kırk dokuz adresle ilgili yoğun bir polis operasyonu yapıldığını not etmektedir. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahale, sistematik bir biçimde cezaevinin hemen yakınında bulunan tüm evleri hedef alan bir tedbirdir.”

Süre bakımından, karar veya emirde gösterilen süre boyunca arama işlemi yapılabilir; kararda belirtilen sürenin geçmesiyle birlikte arama yapma yetkisi de ortadan kalkar. Arama kararının geçerli olacağı süre, her olayın özelliğine göre makul bir süre olarak belirlenebilir.³⁹³ Ancak sürenin belirlenmesinde, olaya ilişkin makul şüphenin devam ediyor olması önemlidir. Bu sebeple arama işleminin makul şüphenin devam ettiği kısa süre içinde yapılmasında fayda vardır.³⁹⁴ Dolayısıyla, olayın özelliği ile uyumlu olmayan, geniş kapsamlı sürelerin belirlenmesi, hâkime ait olan yetkinin kolluğa devri anlamına geleceği gibi³⁹⁵, yapılan işlemi hukuka aykırı hale de getirebilir.³⁹⁶ ³⁹⁷ Bu çerçevede, “Gecikmesinde sakınca bulunan hal”lerde, arama emrinin geniş bir zaman dilimini kapsamaması, aramanın mahiyeti ile uyumlu değildir; bu durumda arama emrinin en kısa sürede icra edilmesi gereklidir.³⁹⁸ Ayrıca, arama kararı, soruşturmaya konu olan olayların esaslı bir şekilde değişmesi halinde, belirlenen süreden önce de hükümsüz hale gelebilir.³⁹⁹

Alman Anayasa Mahkemesi, hâkim tarafından verilen arama kararının, ceza takibatıyla görevli makamların arama kararlarını depodan çıkarmalarının önüne geçmek amacıyla⁴⁰⁰, en fazla 6 ay süreyle geçerli olacağına, bu sürenin sonunda ise hükümsüz olacağına karar vermiştir.⁴⁰¹

³⁹³ ÖZBEK/BACAKSIZ, s.185.

³⁹⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1230; YENİSEY/NUHOĞLU, s.406; BAKIM, Sevi, Arama, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:164, Ağustos 2016, s.4173.

³⁹⁵ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.41.

³⁹⁶ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.55.

³⁹⁷ ÖNOK, s. 298; ayrıca bkz. YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi:20/02/2018.

³⁹⁸ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.41.

³⁹⁹ GERCKE, s.154.

⁴⁰⁰ WOHLERS, Arama, s.211.

⁴⁰¹ ÖZBEK/BACAKSIZ, s.185 dn. 60.

ABD’de arama kararının uygulamaya konulması belirli sürelerle sınırlıdır.⁴⁰² Bunun yanında ABD’de, farklı bir uygulama olarak, ileri bir tarihte bir yere bir paketin gönderileceğinin öğrenilmesi gibi durumlarda,⁴⁰³ ileri tarihli arama kararları da verilebilmektedir.⁴⁰⁴



⁴⁰² Rule 41(e) of the Federal Rules of Criminal Procedure.

⁴⁰³ BACIGAL, s.179.

⁴⁰⁴ United States v. Grubbs, 547 U.S. 90, 126 S.Ct. 1494, 164 L.Ed.2d 195 (2006), aktaran SCHEB II/SCHEB, s.447; DEL CARMEN, s.197.

3. Hâkim Kararıyla Arama

Temel hak ve hürriyetler ancak hâkim kararı ile kısıtlanabilir.⁴⁰⁵ Hâkimler, bağımsız yargıyı temsil eder ve özgürlüklerin teminatıdır. Bu sebeple arama tedbirine başvurulmasından önce, hak ve hürriyetlerin koruyucusu sıfatıyla⁴⁰⁶, tarafsız ve bağımsız olan⁴⁰⁷, hâkim kararı aranır.⁴⁰⁸ Böylelikle arama tedbirine maruz kalan kişiler açısından, hak ve hürriyetlerin korunması hususunda güvence sağlanmış olur.⁴⁰⁹ Bu bakımından arama kararı, hak ve hürriyete müdahalenin hukuka uygun olduğunun da bir göstergesidir.

Arama kararı verecek olan hâkim, talepte bulunan makam tarafından ulaştırılan bilgileri değerlendirerek, makul şüphenin oluşup oluşmadığını, objektif olarak denetler. Arama tedbiri için karara ihtiyaç duyulmasının nedeni budur.⁴¹⁰ Böylece, hak ve hürriyete müdahalenin keyfi olup olmadığı hususu ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmuş olur.⁴¹¹ Ancak, uygulamada bu hususta ayrıntılı bir inceleme yapıldığını söylemek zordur.⁴¹²

Hâkim, kanunda sayılan şartların oluştuğuna kanaat ettiğinde arama kararı, şartların oluşmadığına kanaat ederse ret kararı verir. Uygulamada hâkimin ret kararı üzerine, Cumhuriyet savcısı tarafından, “gecikmesinde sakınca olduğundan bahisle”, arama emri verildiği görülmektedir. Bu aşamada

⁴⁰⁵ TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 6. Baskı, 2004, s.127, aktaran ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.94.

⁴⁰⁶ SOYASLAN, İdari Denetim, s.2880.

⁴⁰⁷ Johnson v. United States, 333 U.S. 10 (1948), aktaran DEL CARMEN, s.199.

⁴⁰⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1142; SOYASLAN, Ceza Muhakemesi, s.295; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.183; KREMENES, s.1621; BASDEO, Vinesh. "A Critique of Search and Seizure in Terms of a Search Warrant in South African Criminal Procedure: A Comparative Analysis." African Journal of International and Comparative Law, vol. 27, no. 4, 2019, s.517.

⁴⁰⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.339; BIÇAK, s.664; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.183.

⁴¹⁰ GRANO, s.506; Fourth Amendment — Exclusionary Rule — Seventh Circuit Holds That Evidence Gathered Through an Unlawful Search of a Home May Be Admissible Under The Independent Source Doctrine Even If Tainted Evidence is Described in the Warrant Application. — *United States v. Huskisson*, 926 F.3d 369 (7th Cir. 2019), Harvard Law Review, Vol.133, 2020, s.1660.

⁴¹¹ GRANO, s.520.

⁴¹² ÖNOK, s.275.

Cumhuriyet savcısı, arama talebinin hâkim tarafından reddi halinde itiraz kanun yoluna başvurabilir⁴¹³ veya yeni bir durum ortaya çıktığında hâkimden yeni bir arama kararı talep edebilir. Cumhuriyet savcısının bu yollara başvurmayarak doğrudan arama emri vermesi, hem dürüst işlem ilkesine ve usuli hükümlere aykırılık teşkil eder⁴¹⁴ hem de kanunun dolanılmasını sağlayarak, hak ve hürriyetler üzerindeki hâkim güvencesini ortadan kaldırır.⁴¹⁵

Arama kararını, genel görev kuralları gereği, “soruşturma evresinde aramanın yapılacağı yer sulh ceza hâkimi”, “kovuşturma evresinde ise mahkeme veya acele hallerde mahkeme başkanı” verir.^{416 417}

Hâkim kararıyla kişilerin üstü, eşyası, konutu, işyeri veya diğer yerler aranabilir, kuralın istisnası yoktur.

⁴¹³ Bkz. YCGK., 25/11/2014, 2014/8-166 E. ve 2014/514 K. sayılı kararı: “...Cumhuriyet savcısı tarafından bu karar karşı itiraz kanun yoluna başvurulmaksızın...” aktaran, KAZAKER, Gözde, Karar İncelemesi-2, Adli Arama, Ceza hukuku Dergisi, Sayı:27, Nisan 2015, s.149; aynı yönde bkz. Y.7. CD, 17/03/2021, 2018/13746 E., 2021/4365 K., (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

⁴¹⁴ Aynı yönde AKSOY, s.118; ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.151, ERDAGÖZ, Özcan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s.92, Bozdoğan Sulh Ceza Mahkemesi’nin 02.04.2013 tarihli ve 2013/63-124 E-K sayılı direnme kararı, Aktaran, KAZAKER, s.147.

⁴¹⁵ KAZAKER, s.164; WOHLERS, Arama, s.211.

⁴¹⁶ CMK m.119/1 ve AÖAY m.7’de yalnızca hâkimden söz edilmesi, buna karşın mahkemeden söz edilmemesi, arama tedbirine yalnızca soruşturma evresinde başvurulabileceği gibi hatalı yorumlara yol açabilecek önemli bir eksikliktir. Yapılacak kanun değişikliğiyle soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin kovuşturma evresinde ise mahkemenin arama kararı verebileceği açıkça düzenlenmelidir, ÜNVER/HAKERİ, s.413.

⁴¹⁷ 4483 sayılı Kanun’da hâkim kararı alınması hususunda bazı kamu görevlileri bakımından farklı bir düzenleme getirmiştir (m. 12/2).

4. Cumhuriyet Savcısının veya Kolluk Amirinin Yazılı Emriyle Arama

Arama tedbirine, belirli şartlarda, Cumhuriyet Savcısının veya kolluk⁴¹⁸ amirinin⁴¹⁹ yazılı emriyle de başvurulabilir.^{420 421} Her iki makam da yazılı emir verirken, aramaya ilişkin tüm şartları değerlendirmelidir.⁴²² Ayrıca yazılı emir, denetime olanak sağlayacak şekilde dosyada mevcut bulunmalıdır.⁴²³ Aksi uygulama bozmayı gerektirir.⁴²⁴

Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle de kişilerin üstü, eşyası, konutu, işyeri veya diğer yerler aranabilir. “Kolluk amirinin yazılı emri ile ise konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda⁴²⁵ arama işlemi yapılamaz”

⁴¹⁸ Kolluk ve kolluk amirinin kapsamı için bkz. CMK m. 164/1, AÖAY m. 4 ve Adli Kolluk Yönetmeliği m. 3. Ayrıca bkz. Y. 3. CD., 25/09/2006, 2006/9884 E., 2006/6845 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018: “5271 sayılı CMK’nun 119. maddesi ve yönetmeliğinin 4. Maddesine göre orman muhafaza memurları kolluk tanımı içerisinde yer almadıkları, mahkeme kararının usul yönünden arama talebinin reddine ilişkin gerekçesinde belirtilmesi karşısında, orman muhafaza amirinin emri ile arama yapılamayacağı cihetle...”.

⁴¹⁹ Doktrinde kolluk amirine bu yetkinin verilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.467.

⁴²⁰ CMK’nın ilk halinde kolluğa arama yetkisi verilmemiş ve bu husus, “suçlulukla mücadelenin imkânsız hale geleceği” gerekçesiyle eleştirilmişti. CMK’nın suç işlenmeden önce bir fonksiyonunun olmadığı, ancak suç işlendikten sonra devreye gireceği dikkate alındığında bu iddianın dayanaktan yoksun olduğu görülecektir. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s.565.

⁴²¹ “Cumhuriyet savcısının emrinin yazılı olmasının aranması hem de uygulamada savcıya ulaşılamaması nedeniyle, arama koruma tedbirine başvurulamaması, onun yerine yakalama ve hemen sonrasında gözaltı tedbirine başvuruluyor olması, madde metninde değişiklik yapılmasını gerekli kılmıştır. Bunun üzerine “2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun değişikliği” ile kolluk amirine de arama emri verme yetkisi verilerek, hem kolluğa olan güven gösterilmiş, hem de yetkinin kullanımı bakımından bir denge sağlanmaya çalışılmıştır.” Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, “Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu”, s.495-524; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.344.

⁴²² Bkz. Y. 7. CD., 24/05/2021, 2018/18999 E., 2021/6467 K.: “...Dosya kapsamına göre; İlçe Jandarma Komutanlığının 07.10.2014 tarihli arama kararı verilmesine ilişkin talep yazısına "OLUR" şeklinde derkenar yazı yazılarak arama işleminin yapıldığı...” (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

⁴²³ Y. 8. CD., 31/03/2009, 8242-5029 E.-K. sayılı kararı (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁴²⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1231

⁴²⁵ Kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışarıdan bakıldığında kapalı olduğu anlaşılan ve herkesin kullanımına açık olmayan alanlardır. Örneğin tavuk çiftlikleri, bahçe vb. alanlar kamuya açık olmayan kapalı alanlardır. Kamuya açık kapalı alanlar ise alışveriş merkezleri, marketler gibi dışarıdan bakıldığında kapalı olan ancak herkesin kullanımına açık olan alanlardır. “Kamuya açık olan kapalı alanlarda yer alan kamuya kapalı alanlarda”, örneğin marketlerin içinde yer alan personele ayrılmış özel bölüm gibi, ise yine kamuya kapalı alan olarak kabul edilir ve buralarda kolluk amirinin yazılı emriyle arama işlemi yapılamaz. Bkz. KARAKEHYA, s.250; KESKİN-KİZİROĞLU, Arama, s.153.

(CMK m. 119/1). Dolayısıyla “kolluk amirinin yazılı emri ile yalnızca üst, eşya araması ve kamuya açık kapalı alanlarda arama yapılabilir”.⁴²⁶

Kolluk amirinin arama yetkisinin kapsamı bakımından, arama yetkisinin düzenlendiği “CMK m. 119/1’in son cümlesi”, anlam karışıklığına neden olabilecek niteliktedir.⁴²⁷ Her ne kadar madde metninin tamamından böyle bir anlam çıkmasa da son cümlenin lâfzî yorumundan, “Cumhuriyet savcılığına derhal bildirmek şartıyla kolluk amirinin yazılı emri ile de konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama yapılabileceği” yönünde bir anlam ortaya çıkmaktadır. Anlam karışıklığının önüne geçmek için, son cümlenin, maddenin ikinci cümlesi olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.⁴²⁸

Son olarak düzenleme, suçla etkin mücadele etmek adına kamu düzenine dayansa hatta Anayasal bir temele sahip olsa da temel hak ve hürriyetlere müdahale yetkisini genişletmekte ve bu yetkiyi idari makamlara devretmektedir. Esasında bu haklara müdahale edilmemesi asıl, hâkim kararıyla müdahale edilmesi istisnadır.⁴²⁹ Ancak bu yolla istisnanın da istisnası oluşturulmaktadır. Ayrıca, kolluk ile yakın mesai ilişkisi içinde olan Cumhuriyet savcısının ve olayı bizzat soruşturmakla görevli kolluk amirinin, tarafsız ve bağımsız bir şekilde karar verebilmesi de her zaman mümkün olamayabilmektedir.⁴³⁰

⁴²⁶ Doktrinde, “kolluk amirine Cumhuriyet savcısına nazaran daha kısıtlı yetki tanınması, kolluk amirine tanınan arama yetkisinin konusuna giren üst, eşya ve kamuya açık kapalı alanların, özel hayatın gizliliği ve kişi dokunulmazlığı ile ilgili olduğu halde, daha az önemsiz gibi algılanmasına neden olduğu sebebiyle”, haklı olarak, eleştirilmektedir. Bkz. İNCİ, Z.Özen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu, AÜHF Dergisi, Sayı: 65/4, Yıl: 2016, s.2030-3031.

⁴²⁷ Madde 119 – (1) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.

⁴²⁸ ÜNVER/HAKERİ, s.418.

⁴²⁹ İNCİ, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, s.2007.

⁴³⁰ KREMENES, s.1621.

a. Arama Emri Yazılı Olmalıdır

Arama emrinin yazılı olması şartı, hak ve hürriyetlerin korunması bakımından önemli bir güvencedir.⁴³¹ Ayrıca, arama emrinin geçerli olup olmadığının ve sınırının denetlenebilmesi ve hukuka aykırı bir arama işlemine karşı ispat aracı olması⁴³², arama işlemine başlamadan önce, CMK m. 121/1 kapsamında ilgiliye verilebilmesi için de arama emrinin yazılı olması zorunludur.⁴³³

Bu bağlamda, telefonla veya sözle, SMS, e-posta gibi mesaj yoluyla⁴³⁴ veya faksla⁴³⁵ arama emrinin iletilmesi hukuken geçerli değildir ve bu şekilde iletilen arama emri üzerine işlem yapılamaz. Ayrıca, önceden hazırlanan ve imzalanan formların, kolluk tarafından doldurulması suretiyle yazılı emir düzenlenmesi de yetki devrine neden olması sebebiyle, kabul edilmemelidir.⁴³⁶

Hatta yazılı emir konusundaki Anayasa⁴³⁷ ve CMK'nın amir hükmü karşısında, doktrindeki aksi görüşe⁴³⁸ rağmen, “acele hallerde arama emrinin

⁴³¹ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN
AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.520.

⁴³² ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.153, YENİDÜNYA/İÇER, s.371.

⁴³³ ÖNOK, s.294.

⁴³⁴Doktrinde, “Cumhuriyet savcısı tarafından e-posta, SMS vb. yollarla verilen emirlerin, arama emrinin bir nüshasının aranana kişiye verilmesi zorunluluğu karşısında, en geç arama işlemi tamamlanıncaya kadar yazılı hale dönüştürülebileceği” savunulmaktadır. Bkz.GÜLŞEN, Recep, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc, s.4, Erişim Tarihi: 02/05/2017.

⁴³⁵Bunun yanında, sonradan orijinal metin gönderilmek kaydıyla faksla verilen emrin de faksın hangi makamdan çekildiği belli olduğu için, yazılılık şartını sağlayacağı savunulmaktadır. Bkz. YİĞİT, Nuri, Arama, Elkoyma ve Gizli Koruma Tedbirleri, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/155.doc, s.6, Erişim Tarihi: 02/05/2014; Kanaatimce imza konusunda tereddüt yaşanma ihtimali ve orijinal metnin yerine kullanılamaması sebebiyle, faksla gönderilen arama emriyle işlem yapılmamalıdır.

⁴³⁶ PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2008, s. 480.

⁴³⁷ AYM, 2001 Anayasa değişikliği sonrasında, mülga CMUK'un arama tedbirini düzenleyen 97. Maddesinin 1. Fıkrasının 2. Cümlesinde yer alan ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı ve kolluk memurlarının arama yapabileceğini düzenleyen hükmü, yazılı emir güvencesinden yoksun olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Bkz. AYM, 12/10/2005, 2003/38 E., 2005/63 K., RG TARİH SAYI: 06/05/2006-26160.

⁴³⁸KAHRAMAN, Arama, s.350; ÖZEN, Mustafa, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Üzerine Düşünceler, TBB Dergisi, Sayı: 68, 2007, s.399, Yazılılık koşulunun acil durumlarda da şart koşulmasının, suçla mücadeleyi zayıflattığı ve suçların artmasına neden olması gerekçesiyle, kaldırılması hakkında bkz.

önce sözlü ya da telefonla verilip sonradan yazılı hale getirilmesi” de mümkün değildir.⁴³⁹ Böyle bir uygulama birkaç açıdan sakıncalıdır. Öncelikle, temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkileyen arama tedbirine sözle karar verilmesi, kişiler bakımından temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda var olan güvenceyi ortadan kaldıracaktır. İkinci olarak, bu uygulama hukuka aykırı aramayı hukuka uygun hale getirmek için delil üretilmesi sonucunu doğurabilecektir. Üçüncü olarak, aramanın hukuka aykırı olduğunun sonradan anlaşıldığı durumlarda, emri kimin verdiğinin ispatı hususunda sorun yaşanabilir ve bu durum da aramayı yapan kolluk görevlileri bakımından cezai sonuç doğurabilir.⁴⁴⁰ Son olarak, sözlü emir veren makam, emri verdikten sonra verdiği emrin hukuka aykırı olduğu kanaatine varıp, emrinden dönmek istediğinde, bunu kolluğa ulaştıramayabilir ve bu durum da yine kolluk için de cezai bir sorumluluk doğurabilir.⁴⁴¹

Doktrinde, aşağıda incelenecek olan, “gecikmesinde sakınca olan hallerde dahi yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin aranmasının, uygulamada asla kabul

DERDİMAN, Ramazan C., The Condition of Search Warrant in Turkish Law for Urgent Cases of Search and Comperative Law, World Applied Science Journal 8 (4), 2010, s.509-526; ERDAGÖZ, s.118.

⁴³⁹ YILMAZ, Arama, s.265; DOĞAN, s.172.

⁴⁴⁰ ERDAGÖZ, s.108.

⁴⁴¹ Mevzuatımızda bu kuralın tek istisnası, kamuoyunda “İç Güvenlik Paketi” olarak da adlandırılan “6638 sayılı Kanun” değişikliği ile getirilen, kolluk amirine, durdurma sonrası acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emir verme yetkisi tanıyan, “Durdurma ve Kimlik sorma” başlıklı PVSK m. 4A/6 ve AÖAY m. 27/7 hükmüydü. Ancak, Anayasa’ya açıkça aykırı olan bu hüküm (PVSK m. 4A/6), AYM tarafından, “gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde hâkim kararı olmaksızın, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yazılı emir şartı yerine getirilmeden arama yapılmasına imkân tanıdığı için, Anayasa’nın 20. Maddesine aykırı olduğu” gerekçesiyle, isabetli biçimde, iptal edilmiştir. Bkz. AYM’nin 4/5/2017 tarih ve 2015/41 E. ve 2017/98 K. sayılı kararı. AYM’nin iptal kararından önce de doktrinde, “yapılan değişikliğin çok açık olarak Anayasa’nın ‘yazılı emir şartını getiren amir hükmüne’ (Anayasa m. 20) aykırı ve keyfi uygulamalara kapı açabilecek nitelikte olduğu, yüküklükten kaldırılması gerektiği” ifade edilmekteydi. Bkz. BAYTAZ, Abdullah Batuhan, 6638 sayılı Kanun ile PVSK ve CMK’da Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İÜHFM Cilt: LXXIII, Sayı:2, Yıl: 2015, s.34; SÖZÜER, Adem/DÜLGER, İbrahim/DURSUN, Selman/TALAS, Serdar/MADEN, Mehmet/PLAGEMAN, Gottfried/TOPÇUOĞLU, Tuba, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin “İç Güvenlik Paketi” İle İlgili Değerlendirmeleri, İstanbul, 2015 (<http://www.canakkalebarosu.org.tr/Print.aspx?ID=40035&Tip=Haber>, 12.07.2015), Erişim tarihi: 08/12/2016; ŞEN, Ersan, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Değişikliği, <http://www.polisinsesi.com/adli-ve-onleme-aramalari-yonetmeligi-degisikligi/4059/> Erişim tarihi: 08/12/2016.

edilemeyecek sonuçların doğmasına yol açabileceği savunulmaktadır. Buna örnek olarak da polis tarafından fark edilmesi halinde bir canlı bombanın üstünde, okul önünde uyuşturucu madde satmaya çalışırken görülen bir kimsenin üstünde veya çantasında, yazılı emir olmadan arama işlemi yapılamayacak, ancak aramadan daha ağır olan yakalama tedbirine başvurulacak olması⁴⁴² ve kendisine karşı silahlı saldırı düzenlenen kişinin bulunduğu evden yardım çağrılarında bulunmasına rağmen, evine girilip arama yapılamayacak olması” hususları gösterilmektedir.^{443 444}

Kanaatimce, yukarıda verilen örnekler öne sürülerek, “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” de olsa, kolluğun yetki alanını genişletmesi⁴⁴⁵ ve temel hak ve özgürlükler üzerindeki güvenceyi ortadan kaldırması nedeniyle, “yazılı emir” kuralından ayrılmamalıdır. Her ne sebeple olursa olsun sözlü emirle özel hayatın gizliliğine müdahale edilmesi, en başta ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır (Anayasa m. 13).⁴⁴⁶ Yukarıdaki birinci ve ikinci örnekte “suçüstü hali” söz konusudur ve buna dayanarak yakalama ve kaba üst araması yapılabilecektir (CMK m. 90/4, AÖAY m. 8/1.b, YGİY 6/2). Ayrıca, arama tedbiriyle delil elde edilmesi amaçlandığı dikkate alındığında, yukarıda verilen iki örnekte de kişiler yakalandıktan sonra derhal aranmalarını gerektiren bir durum söz konusu değildir; dolayısıyla yakalama işleminden sonra da yazılı emir üzerine arama tedbirine başvurulabilir. Üçüncü örnekte ise “ağır cezalı bir suçun önlenmesi”

⁴⁴² ÖZTÜRK/ERDEM, s.586; benzer yönde ÖKTEN, s.14; ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.154.

⁴⁴³ AKSOY, s.76 vd.

⁴⁴⁴Almanya’da arama kararının biçimine ilişkin bir düzenleme CMK’da yer almamaktadır. Acele durumlarda arama emrinin telefonla ya da sözlü olarak verilebileceği kabul edilmekte, ancak hâkim kararının mutlaka yazılı olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. GERCKE, s.153; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.520 dn.230.

⁴⁴⁵ DOĞAN, s.164.

⁴⁴⁶ BAYTAZ, s.34.

için (PVSK m. 20/1) veya “evden gelen yardım çağrılarını zerine” (AAY m. 8/1-f) konuta girilebilecektir.^{447 448}



⁴⁴⁷ Benzer yönde ERDAGÖZ, s.121.

⁴⁴⁸Avustralya, İtalya, İngiltere, Almanya ve Fransa gibi bazı ülke kanunlarında, “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde”, yazılı bir emir veya karar olmaksızın arama yapılabileceği hususu düzenleme altına alınmıştır. Bunun yanında AIHS m. 8’de, kanunla düzenleme dışında, sınırlayıcı bir hüküm getirilmemiştir. Bkz. ERDAGÖZ, s.118.

b. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Bir Hal Bulunmalıdır

“Gecikmesinde sakınca bulunan hal” istisnası, şüpheliye veya sanığa ve delillere en kısa sürede ulaşarak⁴⁴⁹, hazırlık soruşturmasının çabuk yapılabilmesi⁴⁵⁰ ve sosyal düzenin korunması⁴⁵¹ amacıyla kabul edilmiştir. Ancak kavramın genişliği, hak ve hürriyetlere müdahale alanını genişletmektedir.

aa. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı

Sakınca, “çekinilmesi, dikkatli olunması gereken, sakınmayı gerektiren durum, mahzur” anlamına gelmektedir.⁴⁵² Doktrinde⁴⁵³ bu kavramın yerine kullanılan tehlike ise “büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum, muhatara; gerçekleşme ihtimali bulunan fakat istenmeyen sakıncalı durum” anlamına gelmektedir.⁴⁵⁴ Dolayısıyla sakınca kavramı tehlike kavramına, buradan hareketle “gecikmesinde sakınca” kavramı da “gecikmede tehlike” kavramına oranla daha geniş bir anlama sahiptir.

Bu bağlamda, gecikmede sakınca kavramı, hak ve hürriyetlere müdahalenin alanını genişletmektedir.⁴⁵⁵ Bu bakımdan kavram Kanun’da, “gecikmesinde sakınca” olarak düzenlenmiş olsa da “gecikmede tehlike” olarak anlaşılmalıdır.

⁴⁴⁹ İNCİ, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, s.2004.

⁴⁵⁰ GÜLŞEN, Arama, s.3.

⁴⁵¹ CMK’nın Genel Gerekçesi.

⁴⁵² <https://sozluk.gov.tr> Erişim tarihi: 08/12/2014.

⁴⁵³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.838; Kavramın gecikmede tehlike olarak anlaşılması gerektiği hususunda bkz. İNCİ, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, s.2003.

⁴⁵⁴ <https://sozluk.gov.tr> Erişim tarihi: 08/12/2014

⁴⁵⁵ İNCİ, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, s.2003; GÖKCEN, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1994, s.217.

Buradan hareketle “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kavramı, gerekli çaba gösterilmesine rağmen hâkime ulaşılamaması⁴⁵⁶ veya ulaşmak için geçecek olan zaman zarfında delillerin kaybolması⁴⁵⁷ veya kişinin kaçma tehlikesinin objektif olarak ortaya çıkması şeklinde ifade edilebilir.^{458 459 460} Burada tehlikenin objektif olarak ortaya çıkması, ihtimale dayalı bir değerlendirme yapılarak kavramın geniş yorumlanması önüne geçmek bakımından gereklidir.⁴⁶¹

Alman Hukuku’nda ise gecikmede sakınca, hâkim kararı alınıncaya kadar geçen sürenin tedbirin amacına ulaşmasına gölge düşürebileceği hallerde söz konusu olur.^{462 463}

⁴⁵⁶ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.285; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.345.

⁴⁵⁷ İNCİ, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, s.2015.

⁴⁵⁸ Benzer yönde ÖNDER, s.437; ÜNVER/HAKERİ, s.412; KAHRAMAN, Arama, s.348.

⁴⁵⁹ Doktrinde gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, soruşturma evresinde kural olarak Sulh Ceza Hâkimine ve bazı koruma tedbirleri bakımından da mahkemeye tanınmış olan karar verme yetkisinin bu makamlara ulaşılamıyor olması veya ulaşmak için harcanan zamanda söz konusu delillere sağlıklı bir şekilde ulaşmak ve bu delilleri korumak bakımından objektif ve yakın bir tehlikenin mevcut olması halinde, ilgili karar verme yetkisinin Cumhuriyet savcısına veya kolluk amirine devri olarak ifade edilmektedir, İNCİ, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, s.2004.

⁴⁶⁰ “Gecikmesinde sakınca bulunan hal” deyimi ise AÖAY’de, “*derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi olasılığının ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması*” olarak tanımlanmıştır (m. 4).

⁴⁶¹ Doktrinde sakıncanın, mutlak imkânsızlık şeklinde değerlendirilmemesi gerektiği; aramanın amacı bakımından bir değerlendirme yapıldığında, delillerin karartılması, şüpheli ya da sanığın kaçması gibi bir zarar doğması mümkün ya da muhtemel ise gecikmede sakınca olduğunun, aksi halde gecikmede sakınca olmadığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.342-343; ÖZBEK/BACAKSIZ, s.187; YENİDÜNYA/İÇER, s.380; Yargıtay da benzer bir yaklaşımı benimsemektedir. Bkz. YCGK., 25/11/2014, 2014/166 E., 2014/514 K. sayılı kararı (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021: “...Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır...Gecikmede sakınca bulunmasından, delillerin karartılması endişesi, şüpheli ya da sanığın kaçma tehlikesi veya aramanın amaçları açısından bir zarar doğması riskinin bulunması nedeniyle, hâkime gidilmekle meydana gelebilecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi ya da imkansız hale getirmesi anlaşılmalıdır. Başka bir ifadeyle, bu halde hâkimden karar alınmasının beklenemeyeceği acele bir durum söz konusu olmalıdır.”; aynı yönde bkz. YCGK., 17/11/2009, 2009/7-160/264 E./K.; YCGK’nun 15/03/2015 tarihli, 2005/10-15 E. ve 2005/29 K. sayılı kararı (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁴⁶² WOHLERS, Arama, s.210.

⁴⁶³ ABD’de de kolluk görevlilerinin tehlikeye maruz kalabileceği, delillerin kaybolabileceği, şüphelinin kaçabileceği ve topluluk içinde ani bir tehlike yaratabileceği acil durumlarda, arama kararı olmaksızın arama yapılabilmektedir. Bkz. SAMAHA, s.224.

bb. Gecikmede Sakınca Bulunduğunun Objektif Olarak Ortaya Konulması

“Gecikmesinde sakınca bulunan hal” bulunduğunun, hak ve hürriyete keyfi müdahalenin önüne geçilebilmesi bakımından, objektif olarak ortaya konulması ve kararda gerekçelendirilmesi gerekmektedir.^{464 465}

Alman Hukuku’nda da “gecikmede sakınca halinin” gerekçelendirilmesinde sıkı koşullar aranmakta ve hâkime ulaşmak için gerekli çabanın arama kararında gösterilip gösterilmediğine bakılmaktadır.⁴⁶⁶ Basit tahmin, günlük mesleki tecrübe, akıl yürütme ve spekülasyonlar, “gecikmede sakınca halini” gerekçelendirmek için yeterli kabul edilmemektedir.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1232; YENİSEY/NUHOĞLU, s.396; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.510; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.143-144; KAHRAMAN, Arama, s.351; ayrıca bkz. YCGK., 17/11/2009, 2009/7-160 E. ve 2009/264 K. sayılı kararı: “..., düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır...”, Aynı yönde Y. 7. CD., 18/05/2021, 2018/18225 E., 2021/6116 K. (www.kararaarama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/07/2021; aksi yönde bkz. YCGK., 17/1/2019, 2016/19-75 E., 2019/18 K. sayılı kararında (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/07/2021: “...ayrıca aramanın derhâl yapılması gerektiği ifade edilerek gecikmesinde sakınca bulunan hâlin varlığına işaret edilmesi, ... gecikmesinde sakınca bulunan hâlin var olduğu ibaresinin Kanun ve Yönetmelik hükümleri uyarınca yazılı arama emrinde gösterilmesinin zorunlu olmaması, Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri verme yetkisinin bu hâlin varlığından kaynaklanması...” gerekçeleriyle gecikmesinde sakınca bulunduğunun doğrudan gösterilmesine gerek bulunmadığını ifade etmiştir.

⁴⁶⁵ Hafta içi mesai saatlerinde savcılık tarafından arama emri verilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Y. 7. CD., 18/05/2021, 2018/18225 E., 2021/6116 K.; yine Cumhuriyet Savcısının arandığına ilişkin bir bilgi ve belge olmadan doğrudan kolluk amirinin izni ile yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu hususunda bkz. Y. 8. CD., 15/01/2020, 2019/23580 E., 2020/837 K. (www.kararaarama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/05/2021.

⁴⁶⁶ Alman Anayasa Mahkemesi de yerel mahkemelerin bu kurala her zaman uymamaları nedeniyle, 2001 yılında, konunun esasına ilişkin verdiği bir kararında, “...arama kararının hâkim tarafından verilmesinin kural olduğuna ve gecikmede sakınca bulunması durumunda savcı ve ona bağlı soruşturma makamlarının yetkili olmasının, mutlak bir istisna olduğuna...” dikkat çekmiştir. Bkz. GERCKE, s.154; WOHLERS, Arama, s.211.

⁴⁶⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.510 dn. 208; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.343.

Uygulamada bu hal, çok geniş yorumlanarak kötüye kullanılmakta, neredeyse bir kural hainle gelmiş bulunmaktadır.⁴⁶⁸ Bu açıkça hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bunun belki de en büyük sebebi, terimin genişliği, muğlaklığıdır. Nitekim her durum “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kavramı içinde değerlendirilebilir. Bu sebeple kavram, yukarıda ifade edildiği üzere “gecikmede tehlike” olarak anlaşılmalıdır. Ayrıca buna dayanarak alınan arama emrinin, hâkim onayına sunulmuyor olması da gerekli şartların yerine gelip gelmediğinin denetimini zorlaştırmaktadır.⁴⁶⁹ Bunun denetimi ancak kanunyolu aşamasında mümkündür ve bu aşamada müdafilere, uygulamanın şekillenmesi adına büyük iş düşmektedir.⁴⁷⁰

Dolayısıyla bu şart yerine gelmediği halde varmışçasına ya da karar alma imkânı varken bu şartın yerine gelmesi beklenerek⁴⁷¹ arama tedbirine başvurulması, hem dürüst işlem ilkesine hem de hukuka aykırı olacak ve arama sonucunda elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır.⁴⁷²

c. Arama Emrinin Hâkim Onayına Sunulması

Elkoyma emrinin aksine arama emrinin hâkim onayına sunulması hususu Kanun’da düzenlenmemiştir. Anayasa’da ise “...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

⁴⁶⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, 2016, s.403.

⁴⁶⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, 2016, s.396; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.181.

⁴⁷⁰ İNCİ, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, s.2041.

⁴⁷¹ ŞEN, Ersan/ERYILDIZ, Sefa, Elkoyma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.84.

⁴⁷² Bkz. bkz. Y. 7. CD., 18/05/2021, 2018/18225 E., 2021/6116 K. (www.kararaarama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/07/2021; Alman Hukuku’nda “gecikmede sakınca” olmadığı halde, hâkim kararı olmadan arama yapılmasının sonucunun ne olacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazarlarca, “eğer hâkim arama kararının verilmesine karşı çıkmayacak olsaydı, elde edilen delillerin değerlendirme yasağı kapsamına girmeyeceği” görüşü savunulmaktadır. Buna karşın, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, “hâkim güvencesi ilkesine yönelik her ihlalin, bu ilkenin içinin boşalmasına neden olacağı ve anlamını kaybedeceği gerekçesiyle, değerlendirme yasasına tabi olması gerektiği” savunulmaktadır. Bkz. WOHLERS, Arama, s.216.

kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” (m.20, benzer şekilde m.21) şeklinde elkoyma tedbiri ile birlikte düzenleme altına alınmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, yetkili makamın yazılı emri, temel haklara müdahale bakımından, hâkim kararı istisnasının da istisnasını oluşturmaktadır.

⁴⁷³ Bu bağlamda, temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalenin denetimi ve hâkim güvencesinin temini adına yazılı emirle yapılan arama işlemi hâkim onayına sunulmalıdır.⁴⁷⁴ Ayrıca, hâkim onayına sunma, ceza muhakemesi sisteminde istisnai ve tadadi bir düzenleme olmadığından elkoyma tedbirine kıyasen⁴⁷⁵, yazılı emirle başvurulmuş arama tedbirinin de hâkim onayına sunulabileceği değerlendirilebilir.^{476 477}

Doktrinde, “böyle bir usul öngörülse bile, onaydan önce arama işlemi tamamlanmış olacağından, işlemin geri alınmasının veya sonuçlarının ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı” hususu ileri sürülmektedir.⁴⁷⁸ Ancak, işlemin hukuka uygun olup olmadığının denetimi ve hukuka aykırı ise delil, tazminat ve

⁴⁷³ Benzer yönde ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.94.

⁴⁷⁴ İNCİ, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, s.2032, KAHRAMAN, Arama, s.355.

⁴⁷⁵ Doktrinde, “Anayasa hükmünün elkoyma ile sonuçlanan arama emrinin hâkim onayına sunulmasını düzenlediğini, bu sebeple elkoyma ile sonuçlanmayan arama işleminin hâkim onayına sunulamayacağı” hususunda bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.345; CENTEL/ZAFER, s.470; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.356; KARAKEHYA, s.251-252; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.190; benzer yönde GÜLŞEN, Arama, s.3.

⁴⁷⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s.407; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.467; ÜZELTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği, s.95; KESKİN-KİZİROĞLU, Serap, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Adli Arama (Basit Arama), AÜHF Dergisi, C.58, Y.2009, S.1, s.151; DÖNER, İsa, Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi, Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.457; YILMAZ, Arama, s.266; SIRMA, Arama, s.33; DOĞAN, s.174; BAKIM, s.4168; ÖZEL, Kadir Can, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt:21, Özel Sayı, 2019, s.1237.

⁴⁷⁷ 23.6.2016 tarihli ve 6722 sayılı TSK Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 12. Maddesiyle yetkili birlik komutanlarına da Cumhuriyet savcısı gibi arama tedbirine başvurabilme yetkisi verilmiştir. Buna göre; terörle mücadele kapsamında icra edilen operasyonlarda; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde güvenlik kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin izlenirken girdikleri konuta, işyerine veya kamuya açık olmayan kapalı alanlar ile bunların eklentilerine can ve mal güvenliğinin sağlanması ya da kişinin yakalanması amacıyla münhasır olmak üzere, yetkili birlik komutanının yazılı emriyle girilebilir. Birlik komutanının emri yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur.

⁴⁷⁸ ŞEN/ERYILDIZ, s.85; benzer yönde KARAKEHYA, s.252.

ceza hukuku bakımından sonuçların doğabilmesi için yazılı emrin hâkim onayına sunulması gereklidir.⁴⁷⁹

5. Kolluğun Resen Arama Yapması

a. Adli ve Önleme Arama Yönetmeliğinde Yer Alan Düzenleme

AÖAY'de aşağıdaki hallerde karar alınmadan arama yapılabileceği hususu düzenleme altına alınmıştır:⁴⁸⁰ “a) Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada,⁴⁸¹ 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

⁴⁷⁹ AİHM, arama kararı alınmadan yapılan aramanın hâkim denetiminden geçmediği, suiistimallere karşı etkili bir koruma içermediği gerekçesiyle 8. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. AİHM, Société Colas Est ve Diğerleri/Fransa, no.37971/97, 16 Nisan 2002, pr.48-49

⁴⁸⁰ GÜLŞEN, Recep, “Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:9, Ağustos 2010, s.17.

⁴⁸¹ AÖAY'nin ilk halinde, tutuklama kararı veya yakalama emrinin arama yetkisini de doğrudan verdiği düşüncesiyle, bu kişilerin yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında arama işlemi yapılabilmekteydi. Danıştay 10. Dairesinin 13/3/2007 tarihli ve E.:2005/6392, K.: 2007/948 sayılı Kararı ile, Yönetmeliğin ilgili ibaresi iptal edilmiş, yapılan temyiz sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E.: 2007/2257, K.: 2012/1117 sayılı Kararı ile İptal Kararı onanmıştır.

aramalarda⁴⁸², e) 1) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında, 2) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında, f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26 ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için⁴⁸³ (m. 8) ve “Durdurma üzerine, durdurulan kişi üzerinde giysilerden herhangi biri çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silah bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silah ve diğer suç eşyası araması yapabilir” (m. 27/6-a).

⁴⁸² KESKİN-KİZİROĞLU, Arama, s.158: Yazar, bu düzenlemenin diğer kişilerin aranmasına ilişkin CMK m. 117 hükmü ile uyumlu olduğunu belirtmektedir. Ancak, CMK m. 117’de karar koşulu kaldırılmadığından bu düşünceye katılmak mümkün gözükmemektedir.

⁴⁸³ Maddenin ilk hali ilgilinin rızası olması durumunda da karar veya emri olmaksızın arama yapma yetkisi verilmekteydi. Ancak Danıştay 10. Dairesinin 13/3/2007 tarihli ve E.:2005/6392, K.: 2007/948 sayılı Kararı ile bentte yer alan “ilgilinin rızası ile” ibaresi iptal edilerek bu durumda arama tedbirine başvurulabilmesi imkanı ortadan kaldırılmıştır. Karara yapılan temyiz başvurusu sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E.: 2007/2257, K.: 2012/1117 sayılı Kararı ile İptal Kararı onanmıştır.

CMK'da karar alınmadan arama yapılacağına ilişkin tek hüküm, yakalama emri olmaksızın kolluk tarafından yapılan, yakalama sonrasında kolluğun, yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri alması hususunun düzenlendiği "CMK m. 90/4" düzenlemesidir. Burada düzenlenen arama, kaba üst araması olup bununla yakalanan kişinin üzerinde bulunabilecek silah vb. eşyalardan arındırılarak kolluğun güvenliğinin sağlanması amaçlanır. Bu çerçevede kişinin üzerinde, delil elde etme amaçlı⁴⁸⁴, üst araması olarak nitelenebilecek ayrıntılı bir arama yapılamaz. Dolayısıyla AÖAY'de düzenlenen bahse konu hükümler, kaba üst araması sınırlarında kaldığı, delil elde etme amaçlı olmadığı sürece, CMK m. 90/4 ile uyumludur. Aksi halde Anayasa ve CMK'nın amir hükümleri karşısında arama kararı veya emri almadan arama tedbirine başvurulması düşünülemez.⁴⁸⁵

b. Düzenlemenin Anayasa'ya Uygunluğunun Değerlendirilmesi

AÖAY'de yer alan bu düzenlemenin, "arama işleminin hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrine dayanacağı" yönündeki Anayasa m. 20, 21 ve CMK m. 119'a, "temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalenin kanunla yapılmasını" düzenleyen Anayasa m. 13'e, Anayasa ve kanundan kaynaklanmayan bir yetkiyi

⁴⁸⁴GÜLŞEN, Kendiliğinden Arama, s.18.

⁴⁸⁵Mukayeseli hukukta ise İtalyan Ceza usul Kanunu m. 352/1: "“adli polisin kendiliğinden arama yaptığı durumlarda arama tutanağı, 48 saat içerisinde Cumhuriyet savcısına gönderilmekte, Cumhuriyet savcısı da gerekli şartlar mevcut ise 48 saat içinde arama işlemini onaylamaktadır”. Aynı şekilde Almanya’da da kolluk görevlileri arama emri verebilmektedir (Bkz. GÜLŞEN, Ceza Muhakemesi, s.93). Yine ABD’de belirli durumlarda arama kararı alınmadan arama işlemi yapılabilmektedir. Bkz. ABD’de okul görevlileri tarafından yapılan rutin aramalar bakımından da karar şartı aranmaz. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. ŞAHİN, İlyas, Amerikan Hukukunda Kişi Hakları ile Kamu Yararlarının Dengelenmesine İlişkin İlkeler ve Kamu Okullarında Yapılan Aramaların Hukuki Durumu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, Ocak 2014, s.71-112; ŞAHİN, İlyas, ABD Hukukunda Mahkeme Kararları Işığında Hükümlü, Tutuklu, Şartla Salıverilme ve Adli Kontrole Tabi Kişilerle İlgili Aramalar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz 2013, s.524; SAMAHA, s.185; SCHEB II/SCHEB, s.450; DEL CARMEN, s.204; ŞAHİN, Bilgisayar Aramaları, s.280; ayrıca bkz. Chimel v. California 395 U.S. 752 (1969); Arizona v. Gant 129 S.Ct. 1710 (2009); Knowles v. Iowa 525 U.S. 113 (1998); Whren v. U.S. 517 U.S. 806 (1996), aktaran DEL CARMEN, s.205; Preston v. United States, 376 U.S. 364, 84 S.Ct. 881, 11 L.Ed.2d 777 (1964), aktaran SCHEB II/SCHEB, s.453; Smalwood v. State, 113 So. 3d 724 (Fla. 2013) içinde Harvard Law Review, Vol. 127, No. 3, January 2014, s.1059, 1064.

kullandığı için Anayasa m. 124'e⁴⁸⁶ aykırı olduğu hususu ifade edilmelidir.⁴⁸⁷ Hatta uygulama, gerekli şartlar oluştuğunda "haksız arama suçu"na (TCK m. 120) dahi vücut verebilir.⁴⁸⁸

Ayrıca karar veya emir olmaksızın yapılan arama işlemi, denetimden yoksun olması sebebiyle hak ve hürriyetlere keyfi müdahale edilmesine neden olabilmektedir.⁴⁸⁹

C. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİLER

1. Şüpheli veya Sanık

Arama tedbirine şüpheli ve sanık hakkında başvurulabilir. Doktrinde, "şüpheli statüsüne girme şartının getirilmesinin, tedbirin uygulanmasını zorlaştırdığı, bu sebeple şüpheli ve sanık terimleri yerine mülga CMUK'da kullanılan '*şüphe altında bulunan kimseler*' kavramına benzer şekilde '*suç işlemek şüphesi altında bulunan kimse*' teriminin kullanılmasının daha doğru olacağı" ifade edilmektedir.⁴⁹⁰ Yukarıda da ifade edildiği üzere, arama tedbiri temel hak ve hürriyetlere müdahale edilmemesi kuralının istisnasıdır. Henüz şüphe altında bulunmayan bir kimseye karşı bu tedbirin uygulanması, istisnaların genişlemesine neden olacağından kabul edilmemelidir.

⁴⁸⁶ YILMAZ, Arama, s.251.

⁴⁸⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.511; DÖNER, s.457; YILMAZ, Arama, s.269; SIRMA, Arama, s.32; ERCAN, s.203; KARAKAYA, s.55; BAKIM, s. 4173.

⁴⁸⁸ ŞEN, Yönetmelik.

⁴⁸⁹ AİHM, arama kararı alınmadan yapılan aramanın hakim denetiminden geçmediği, suiistimallere karşı etkili bir koruma içermediği gerekçesiyle 8. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. AİHM, Société Colas Est ve Diğerleri/Fransa, no.37971/97, 16 Nisan 2002, pr. 48-49

⁴⁹⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1144; YENİSEY/NUHOĞLU, s.398; AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.33; ÖNOK, s.263.

Ferden veya kimlik bilgileri itibariyle bilinen gerçek kişiler, gaip veya kaçak olsalar dahi, şüpheli veya sanık olabilir.

İsnat yeteneği olmayanlar da şüpheli ve sanık statüsüne girebilirler.⁴⁹¹ Bu kişiler hakkında kovuşturma yapılamaması, kovuşturma yapılsa bile haklarında cezaya hükmedilememesi, yalnızca güvenlik tedbirleri uygulanabilmesi⁴⁹², bu kişilerin şüpheli veya sanık statüsüne girmelerine engel değildir.^{493 494}

Muhakeme şartları bakımından, soruşturma aşamasında, şartın gerçekleşme ihtimali yoksa hiçbir soruşturma işlemi, bu arada arama işlemi de yapılamayacaktır. Ancak şartın gerçekleşme ihtimali varsa, soruşturma işlemleri, arama işlemi dâhil, yapılabilecektir.⁴⁹⁵ Bu bağlamda kişi hakkında, kovuşturma engeli varsa tutuklama tedbirine başvurulmayacağından, yakalama amaçlı arama tedbirine de başvurulmamalıdır.⁴⁹⁶

2. Şüpheli ve Sanık Dışındaki Kişiler

Şüpheli ve sanık dışındaki veya diğer kişiler, şüpheli ve sanık statüsüne sahip olmamakla birlikte, genellikle aranan şeyi elinde bulunduran veya aranan kişi yanında bulunan kişidir.⁴⁹⁷ Bu bağlamda, aksi görüşe rağmen⁴⁹⁸ suçun

⁴⁹¹ BIÇAK, s.665; ÖKTEN, s.27; PARLAR/HATİPOĞLU, s.472.

⁴⁹² DOĞAN, s.172.

⁴⁹³ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.343 dn. 465.

⁴⁹⁴ Doktrinde, “isnat (kusur) yeteneği olmayan kişilerin şüpheli ve sanık sıfatıyla arama işlemine tabi olamayacakları ancak, diğer kişiler sıfatıyla arama işlemine tabi tutulabilecekleri” ifade edilmektedir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.324; TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınları, 2006, s.239; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.166; BAKİ, Yunus, Adli Arama, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s.72; ÖZEL, s.1238; PARLAR/HATİPOĞLU, s.472; ÖNOK, s.262.

⁴⁹⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.61 vd.

⁴⁹⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s.401; DOĞAN, s.172.

⁴⁹⁷ ÖZBEK/BACAŞIZ, s.168.

⁴⁹⁸ PARLAR/HATİPOĞLU, s.477; doktrinde suçun mağdurunun da diğer kişiler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.471.

mağduru, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar⁴⁹⁹, tüzel kişiler, resmi makam ve daireler diğer kişi kapsamında aranabilecektir.⁵⁰⁰

CMK, şüpheli ve sanıkla ilgili arama bakımından makul şüpheyi esas alırken, diğer kişilerle ilgili arama bakımından, daha sıkı bir koşul getirerek, “aranılan kişinin veya suç delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığını” aramıştır (CMK m. 117/2). Maddede yer alan olay tabirini, delil olarak anlamalı ve şüpheli veya sanığın ya da suç delillerinin varlığını gösteren belirtilerin varlığı aranmalıdır.⁵⁰¹

Olayların varlığı, tanık ifadeleri, mektuplar, alışkanlıkların izlenmesi vb. vakıalarla tespit edilebilir.⁵⁰² Örneğin, aranmakta olan kişinin bir arkadaşının evinde görülmesi; şüpheliye ait aracın üçüncü kişinin evinin önünde görülmesi gibi olaylar, diğer kişinin evinde arama yapabilmek için yeterli olabilecektir.^{503 504}

CMK, “*olayların varlığının bulunması*” şartına istisna getirmiştir. Buna göre, “şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler bakımından”, doğrudan arama işlemi yapılabilecektir (CMK m. 117/3).⁵⁰⁵ Bu düzenleme yersizdir. Şüpheli veya sanığın bir yerde bulunduğu kabul

⁴⁹⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, s.472; YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁵⁰⁰ TURHAN, s.239; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.168; PARLAR/HATİPOĞLU, s.472; ÖNOK, s.262; YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁵⁰¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.284; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.167; YILMAZ, Arama, s.260; Madde gerekçesinde de bu husus, “*Olayların varlığı yani bu hususun saptanmış olmasına bağlıdır*” şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁰² ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.325; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.169.

⁵⁰³ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.28.

⁵⁰⁴ Yargıtay, sırf aranmakta olan bir kişiye ait adresin bilinebileceği düşüncesiyle, kardeşinin evinde arama yapılmasını, arama yapmayı haklı gösterecek koşullardan herhangi birinin gerçekleşmediği gerekçesiyle, haklı olarak, hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. Y. 4. CD., 19/4/2006, 2004/21680 E., 2006/9696 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁵⁰⁵ Alman CMK m. 103/1 ve 2’de de diğer kişilerin aranması benzer bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. YENİSEY/OKTAR, s.127.

edilebilmesi için delile ihtiyaç vardır; yine şüpheli veya sanığın izlendiği sırada bir yere girmesi durumunda ise zaten bu kişinin aranılan yerde olduğuna dair delil vardır.⁵⁰⁶ Dolayısıyla her iki durumda da diğer kişiler bakımından gerekli olan “olayların varlığı” şartı gerçekleşmiştir.

Burada geçen “yerler” ifadesinden maksat, dışarıdan ayrılabilen konut, işyeri, araç vb. her türlü yerdir. Ayrıca bu yerlerin şüpheli veya sanığa ait olması da gerekmemektedir. Fıkra, “*şüpheli veya sanığın bulunduğu yerler*” ile “*izlendiği sırada girdiği yerler*” olmak üzere iki ayrı yerden bahsedilmiştir. Bulunduğu yerden kasıt, kısa⁵⁰⁷ ya da uzun süreli olmasına bakılmaksızın şüpheli veya sanığın bulunduğu yerlerdir. Örneğin şüphelinin suçu işlerken görüldüğü yerler, suçu işledikten sonra girdiği mağaza gibi yerler bu kapsamdadır.

Şüpheli veya sanığın izlendiği sırada girdiği yerler hükmü ise açıktır. Örneğin; suçüstü hali söz konusu olduğunda yapılan sıcak takipte, şüphelinin üçüncü bir kişinin konutuna girmesi ve/veya suç aletini veya başkaca delili üçüncü bir kişinin konutunun içine atması durumunda buralarda da arama yapılabilecektir.⁵⁰⁸ Hatta girilen yer, bir avukat bürosu olsa dahi, bu madde hükmüne göre burada da arama işlemi yapılabilecektir.⁵⁰⁹ Ancak bunun için avukatın bürosunun aranmasına ilişkin CMK m. 130 hükmü uygulanacaktır. Bu konu aşağıda incelenecektir.

⁵⁰⁶ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.284.

⁵⁰⁷ Doktrinde bunun kısa süreliğine bulunulan yer olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.325; ÖZBEK/BACAKSIZ, s.168; DOĞAN, s.166.

⁵⁰⁸ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.509; GÜLŞEN, Ceza Muhakemesi, s.91.

⁵⁰⁹ ERDEM, Mustafa Ruhan, Olağanüstü Hal ve Avukat Bürolarında Arama, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:81, Eylül 2016, Sayı:3, s.119.

3. Belirli Sıfattaki Kişilerin Aranması

Bazı kişiler hakkında, gerek hukuki statüleri gerekse de uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler sebebiyle arama tedbiri bakımından özel usuller takip edilir.

a. Cumhurbaşkanı, Yardımcıları ve Bakanlar

Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Bakanların, ancak Yüce Divan'da yargılandığı durumda (Anayasa m. 105 ve 106), hakkında koruma tedbirlerine de başvurulabilecektir.

b. Milletvekilleri

Milletvekilleri bakımından; sorumsuzluk halinde (Anayasa m. 83/1), koruma tedbirleri dâhil hiçbir ceza muhakemesi işlemi yapılamaz. Dokunulmazlık⁵¹⁰ durumunda (Anayasa m. 83/2,3) ise yapılamayacak işlemler sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar tutma, sorguya çekme, tutuklama ve yargılamadır. Bu işlemler dokunulmazlık mevcut olduğu sürece yapılamaz, ancak dokunulmazlık kalktıktan sonra yapılabilir. Sayılanlar dışındaki muhakeme işlemleri ise arama dâhil, milletvekilleri hakkında da yapılabilir.⁵¹¹ Ancak, milletvekili karşı koyması halinde kendisine karşı tazyik tedbirleri uygulanamaz.⁵¹²

⁵¹⁰ ÖZBUDUN, s.287.

⁵¹¹ FEYZİOĞLU, Metin, “Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”, (<http://www.turkhukuksitesi.com>), Erişim Tarihi: 02/05/2017; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.471.

⁵¹² TOROSLU/TOROSLU, s.87.

Doktrinde ayrıca, “tutma yasağına aykırı olması sebebiyle milletvekilleri hakkında üst araması yapılamayacağı” ileri sürülse de⁵¹³ geçici olarak durdurmak tutma sayılmayacağından, üst araması yapılabilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁵¹⁴

Alman Hukuku’nda da milletvekillerinin arama işlemine maruz kalabilecekleri kabul edilmektedir. Ancak milletvekilinin odasında arama yapılması, Meclis başkanından önceden izin alınması şartına tabi tutulmuştur.⁵¹⁵

c. Diplomasi Temsilcileri

Diplomasi temsilcileri⁵¹⁶ (ajanları) bakımından ise, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi⁵¹⁷ m. 29 uyarınca, diplomasi ajanlarının şahsi dokunulmazlığı, m. 30 uyarınca da özel konutu, belgeleri ve yazışmaları ve malları üzerinde dokunulmazlıkları söz konusudur. Dolayısıyla bunlar hakkında gözaltına alma, arama, tutuklama gibi tedbirlere başvurulması mümkün değildir.

d. Hâkim ve Savcılar

Hâkim ve savcılarının yargılanması ve haklarında yürütülecek işlemler hakkında özel kanun olan Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda⁵¹⁸ özel hükümler sevk edilmiştir. Bu bağlamda, hâkim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları hakkında soruşturma yapılması Adalet Bakanı’nın iznine tabidir (HSK m. 82/1).

⁵¹³ FEYZİOĞLU, Yasama Dokunulmazlığı; CİN, s.1128.

⁵¹⁴ Benzer yönde AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.87.

⁵¹⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, 2016, s.383; ÖZBEK/BACAKSIZ, s.170.

⁵¹⁶ Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nin 1.3.2008 tarihli ve 72/1 sayılı Genelgesi.

⁵¹⁷ 24 Nisan 1964 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye tarafından 4 Eylül 1984 gün ve 3042 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG TARİH-SAYI:24 Aralık 1984-18615)

⁵¹⁸ 26.02.1983 tarihli ve 17971 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2802 sayılı Kanun.

Arama tedbiri bakımından, adi suç-görev suçu ayrımı yapmaksızın, Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında, suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılarının üzerleri ve konutları aranamaz; ancak, durum derhal Adalet Bakanlığına bildirilir (HSK m. 88/1).

Bunun yanında iki kanunda da hâkim ve savcılar hakkında aramaya ilişkin hükümler sevk edilmiştir: İlk olarak, HSK ile Adalet müfettişlerine, “soruşturmanın zorunlu kıldığı hallerde arama yapma” yetkisi tanınmıştır (HSK m. 101). Bu yetki genel bir arama yetkisi olup bu kapsamda bilgisayarlarda arama yapılması (CMK m. 134) mümkün değildir. Ayrıca bu yetki kullanılırken Anayasa m. 20 ve 21’de yer alan amir hükme de riayet edilmelidir.⁵¹⁹ Aksi halde Anayasa’da yer alan yetkili hâkim kararı veya yazılı emir şartlarına uyulmadan yapılan arama işlemi ve bu işlemde elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır.

İkinci olarak, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu⁵²⁰ ile de “hâkim ve savcılarının görevlerini mevzuata uygun yapıp yapmadıklarını denetlemek; görevlerinden dolayı ve görev sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırmak ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri yapmak üzere Teftiş Kurulu” oluşturulmuştur (HSKK m. 14/4-a). Bu kapsamda, “Kurul müfettişlerine, yapacakları inceleme ve soruşturmalarda, “gecikmesinde sakınca bulunan hal”lerde tanınan yetkiler istisna olmak üzere, Cumhuriyet savcısına soruşturmanın yürütülmesiyle ilgili CMK’da tanınan tüm yetkiler” tanınmıştır (HSKK m. 17/2-b).

⁵¹⁹ ÖZEN, Muharrem, Hâkimin Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara, Mayıs 2004, s.273.

⁵²⁰ 18.12.2010 tarihli ve 27789 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6087 sayılı Kanun.

İdari bir kuruma soruşturma yapma yetkisinin tanınması ve disiplin soruşturmasında koruma tedbirlerine başvurma imkânının getirilmesi, hem, yürütme organının yetkilerini yargı organının aleyhine olacak şekilde genişlettiğinden⁵²¹ kuvvetler ayrılığı ilkesine, hem de yargı bağımsızlığına aykırıdır.⁵²²

“Hâkim ve savcıların kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma ise, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığı ve aynı yer ağır ceza mahkemesince yapılır” (HSK m. 93/1). Dolayısıyla yetkili makamca, hâkim ve savcılar hakkında, kişisel suçları sebebiyle, gerektiğinde arama dâhil her türlü soruşturma işlemi yapılabilecektir.

Yukarıda yer alan düzenlemeler, adli aramaya ilişkin hükümler içermekte olup hâkim ve savcıların önleme aramasına tabi tutulmasına⁵²³, X-ray cihazı gibi denetim amaçlı cihazlardan geçmelerine⁵²⁴ engel değildir.

e. Avukatlar

Avukatlık mesleğinin önemi ve avukatların sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla avukatlar hakkında arama ve bir sonraki bölümde incelenecek olan elkoyma tedbirlerinin uygulamasında, genel hükümlerden ayrı özel hükümler getirilmiştir.⁵²⁵ Yapılan özel düzenlemeler, avukatların şahsına tanınmış keyfi bir

⁵²¹ ÇALIŞIR, s.86; ayrıca Anayasa’ya aykırılık hususu ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. aynı eser s.86 vd.

⁵²² AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.89.

⁵²³ CİN, s.1128.

⁵²⁴ YILMAZ, Arama, s.282.

⁵²⁵ Avukatın ofisinde yapılan aramada usulü koruma hükümlerinin bulunmamasının Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal ettiği hususunda bkz. AİHM, Leotsakos/Yunanistan, no.30958/13, 04 Ocak 2019,; ayrıca bkz. OPGENHAFFEN, Tim/PUT, Johan, “Searching and Seizing Evidence at Lawyers’ and Doctors’ Premises: Belgium, France and The Netherlands Put to the European Court of Human Rights Test”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 23 (2015), s.372; AİHM’nin avukatlar hakkında arama tedbirine başvurulmasında daha sıkı bir inceleme yapılması gerektiği hususunda bkz.

ayrıcalık değil, hem mesleğin önemi ve saygınlığının korunması⁵²⁶ hem de temsil ettiği ve aynı zamanda haklarını savunduğu kişilerle ilgili bilgi, belge, delil ve sırları nezdinde bulundurması ihtimaline binaendir.⁵²⁷

Avukat, yargının üçayağından birisidir (TCK m. 6/1-d, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 1). Dolayısıyla avukatlar hakkında getirilen düzenlemeler, hem yargı bağımsızlığının sağlanması⁵²⁸ adil yargılanma hakkının korunması bakımından önemlidir.⁵²⁹ Ayrıca, avukat yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder ve savunma hakkının uygulanmaya konulmasını sağlar.⁵³⁰ Bu bağlamda, avukatlar hakkında yapılan aramanın genel hükümlere tabi olması, yargı bağımsızlığının ve savunma hakkının zedelenmesine neden olabilir. Nitekim savunma bağımsızlığı, kişinin dilediği delili getirme veya getirmeme takdirini de içerir.⁵³¹

Bunun yanında avukatlık, meslek itibarıyla, müvekkillerin özel bir takım bilgilerine vakıf olmayı gerektirir.⁵³² Avukatlık sırrı olarak da adlandırılan bu kavram, avukatın mesleği dolayısıyla öğrendiği ve açıklandığı takdirde

AİHM, Kolesnichenko/Rusya, no.19856/04, 9 Nisan 2009, pr.31; Elçi ve Diğerleri/Türkiye, nos.23145/93 25091/94, 13 Kasım 2003, pr. 669; Vinci Construction ve GTM Génie Civil et Services/Fransa, no. 63629/10 ve 60567/10, 2 Nisan 2015.; ayrıca bkz. AİHM, Kruglov ve diğerleri/Rusya, no.:32324/06, 26067/08, 4 Şubat 2020.

⁵²⁶YENİDÜNYA/İÇER, s.389; ORHAN, Uğur, Avukat Bürolarının Aranması, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 15, Sayı 162, Şubat 2020, s.293. AİHM’de avukatın saygınlığının korunması hususunu ayrıca değerlendirmektedir, bkz. AİHM, Kolesnichenko/Rusya, no.19856/04, 9 Nisan 2009, pr.31; Wieser ve Bicos Beteiligungen GMBH/Avusturya, no.74336/01, 16 Ekim 2007, pr. 57.

⁵²⁷ CENTEL/ZAFER, s.469; ŞEN, Ersan, Avukatın Aranması, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1337742-avukatin-aranmasi>, Erişim tarihi: 07/12/2016; ayrıca bkz. AİHM, Kruglov ve diğerleri/Rusya, nos.32324/06, 26067/08, 4 Şubat 2020; pr.125.

⁵²⁸ ÖRS, Cengiz Ozan, Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma, TBB Dergisi, Sayı: 123, Yıl: 2016, s.109.

⁵²⁹ ERDEM, s.119.

⁵³⁰ EREM, Faruk, “Avukat Bürolarında Arama”, Yargı Dergisi, Sayı 9, Ocak 1977, s.1; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.293; DONAY, Şerh, s.206; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.154; ÜNVER/HAKEKİ, s.421; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.367; ÖZBEK/BACAĞIZ, s.174; ŞEN/ERYILDIZ, s.109; ÖRS, s.113.

⁵³¹ EREM, Ceza Usul, s.518; EREM, Avukat Bürolarında Arama, s.1; ÖZBEK/BACAĞIZ, s.174.

⁵³² Alman Anayasa Mahkemesinin 12.04.2005 tarihli ve 2 BvR 1027/02 Abruf-Nr. 051895 sayılı kararı: “...müvekkil ile kendisi için faaliyette bulunan meslek sahipleri arasında mevcut olan ve hukuksal olarak özel koruma altında olan güven ilişkisi, kapsamı nedeniyle ağır bir şekilde ihlal edilmiş olmaktadır...” aktaran GERCKE, s.157.

müvekkiline zarar verme ihtimali bulunan bilgiyi ifade eder.⁵³³ Bu bağlamda “avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaklanmıştır” (Av.K. m. 36).

Bu bağlamda, avukat hakkında yapılan arama ve elkoymanın özel bir düzenlemeye tabi tutulması, avukatın sır saklama⁵³⁴ yükümlülüğünü koruma altına alması sebebiyle yerinde bir düzenlemedir.⁵³⁵

f. Noterler

Noterler hakkında soruşturma, adalet müfettişleri veya savcılar tarafından yerine getirilir (1512 sayılı Noterlik Kanunu m.124). Soruşturma yapılması izne tabi değildir. Dolayısıyla bu aşamada noterler hakkında arama dahil her türlü tedbire başvurulabilir. Ancak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde ise soruşturma genel hükümlere göre yapılır (1512 sayılı Noterlik Kanunu m.156).

Noterler hakkında, görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarından dolayı kovuşturma yapılabilmesi ise Adalet Bakanlığının iznine

⁵³³ EREM, Faruk, Meslek Kuralları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007, s.163; GERCKE, s.156.

⁵³⁴ AİHM, Iliya Stefanov/Bulgaristan, no.65755/01, 22 Ağustos 2008, pr.41: “...Bu nedenle mahkeme, bu ahval ve şart altında arama kararının fazlaca geniş kavramlarla verildiğini ve başvurucunun 8. Maddede öngörülen haklarına ve meslek sırrına müdahaleyi en aza indirmeye muktedir olmadığını görmektedir...”, pr.42: “...;halbuki arada geçen süre sabit diskin bütün içeriğinin disketlerin incelenmemesi veya kopyalanmamasını sağlamak için herhangi bir güvence mevcut değildir. Bu durum nedeniyle mahkemece, aramanın başvurucunun meslek sırrını orantısız bir genişlikte ihlal ettiği kanaatine ulaşmıştır...” Aktaran SOYGÜT ARSLAN, s.121.

⁵³⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, 2016, s.389; KOCAOĞLU, Serhat Sinan, Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı, Ankara Barosu Dergisi, 2002/1, 2002, s.47; ERDEM, s.119; Bkz. AİHM, Niemietz/Almanya, no. 13710/88, 16 Aralık 1992, pr. 37; AİHM de, avukatın ofisinde yapılan aramanın, orantısız olduğu takdirde, meslek sırrının korunması ilkesini ihlal ettiğine, dolayısıyla adaletin işleyişine zarar verdiğine karar vermiştir. Bkz. AİHM, Kolesnichenko/Rusya, no.19856/04, 9 Nisan 2009, pr.35; ayrıca bkz. AİHM, Kruglov ve diğerleri/Rusya, no.32324/06, 26067/08, 4 Şubat 2020, pr.136; aynı yönde bkz. Y. 16. CD., 21/04/2016, 2015/4672 E., 2016/2330 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

bağlıdır (1512 sayılı Noterlik Kanunu m.153). Dolayısıyla bu aşamada, izin şartının gerçekleşmesi şartıyla, arama dâhil her türlü tedbire başvurulabilir.

g. Tüzel Kişiler

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği tüzel kişiler, şüpheli veya sanık olamaz.⁵³⁶ “Tüzel kişilerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda ise şüpheli veya sanık sıfatını, tüzel kişinin organı veya temsilcisi alır” (CMK m. 249).⁵³⁷ Dolayısıyla tüzel kişilerde arama yapılabilir ancak tüzel kişiler şüpheli veya sanık statüsünü alamazlar.

D. ARAMANIN YAPILACAĞI ZAMAN

1. Aramanın Gündüz Yapılması Kuralı

AÖAY’de tanımlanan gece vakti kavramından yola çıkılarak gündüz vakti kavramı; güneşin doğmasından bir saat önce başlayan ve güneşin batmasından bir saat sonraya kadar devam eden süre olarak tanımlanabilir (AÖAY m. 4).

Arama işleminin gündüz yapılmasından maksat, aramaya gündüz vakti başlanmasıdır. Dolayısıyla gündüz başlanılan aramaya gece vakti de devam edilebilir.⁵³⁸ Ancak gündüz vakti başlayan aramanın gereksiz yere uzatılarak veya geç vakitte arama işlemine başlanarak gece vakti de arama işlemine devam edilmesi, en başta dürüst işlem ilkesine aykırılık oluşturur ve yapılan işlemi hukuka aykırı hale getirebilir.⁵³⁹ Ayrıca, aramayı yapan kolluk görevlileri bakımından, diğer unsurların da varlığı halinde, haksız arama, konut

⁵³⁶ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.144.

⁵³⁷ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, AÜHF Dergisi, Cilt: 52, Sayı:1, Yıl:200, s.63-88.

⁵³⁸ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.284.

⁵³⁹ YILMAZ, Arama, s.272.

dokunulmazlığını ihlal veya görevi kötüye kullanma suçlarından soruşturma başlatılmasına neden olunabilir.⁵⁴⁰



⁵⁴⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1226

2. Gece Vakti Arama Yapılması

“Gece vakti, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden süredir” (AÖAY m. 4).⁵⁴¹

“Kural olarak gece vakti konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde arama işlemi yapılamaz” (CMK m. 118/1, AÖAY m. 31/3).⁵⁴² Dolayısıyla gece vakti üst ve eşya araması yapılabilecektir. Düzenleme, konut dokunulmazlığı ile özel hayata saygı hakkı arasında bir önem sırası olduğu izlenimi uyandırması bakımından yerinde değildir.

Kural bu olmakla birlikte; suçüstü halinde, gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar, gece vakti de yapılabilir” (CMK m. 118/2).⁵⁴³

Gecikmede sakınca bulunan hal kavramında geçen “sakınca” kavramının, geniş ve belirsiz bir kavram olduğu ve temel hak ve hürriyetlere yapılan gereksiz müdahalenin önüne geçebilmek amacıyla kavramın “tehlike” olarak anlaşılması gerektiği hususu yukarıda ifade edilmişti. Bu bağlamda, arama işleminin gündüz vaktine bırakılması, tedbirin amacına ulaşmasını objektif olarak tehlikeye düşürecekse gecikmede tehlike olduğu gerekçesiyle tedbire başvurulabilecektir. Ayrıca, karar veya emirde bu durum ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmalıdır.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ Uygulamada gündüz ve gece vakitlerinin belirlenmesinde, UYAP sisteminden temin edilen ve güneşin doğuş ve batış saatlerini gösterir liste esas alınmaktadır. Buna karşın Alman CMK pr. 104/3’de net bir düzenleme yapılarak; 1 Nisan – 30 Eylül tarihleri arasında 21.00 – 04.00, 1 Ekim – 31 Mart tarihleri arasında ise 21.00 – 06.00 saatleri arası gece kabul edilmektedir, aktaran ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.336 dn.312; YENİSEY/OKTAR, s.128.

⁵⁴² ABD’de düzenleme bu yönde olmakla birlikte⁵⁴² arama işleminin, sabah 06.00’den akşam 22.00’a kadar yapılabilceği düzenleme altına alınmıştır. Bkz. Rule 41(a) (2) (B) of the Federal Rules of Criminal Procedure.

⁵⁴³ Alman CMK m. 104/1’de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.128.

⁵⁴⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1226; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.338; ÖZBEK/BACAKSIZ, s.181.

Ancak uygulamada, bu istisnaya dayanarak aramanın gece yapılması kural haline gelmiştir. Terimin muğlaklığından faydalanılarak, şartları oluşmadığı halde gece vakti arama yapılması, en başta hakkın kötüye kullanılmasıdır.⁵⁴⁵

Yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla da gece vakti arama yapılabilir. Buradaki yakalamadan maksat, resmi mercilerce yapılan yakalama işlemidir. Yoksa herkesin yakalama yapabildiği hallerde yakalanan kişinin, resmi mercilere teslim edilmesinden önce kaçması halinde, kaçan kişiyi yakalamak amacıyla gece vakti arama yapılamaz.⁵⁴⁶ Aynı şekilde gözlem altına alınan kişinin kaçması durumunda da gece vakti arama yapılamaz.⁵⁴⁷

Ayrıca, AÖAY ile CMK'da yapılan düzenlemeye ilave olarak, “geceleyin herkesin girip çıkabileceği, 2559 sayılı PVSK m. 7’de sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde gece vakti arama işlemi yapılabileceği” hüküm altına alınmıştır (m. 31/1-d).⁵⁴⁸ İlk olarak düzenleme kanunilik ilkesine aykırıdır (Anayasa m. 13). Ayrıca Kanun’da yer alan düzenleme istisnai bir düzenlemedir ve kıyas yolu ile genişletilemez.

E. ARAMANIN YAPILACAĞI YER

Arama işlemi, şüphelinin, sanığın veya diğer kişilerin üstünde, eşyasında, konutunda, işyerinde ve diğer yerlerde yapılabilir. Alman Hukuku’nda ise arama

⁵⁴⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.338.

⁵⁴⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1226; YENİSEY/NUHOĞLU, s.398.

⁵⁴⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1226; YENİSEY/NUHOĞLU, s.398.

⁵⁴⁸ AKSOY, s.101; Alman CMK m. 104/2’de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.128.

yapılacak olan yerler, ev ve işyerleri gibi fiziksel alanlar, kişiler ve eşyalar olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır.⁵⁴⁹

1. Konutta Yapılan Arama

a. Konut Kavramı

Ceza hukukundaki konut kavramı, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen yerleşim yeri, konut ve aile konutu kavramlarından farklıdır ve daha geniş bir anlama sahiptir. Yerleşim yeri veya ikametgâh, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir ve bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz (TMK m. 19/1,2). Konut (TMK m. 186), barınmaya elverişli olan sürekli olmasa da yerleşme amacıyla kullanılan taşınır veya taşınmaz bölümlerdir. Örneğin bir evin odası, otel odası, baraka, karavan, gemi karavanası yerler konut kavramı içinde değerlendirilir. Aile konutu (TMK m. 194) ise eşlerin birlikte seçtikleri, burada ortak bir yaşam merkezi oluşturdukları ve bu hususun üçüncü kişilerce de anlaşıldığı yerdir.⁵⁵⁰

Konut dokunulmazlığı ile korunan mekân olarak konut olmayıp kişinin özgürlüğü olduğundan, konut kavramı, kişi özgürlüğüyle doğru orantılı olarak geniş anlaşılmalıdır.⁵⁵¹ Bu çerçevede ceza hukuku açısından konut, bireyin kendi faaliyetine tahsis ettiği, konut ihtiyacını karşıladığı her yerdir.⁵⁵² Bu anlamda,

⁵⁴⁹ WOHLERS, Arama, s.206.

⁵⁵⁰ YHGK., 28/9/2011, 2011/2-447 E., 2011/556 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁵⁵¹ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 9. Baskı, 2018, s.98; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.329; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.170; KESKİN-KIZIROĞLU, Serap, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.44; OKUYUCU-ERGÜN, s.42; AİHM'nin aynı yönde yaklaşımı hakkında bkz. KILKELLY, s.19; AKSOY, s.41.

⁵⁵² TOROSLU, Özel Kısım, s.98; YCGK konut kavramını, “devamlı veya geçici olarak, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerler” şeklinde tanımlamıştır. Bkz. YCGK., 21/06/1993 tarih ve 155-184 E.-K. sayılı kararı (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

sürekli kalma niyeti olmaksızın sadece yazın kullanılan ev; fiilen oturulsa bile sürekli kalınmayan otel odası, çadır vb. yerler de birer konut olarak kabul edilir.

b. Konut Kavramının Unsurları

Bir yerin konut sayılabilmesi için, devamlılık gösteren, meşru bir tahsis iradesi olmalıdır.⁵⁵³

İlk olarak bir yerin kişi tarafından özel kullanıma tahsis edilmesi ve bunun da dışarıdan bakıldığında anlaşılıyor olması⁵⁵⁴ gereklidir.⁵⁵⁵ Bu yerin bir ya da birden fazla kişi tarafından kullanılmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca bu yerin geçici veya sürekli kullanılması da konut olarak kabul edilmesini engellemez.⁵⁵⁶ Bu bağlamda, yılın belli dönemlerinde kullanılan evler, birkaç günlüğüne kalınan otel odası, birkaç saat yolculuk yapılan tren kompartımanı da konut olarak değerlendirilmelidir. Yine bina vasfında olmayan karavanlar, gemi kabini, kayık, mavna, çadır, baraka⁵⁵⁷ da birer konuttur. Bu yerlerin üstü kapalı olabileceği gibi, açık da olabilir.⁵⁵⁸ Yine bu amaca tahsis edilmesi koşuluyla mağara, ahır, hayvan damı, peri bacası da konuttur.⁵⁵⁹ Umuma açık yerlerde bulunan oturmaya ayrılmış yerler de konut sayılır. Örneğin lokanta, kahvehane,

⁵⁵³ OKUYUCU-ERGÜN, s.42-51; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.330; ÖZBEK, s.109.

⁵⁵⁴ KESKİN-KİZİROĞLU, Konut Dokunulmazlığı, s.53.

⁵⁵⁵ YCGK'nun 27.12.1993 tarih ve 1993/4-169 E, 1993/354 K sayılı kararı: "Eklenti veya konut sahipleri, bu yerlerin eklentilerine ait olduğunu, izinsiz girilmesinden rahatsızlık duyacaklarını dış dünyaya yansıtmalıdır. Tahsis gayesinin bazı maddi engellerle belirtilmesi yeterlidir. Konut veya eklentiye dış dünyadan ayırıcı belirtiler, o yer sahibinin yaşama biçimi, mevcut olanakları, sosyal ve ekonomik durumu ile kültürel ve yöresel özellikleri, gelenek ve göreneklerine göre farklılık gösterebilir. Bu husus, olaysal olarak değerlendirilmeli, tayin ve takdir edilmelidir. Örneğin, bahçenin etrafına çekilen duvar izinsiz girişi önleyecek bir engel olduğu gibi, kapı önüne yapılan sahanlık veya avluyu çevreleyen ve çit görevini yapan çitlik ya da sınıra açılan hark, asılan girilmez yazısı bu yere girmenin istenmediğini, ayrımı gösteren bir başka belirtidir".

⁵⁵⁶ Bkz. AİHM, Gillow/Birleşik Krallık, no.9063/80, 24 Kasım 1986, aktaran KILKELEY, s.19.

⁵⁵⁷ Y. 8. CD., 15/11/2017, 2017/19902 E., 2017/12756 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018: "...arama yapılması yönündeki talep sonucu Kızıltepe Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile sanığın eşi...ile birlikte kaldığı...ilçesi...köyündeki tarlada bir oda ve mutfaktan oluşan baraka tipi konutun içinde...".

⁵⁵⁸ KESKİN-KİZİROĞLU, Konut Dokunulmazlığı, s.47; OKUYUCU-ERGÜN, s.44.

⁵⁵⁹ KESKİN-KİZİROĞLU, Konut Dokunulmazlığı, s.48.

sinema, tiyatro gibi yerlerin herkesin kullanımına açık olmayan yerleri konut sayılamasa da oturmaya, dinlenmeye ayrılmış yerleri konut sayılır.⁵⁶⁰ Resmi dairede kişilerin yatması için ayrılmış yerler konut olarak kabul edilir.⁵⁶¹ Örneğin, köy okulunun öğretmeni tarafından, dersler bittikten sonra barınma amacıyla kullanılan okul binası, o öğretmen için konuttur.

Ancak tahsisin, özgür iradeye dayanmadığı cezaevlerinde mahkûmlara ayrılan yerler ile askerlerin kışlalarda kaldığı yerler konut sayılmaz.⁵⁶² Buna karşın orada çalışanlara ayrılan özel yerler ise onlar bakımından konut olarak kabul edilir.⁵⁶³

İkinci olarak bir yerin konut olarak tahsis edilmesi yönündeki iradenin başlamış ve hâlihazırda devam ediyor olması gereklidir.⁵⁶⁴ Dolayısıyla bir yer konut olarak tahsis edilmemişse veya tahsil edildikten bir süre sonra bu irade sona erdirilmişse, o yerin konut olduğundan bahsedilemez. Örneğin, boş bir kulübe, henüz inşa halindeki bina, terk edilmiş ev, kullanılmayan apartman dairesi konut olarak kabul edilmez.⁵⁶⁵ Ancak konut olarak tahsis edildikten sonra geçici olarak kullanılmayan yerler ise konut sayılır. Örneğin yazlık ev konuttur. Dolayısıyla konut sahibinin orada bulunup bulunmamasının da bir önemi yoktur.

⁵⁶⁰OKUYUCU-ERGÜN, s.45-46; ayrıca bkz. YCGK., 16/5/2019, 2016/20-431 E., 2019/436 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021: "...açık otopark olarak işletilen yerde bulunan ve kapalı alan niteliğinde olan müştemilat içerisindeki kasada arama yapılabilmesi için, CMK'nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca hâkimden karar veya Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınmasının gerekli olduğu..."

⁵⁶¹ ÖZBEK, s.108, ÖZBEK/BACAKSIZ, s.171.

⁵⁶² OKUYUCU-ERGÜN, s. 47.

⁵⁶³ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s.207; AKSOY, s.66.

⁵⁶⁴ OKUYUCU-ERGÜN, s.48.

⁵⁶⁵ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s.207; KESKİN-KİZİROĞLU, Konut Dokunulmazlığı, s.451-52; AKSOY, s.66.

Üçüncü olarak tahsis iradesi meşru olmalıdır. Çünkü hukuk, hukuka aykırı durumları korumaz.⁵⁶⁶ Bu bağlamda; bir evin işgal edildiği durumda tahsis iradesinin meşruluğundan bahsedilemez.⁵⁶⁷

c. Eklenti Kavramı

Eklenti de konut kavramına dâhildir ve burada yapılan araştırma işlemleri için konutta arama yapılmasına ilişkin hükümler uygulanır.

Eklenti kavramından ne anlaşılması gerektiği, nelerin bu kavrama dâhil olduğu hususları Kanun'da belirtilmemiş, doktrin ve mahkeme kararlarına bırakılmıştır. Eklentinin korunmasındaki amacın konutun korunması olduğu kabul edildiğinde, içine girildiği takdirde konuttakilerin huzur ve sükûnunu bozabilecek yerler eklenti olarak kabul edilmelidir.⁵⁶⁸ Bu çerçevede kiler, bodrum, garaj, kömürlük, evin bahçesi birer eklentidir.⁵⁶⁹

Bu anlamda bir yerin eklenti sayılabilmesi için, konuta bitişik veya çok yakın olması, konutla aralarında bir bağlantı bulunması, etrafının çit, duvar vb. aşılması güç engellerle çevrilmiş olması şart değildir. Ancak dışarıdan bakıldığında kişinin tahsis iradesini ortaya koyan işaretlerin varlığı gereklidir.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ TOROSLU, Özel Kısım, s.98.

⁵⁶⁷ TOROSLU, Özel Kısım, s.98.

⁵⁶⁸ TOROSLU, Özel Kısım, s.99; ayrıca bkz. YCGK., 21/06/1993, 4-155/184 E./K.; YCGK., 11/03/1991, 4-25/67 E./K.; YCGK., 07/03/1988, 4-605/74 E./K., aktaran OKUYUCU-ERGÜN, s.58, dn. 190. “...eklenti, konut veya benzeri yapıların kullanılış amaçlarından herhangi birini tamamlayan diğer yapılar ve yerlerdir. Bir başka anlatımla rıza dışında içine girilmesi konutta oturma hakkına sahip kimselerin huzur ve güvenliğini bozabilecek ek yapılar ve yerlerdir. Eklentiye belirlerken göz önünde tutulacak ölçü, içerisine girilmekle kişi huzur ve güvenliğinin bozulmuş olup olmayacağıdır...”.

⁵⁶⁹ ERCAN, s.206; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.343; ÖZBEK, s.108; ÖZBEK/BACAKSIZ, s.171; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.329.

⁵⁷⁰ TOROSLU, Özel Kısım, s.99; SAMAHA, s.71-72; DEL CARMEN, s.285.

d. Konutta Arama Yapılması

“Konutta arama işlemi yapılırken, kişilerin özel hayatlarına^{571 572} ve eşyalarına azami derecede özen göstermeye” (AÖAY m. 30/10) ve ölçülülük ilkesine riayet etmeye dikkat edilmelidir⁵⁷³. Hatta “üst aramasının kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılması kuralına” (AÖAY m. 28/3) kıyasen, bir kadının evinin aranması sırasında da kadın görevli bulundurulmalıdır.

Konutta arama yapılmadan önce, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkının bir gereği olarak⁵⁷⁴, güvenlik tehdidi veya delil karartma ihtimali yoksa “ilgili kişiyle iletişime geçilmeye çalışılmalı ve kendisinden bu konuda kolaylık göstermesi” istenmelidir (AÖAY m. 3/3, 4). Bu bağlamda, kolluk görevlileri, gerekli güvenlik önlemleri alındıktan sonra, kapıyı vurmali ve kendisini tanıtmalıdır.⁵⁷⁵

⁵⁷¹ Kamu Denetçiliği Kurumu’nun 03.10.2013 tarihli, Karar No: 2013/24 sayılı kararı: Karara konu olayda, şikâyetçinin şehir merkezinde bulunan konutuna helikopterle gidilmesi ve sonrasında olayın ülkenin önde gelen basın yayın organlarında haber yapılması dolayısıyla seçilen hatalı yöntemin, şikâyetçinin itibarını zedelediği ifade edilmiştir.

⁵⁷² AİHM, Buck/Almanya, no.41604/98, 28 Nisan 2005, pr.51: Mahkeme, trafik cezasına ilişkin bir belgenin aranması kapsamında, kişinin babasına ait, şehir merkezinde ve herkesçe bilinen bir fabrikada arama yapılmasının, hem kişinin hem de şirketinin itibarını zedelediğini ifade etmiştir. Mukayeseli hukukta bu konuda düzenlemeler de vardır. Örneğin Avusturya CMK m. 142/1’de “İlgililer arama esnasında gereksiz taciz ya da rahatsızlık verici davranışlardan kaçınmalı, özel hayatın gizliliği ve kişilik onuruna mümkün olduğunca saygı gösterilmelidir.” hükmü yer almakta, benzer bir düzenleme İsviçre Zürih Kanton CMK’da da bulunmaktadır. Bkz. ÖZBEK, s.138.

⁵⁷³ Kamu Denetçiliği Kurumu’nun 03.10.2013 tarihli, Karar No: 2013/24 sayılı kararı: Karara konu olayda, arama işleminin yapılacağı binaya helikopterle gelmesi ve gerekli olmadığı halde kapı kırılarak konuta girilmesinin, ulaşılmak istenilen hedefle orantılı olmadığı ifade edilmiştir.

⁵⁷⁴ SCHEB II/SCHEB, s.448.

⁵⁷⁵ ABD’de bu husus, “knock and announce rule” olarak da ifade edilmektedir. Bkz. SCHEB II/SCHEB, s.448; SAMAHA, s.182; DEL CARMEN, s.200; ŞENOL, Cem, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, XII levha Yayıncılık, Ankara, 2015, s.154; ABD de knock-and-talk kuralı, makul şüphe (reasonable suspicion) halinde olduğu gibi polisin arama kararı olmadan arama yapabilmesinin bir istisnasıdır. Bununla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. DOOLEY, Ian "Fighting for Equal Protection under the Fourth Amendment: Why Knock-and-Talks Should Be Reviewed under the Same Constitutional Standard as Stop-and-Frisks" Nova Law Review 40, no. 2 (Spring 2016): 213-256.

Bunun yanında, ev sahibinden izin alınarak eve girilmesi ve ev sahibinin haberi olmadan gizlice evde arama yapılması gibi hileli yollara başvurulması dürüst işlem ilkesine aykırıdır.⁵⁷⁶ Dürüst işlem ilkesine aykırı olarak elde edilen delil, savunma hakkını kısıtlaması sebebiyle adil yargılanma hakkını da ihlal eder.⁵⁷⁷ Yine konutta yapılan aramada evin darmadağın edilmesi, gerekmediği halde arama işlemi yapılırken zor kullanılması, kişilerin aranılan eşyayı göstermeye zorlanması, arama işleminin gereksiz yere uzatılması vb. uygulamalar insan onuruna aykırıdır.⁵⁷⁸

“Kolluk görevlileri daha konuta girmeden kapıda arama kararını ilgiliye göstermek zorundadırlar” (AÖAY m. 30/5). Ancak, “gecikmesinde sakınca veya tehlike bulunması hali söz konusuysa, bilgilendirme içeriye girildikten sonra da yapılabilir” (AÖAY m. 30/6).⁵⁷⁹ Bu hususun takdiri kolluğa aittir. Bilgilendirme yapıldıktan sonra, aramaya karşı çıkılması halinde, durumun haklı gösterdiği ölçüde ve kademeli bir şekilde artan oranda güç kullanılarak direnç ortadan kaldırılmaya çalışılır. “Bilgilendirme yapılmasına rağmen kapı açılmazsa, önce ilgili kişiye güç kullanılacağı ihtar edilir, kapı yine açılmazsa, zorla eve girilerek arama gerçekleştirilir” (AÖAY m. 30/7). Konutta arama sırasında, güç kullanma hususunda dikkatli olunmalıdır. Keyfi güç kullanımı, aramanın hukuka aykırı

⁵⁷⁶ Lewis v. U.S. (3 Aralık 1964) kararında ABD Federal Yüksek Mahkemesi, arama kararı olmadan, hile ve aldatma ile eve girilmesinin Ek Madde 4’ü ihlal ettiğini ifade etmiştir.

⁵⁷⁷ DÜLGER, Murat Volkan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.42.

⁵⁷⁸ AKSOY, s.38.

⁵⁷⁹ ABD Federal Yüksek Mahkemesi, kapıya vurulmadan ve kendisinin kolluk görevlisi olduğunu ve elinde arama emri olduğunu ifade etmeden yapılan arama işleminin hukuka aykırı olduğunu kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, yalnızca tehlikeden sakınma durumu ve delillerin kaybolması ve şüphelinin kaçması tehlikesi söz konusu olduğunda bu kuralın uygulanmayabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Wilson v. Arkansan 514 U.S. 927 (1995), aktaran SAMAHA; s.182, SCHEB II/SCHEB, s.448; BACIGAL, s.183.

olmasına yol açabileceği gibi, aramayı yapanlar bakımından tazminat sorumluluğu da doğurabilir.^{580 581}

Delil elde etme amaçlı konutta arama yapılırken, arama kararında belirtilmek şartıyla evde bulunan kişilerin üstü de aranabilir.⁵⁸² Ancak tedbirin icrasında ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır. Örneğin delil olarak çalıntı televizyonun arandığı durumda, üst araması yapılması, orantılı olmayacaktır.⁵⁸³ Benzer şekilde yakalama amaçlı aramalarda da kişilerin üzerlerinde arama yapılması kabul edilemez.⁵⁸⁴ Yine hakkında yakalama emri bulunan kişi belirlenmişse evde arama yapılması da ölçülülük ilkesinin ihlali olur.⁵⁸⁵

“Konutta arama yapılırken, kasa gibi açılması özellik istenen eşyaya rastlanırsa, bu eşya ya kolluk tarafından açılır ya da masrafı kollukça karşılanmak üzere meslek erbabına açtırılır. Bu işlemin konutta yapılması masraflı, külfetli veya eşyaya zarar verecek nitelikte ise açtırma işlemi başka bir yerde yapılabilir” (AÖAY m. 30/11).

“Konutta arama sırasında rastlanılan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tabi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz. Bu ihtimalin olup olmadığına, zarfın durumuna göre kolluk karar verecektir. Ancak bir şekilde zarf

⁵⁸⁰ Kamu Denetçiliği Kurumu’nun 03.10.2013 tarihli, Karar No: 2013/24 sayılı kararı. Karara konu olayda bina ana kapısının çilingir yardımıyla açıldığı halde, konutun kapısının kırılarak açılmasının, ölçülülük ilkesine aykırı olması sebebiyle hukuka aykırı olduğu ve ülke imajına ve tüm polis teşkilatına zarar verdiği ifade edilmiştir.

⁵⁸¹ ABD Federal Yüksek Mahkemesi de kapı vurulduktan sonra, evde bulunan kimse karşı koymadığı sürece, makul bir süre beklenilmesi ve ondan sonra gerektiğinde zor kullanılarak eve girilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bk.z U.S. v. Spikes (1998), aktaran SAMAHA, s.183; DEL CARMEN, s.202; Richards v. Wisconsin, 520 U.S. 385, 117 S.Ct. 1416, 137 L.Ed.2d 615 (1997), aktaran SCHEB II/SCHEB, s.449.

⁵⁸² YCGK., 06/12/2018, 2016/20-851 E., 2018/619 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018:“...ihbarcı konumundaki tanığın konutunda arama yapılmasına rıza göstermesinin, konutta bulunan sanıkların üzerlerinde ve eşyasında arama yapılabileceği anlamına gelmeyeceği...”

⁵⁸³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.513; GÜLŞEN, Ceza Muhakemesi, s.91; benzer yönde ÖNOK, s.273.

⁵⁸⁴ ÇALIŞIR, s.77.

⁵⁸⁵ YENİDÜNYA/İÇER, s.387.

açılrsa dahi içindeki yazılı bilgiler okunamaz” (AÖAY m. 30/12). Bu konu aşağıda incelenecektir.

2. İşyerinde Yapılan Arama

a. İşyeri ve Eklentisi Kavramı

CMK’da işyeri⁵⁸⁶ kavramının tanımı yapılmamıştır. Ancak burada amacın temel hak ve hürriyetlerin korunması olduğu göz önüne alındığında, konut kavramına kıyasen, geniş anlamıyla mesleki faaliyetin yürütülmesine tahsis edilen yer ile bunun eklentileri⁵⁸⁷, işyeri olarak kabul edilmelidir. Alman Hukuku’nda da işyeri kavramı bilimsel, sanatsal, sınaî ve benzeri faaliyetlerin yapıldığı yer olarak kabul edilmektedir.^{588 589}

Aynı şekilde işyerinin eklentileri de işyeri kavramına dâhildir. İşyerinin eklentisi, konutun eklentisi kavramına kıyasen, içine girildiği takdirde işyerindekilerin huzur ve sükûnunu bozabilecek yerlerdir. Yine bir yerin eklenti sayılabilmesi için, işyerine bitişik veya çok yakın olması, işyeriyle aralarında bir bağlantı bulunması, etrafının çevrilmiş olması şart değildir; yalnızca eklenti olduğunun dışarıdan bakıldığında anlaşılır olması gereklidir. Bu anlamda otelin

⁵⁸⁶ İşyeri kavramı, “6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu”nda ekonomik kazanç esas alınarak (m. 11), 213 sayılı Vergi Usul Kanununda ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyetin yapıldığı yerler olarak (m. 156), 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda işveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla örgütlenen bir organizasyon olarak (m. 3), 4857 sayılı İş Kanunu’nda bir önceki Kanun’a benzer bir şekilde işveren tarafından oluşturulan bir organizasyon olarak (m. 2) ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda ise sigorta kavramı esas alınarak sigortalıların işlerini yaptıkları yer olarak (m. 11/2)” tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere işyeri kavramı, her bir Kanun tarafından, uygulama alanları dikkate alınarak tanımlanmıştır.

⁵⁸⁷ ERCAN, s.206; ÖZBEK, s.110.

⁵⁸⁸ KESKİN-KIZIROĞLU, Konut Dokunulmazlığı, s.61.

⁵⁸⁹ AİHM de işyeri kavramını, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında, konuttan saymaktadır. Bkz. AİHM, Niemietz/Almanya, no. 13710/88, 16 Aralık 1992, pr.30; aynı yönde bkz. AİHM, Elçi ve Diğerleri/Türkiye, no.23145/93, 25091/94, 13 Kasım 2003, pr. 696; Alman Anayasa Mahkemesi de konut kavramını işyerini de kapsayacak şekilde kabul etmektedir. Bkz. ÖZBEK, s.110.

yemek salonu, fabrikada çocuk emzirmek için ayrılmış yerler vb. de işyerinden sayılır.

b. İşyerinde Arama Yapılması

Yukarıda konutta arama yapılması ile ilgili olarak ifade edilen hususlar, işyerinde yapılan aramalar için de geçerlidir. Konut ile işyerinin aynı yer olduğu (home-office gibi) durumlarda ise konutta aramaya ilişkin hükümler uygulanır.⁵⁹⁰

3. Diğer Yerlerde Yapılan Arama

Diğer yerler, konut ve işyeri kavramına dâhil olmayan ancak özel mülkiyete tabi olan taşınmazlardır. Taşınır mallar diğer yer kavramı içinde değerlendirilmez.⁵⁹¹

Bir yerin bu kapsamda kabul edilebilmesi için, o yerin özel mülkiyete tahsis iradesinin dışarıdan bakıldığında anlaşılması gereklidir. Böylece kişinin haklı bir özel hayat beklentisi söz konusu olur ve arama kararı veya emri olmadan buralarda arama yapılamaz.⁵⁹² Bu bağlamda, bu yerlerin başkalarının serbestçe girişine karşı koruma altına alınmış olması⁵⁹³, üstlerinin kapalı olması gerekli olmasa da etrafının çit, duvar, tel örgü, çalı, taş, çukur vb. doğal ve yapay engeller ile çevrilmiş olması gereklidir.⁵⁹⁴ Ancak özel mülkiyete tabi olduğu herkesçe bilinen yerlerin etrafının çevrilmesine gerek yoktur.⁵⁹⁵

Bu anlamda konutun veya işyerinin bahçesi, konut veya işyeri ile bağlantılı olmayan bodrum, garaj, kömürlük, kiler, samanlık, depo gibi yerler ile tarla, bağ,

⁵⁹⁰ ERCAN, s.206.

⁵⁹¹ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.343.

⁵⁹² SCHEB II/SCHEB, s.433.

⁵⁹³ TURHAN, s.240; ÖZBEK, s.111; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.172.

⁵⁹⁴ ÖZBEK, s.111; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.172.

⁵⁹⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.330.

bahçe gibi yerler bu kapsamdadır. Ayrıca yeni inşa halindeki ev de diğer yer olarak kabul edilebilir.

4. Eşya Araması

a. Eşya Kavramı ve Arama İşleminin Yapılması

Eşya, maddi bir varlığa sahip olan, taşınabilir ve delil olma niteliğine sahip olan her şeydir.⁵⁹⁶

Eşya araması, şüpheli, sanık veya diğer bir kişiye ait her türlü taşınabilir malda, delil elde etmek amacıyla, gözle veya elle yapılan araştırma işlemidir. Örneğin kişinin çantasının, valizinin, yanında bulunan ancak giymemiş olduğu elbisesinin, kitaplarının, defterlerinin, belgelerinin, kâğıtlarının, mobilyalarının, aracının aranması bu kapsamdadır. Para da eşya kapsamında değerlendirilir.

Eşyanın kişinin mülkiyetinde ve yanında bulunması şart değildir; zilyetliğinde ve himayesi altında bulunuyor olması da yeterlidir.⁵⁹⁷ Dolayısıyla emanetçideki veya birisinin refakati altındaki bir eşya, bankada bulunan kasa da aranabilir. Konutta veya işyerinde bulunan eşyalar bakımından ise konutta veya işyerinde aramaya ilişkin hükümler uygulanır.

Eşya aramasında ölçülülük ilkesinin⁵⁹⁸ de bir gereği olarak aranan eşyanın bulunabileceği yerlere bakılmalı⁵⁹⁹, çekmecedeki çalıntı televizyon aranmamalıdır.⁶⁰⁰

⁵⁹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.334; ÖZBEK, s.117; ÖZBEK/BACAĞSIZ, s.177.

⁵⁹⁷ YILMAZ, Arama, s.277.

⁵⁹⁸ YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁵⁹⁹ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.348-349; YILMAZ, Arama, s.287.

⁶⁰⁰ ABD'de "Kibrit kurusunda fil aranmaz" diye bir özdeyiş vardır. Bkz. DEL CARMEN, s.203.

b. Araçta Yapılan Arama

Araç araması, AÖAY’de özel olarak düzenlense de (m. 29), aslında bir çeşit eşya aramasıdır⁶⁰¹ ve eşya araması ile ilgili olarak yukarıda ifade edilenler, araçta yapılan arama için de geçerlidir. Ancak aracın, konut veya işyerinde bulunması durumunda bu yerlerde arama yapılmasına ilişkin hükümler uygulanır.⁶⁰²

Araç, “her türlü nakil vasıta ve taşıtlarını” (AÖAY m. 4); otomobil, tren, gemi, uçak gibi kara, hava ve deniz ulaşım ve nakil araçlarını kapsar. Araç araması, dışarıdan bakıldığında görülebilen araç içi ile kapalı olan torpido ve bagaj gibi bölümlerde araştırma yapılmasıdır. Araç araması sırasında araçta bulunan kişilerin kaba üst araması yapılabilirse de buna dayanarak üst ve eşya araması yapılamaz.

“Araç araması, aracın durdurulduğu ilk yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Ancak detaylı inceleme yapılması gereken hallerde, araç başka yere götürülerek de arama yapılabilir. Deniz şartları sebebiyle arama yapmak mümkün olmaz veya ayrıntılı arama yapmak gerektiği halde, deniz aracı en yakın ve uygun limana çekilerek, arama işlemi burada yapılır. Araç araması, kişiye en az sıkıntı verecek şekilde ve makul olan en kısa sürede yapılır. Araç araması sırasında, araçta neyin neden arandığı hususu ilgiliye açıklanır. Araç araması sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar açılmaz, açılrsa dahi okunmaz. Bunun tek istisnası, zarfın içinde müsadereye tabi bir eşya bulunması ihtimalidir. Örneğin içinde uyuşturucu madde bulunduğundan şüphelenilen zarf açılabilir ve içinde inceleme yapılabilir.

⁶⁰¹ Doktrinde aracın diğer yerler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususunda bkz. ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.474.

⁶⁰² ERCAN, s.207; ÖNOK, s.266.

Boş araçlar arandığı takdirde, aracın üzerine arama yapıldığını belirten bir not bırakılır ve bu notta, arama tutanağının bir kopyasının alınabileceği yer belirtilir. Bu husus, kişinin yapılan işlemde haberdar olması ve başvuru yollarını kullanabilmesi bakımından önemlidir. Yapılan arama neticesinde bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse kişi yakalanır. Bu durumda yakalamaya ilişkin hükümler uygulanır” (AÖAY m. 29).⁶⁰³

Buna karşın, aracın dışarıdan bakıldığında görülen yerlerinde yapılan inceleme arama sayılmaz.⁶⁰⁴ Ancak, aracın kapalı olan bölümlerinde arama yapmak için karar veya emre ihtiyaç vardır.⁶⁰⁵

⁶⁰³ ŞEN, Ersan, Araç Araması, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı:214, Ekim 2013, s.15.

⁶⁰⁴ Bkz. YCGK., 8/11/2018, 2016/9-1166 E., 2018/514 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021; SCHEB II/SCHEB, s.435.

⁶⁰⁵ Bkz. Y. 9. CD., 14/3/2016, 2015/1397 E., 2016/2404 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

5. Üst Araması

a. Üst Araması Kavramı ve Arama İşleminin Yapılması

Üst araması, kişinin giyinik bedeni üzerinde, kıyafetleri arasında, delil elde etmek amacıyla yapılan araştırma işlemidir.⁶⁰⁶

Ancak AÖAY'de arama işleminin, kişinin elbiselerinde ve herhangi bir tıbbi müdahale olmadan ve araç kullanılmadan vücut yüzeyinde veya vücudunda bulunan, cinsel organlar veya anüs bölgesi dışında kalan doğal boşluklarında, mümkünse elektromanyetik cihazlarla değilse gözle veya elle yapılacağı (AÖAY m. 28/5) hususu düzenlenmiştir. Dolayısıyla vücut yüzeyinde yapılan inceleme işlemi de hatalı olarak üst araması olarak kabul edilmiştir. Hâlbuki vücut yüzeyinde yapılan inceleme aşağıda kısaca incelenecek olan dış beden muayenesidir ve ayrı hükümlere tabidir.

“Üst araması, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında ve mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka bir yere götürülerek arama işlemi yapılamaz. Gerektiğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir” (AÖAY m. 28/7).

“Üst araması yapılırken, kişinin bedenine müdahale edildiğinden, aranılan kimsenin ar ve hayâ duygularına özen gösterilmeli⁶⁰⁷, kişi aynı cinsiyette bulunan kolluk görevlisi tarafından aranmalı, bir kadının aranması bir kadın görevli tarafından yapılmalı” (AÖAY m. 28/3), bu esnada karşı cinsten kimse bulunmamalı ve kolluk tarafından kişinin utanmasını engelleyici her türlü tedbir

⁶⁰⁶TEZCAN, Durmuş, “Fransız Hukukunda Vücutta Arama ve Türk Hukukunda Durum” içinde Prof.Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s.214; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.888-889; İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma, İÜHFM, Cilt LXX, 2012, s.25.

⁶⁰⁷ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.283.

alınmalı⁶⁰⁸, herkesin içinde kişinin çıplak bırakılması sonucunu doğuracak şekilde arama işlemi yapılmamalıdır.

AÖAY’de, “Üst araması, normal olarak kişinin giysileri çıkarılmadan icra edilir. Ancak, kişinin kanunen izin verilmeyen bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphe varsa ve aramanın amacına başka türlü ulaşmak mümkün değilse kişinin giysileri çıkarılarak da arama işlemi yapılabilir. Bu şekilde arama yapılmadan önce neden buna gerek duyulduğu ve aramanın nasıl yapılacağı o birimde görevli en üst kolluk amiri tarafından ilgiye bildirilir. Bu durumda, öncelikle kişinin üst tarafındaki giysileri çıkartılır, bunlar giyildikten sonra alt tarafında bulunan giysiler çıkartılır; dolayısıyla kişi tamamen çıplak bırakılmaz” (m. 28/9) düzenlemesi ile çıplak arama yapılması hususu hüküm altına alınmıştır.

Öncelikle Anayasa ve Kanun’da çıplak arama yapılmasına izin veren herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.⁶⁰⁹ Anayasa (m.20) ve CMK’da üst araması (m.116) kavramı kullanılmış, çıplak aramaya ilişkin bir hükme ise yer verilmemiştir. İkinci olarak hak ve hürriyete Yönetmelik ile sınırlama getirilmesi, yukarıda ifade edilen kanunilik ilkesine aykırıdır. Üçüncü olarak, özel hayata saygı hakkına en üst seviyede müdahale eden tedbir bakımından, belirsiz bir kavram olan “makul şüphe” şartının aranması da yerinde olmamıştır.⁶¹⁰ Bunun

⁶⁰⁸ ERYILMAZ, Durdurma ve Arama, s.179; Jordan v. Gardner, 986, F. 2d. 1521(9th Cir. 1993) kararında ABD Federal Yüksek Mahkemesi, cinsel istismara yol açtığı gerekçesiyle, bayan mahkûmların erkek görevliler tarafından aranmayacağına karar vermiştir, aktaran ŞAHİN, Aramalar, s.515.

⁶⁰⁹ ŞEN, Ersan, “Çıplak Arama”, <https://www.hukukihaber.net/ciplak-arama-makale,8617.html>, Erişim Tarihi: 02/07/2021.

⁶¹⁰ Çıplak aramanın makul şüpheden daha yoğun bir şüphe şartı taşımasının gerekli olduğu hususunda bkz. Safford Unified Sch. Dist. No. 1 v. Redding, 557 U.S. 364, 376 (2009); CARBADO, Devon W., “Stop-and-Strip Violence: The Doctrinal Migrations of Reasonable Suspicion”, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol.55, 2020, s.490.

yanında uygulama, insan onurunu zedelemekte ve aşağılayıcı muamele teşkil etmektedir.⁶¹¹

Ayrıca, üst araması yapılırken vücut bütünlüğüne riayet edilmesi de önemlidir. Bu kapsamda, saç, sakal kazıma, zorla müshil içirme gibi uygulamalara başvurulmamalıdır.⁶¹² Aksi uygulama, insan haysiyetinin⁶¹³ zedelenmesi sonucunu doğurur.⁶¹⁴

b. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

aa. Kaba Üst Araması

Kaba üst araması, “yakalama” (CMK m. 90/4) veya “durdurma sonrası” (AÖAY m. 27/6-a), kişi üzerinde silah veya tehlikeli madde olup olmadığını tespit amacıyla, giysilerden herhangi biri çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde yapılan bir kontroldür. Maddede yer alan “*Kolluk, ..., kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra...*” ifadesi, kaba üst aramasının yapılmasına cevaz vermektedir (CMK m. 90/4). Dolayısıyla kaba üst aramasına

⁶¹¹ AİHM, cezaevinin güvenliği ve suçun ve düzensizliğin önlenmesi için çıplak arama yapılabileceğini kabul etmektedir (Bkz. Valasinas/ Lithuania, no.44558/98, ECHR 2001-VIII, pr.117; Iwańczuk/Poland, no.25196/94, 15 Kasım 2001, pr.59; Van der Ven/the Netherlands, no.50901/99, 04 Şubat 2003, pr.60, ECHR 2003-II; Frérot/France, no.70204/01, 12 Temmuz 2007, pr.38; Dejneke/Poland, no.9635/13, 1 Temmuz 2017, pr.60; Roth/Germany, nos.6780/18 30776/18, 22 Ekim 2020, pr.65). Ancak uygulamanın, meşru bir amaçla ve insan onuruna saygı esası gözetilerek uygun bir ortamda yapılması gerektiğini ifade etmektedir (Bkz. Wainwright/the United Kingdom, no.12350/04, ECHR 2006-X, pr.42; Dejneke/Poland, no.9635/13, 1 Temmuz 2017, pr.60; Roth/Germany, nos.6780/18 30776/18, 22 Ekim 2020, pr.65); ayrıca bkz. HELMER, Gabriel M.: "Strip Search and the Felony Detainee: A Case for Reasonable Suspicion." Boston University Law Review, vol. 81, no. 1, February 2001, s.240.

⁶¹² KANTAR, s.106; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1080; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.176.

⁶¹³ AYM'nin 04/02/2010 tarihli ve 2007/98 E., 2010/33 K. sayılı kararında insan haysiyeti kavramı; insanın hangi durum ve şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınması ve sayılması olarak ifade edilmiştir.

⁶¹⁴ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.25; ayrıca bkz. AİHM, Valasinas/ Litvanya, no.44558/98, 24 Temmuz 2001, pr.117-118: Karara konu olayda, ziyaretçisinin getirdiği yiyeceklerle koğuşuna dönmekte olan başvuruçunun çıplak bir şekilde, bayan görevlinin önünde, cinsel organları çıplak elle yoklanarak aranmasının, insan onurunu aşağılayan bir davranış olması sebebiyle, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olarak görülmüştür; Başka bir kararda AİHM, çıplak arama için yeterli gerekçeler bulunmadığından 8. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir, bkz.AİHM, Dejneke/Polonya, no.9635/13, 01 Haziran 2017, pr.76-77.

ancak, silahlı veya tehlikeli kişilerden kolluk güçlerini korumak amacıyla başvurulabilir.⁶¹⁵

Kaba üst araması, güvenlik amaçlı, yoklama suretiyle yapılması sebebiyle üst aramasına nazaran daha sınırlı bir aramadır. Dolayısıyla kaba üst araması, giysilerin çıkarılması, beden çukurlarının incelenmesi gibi detaylı bir şekilde üst araması yapılmasına imkân vermemektedir.⁶¹⁶

bb. Dış Beden Muayenesi

Beden muayenesi, delil elde etmek amacıyla şüphelinin, sanığın, mağdurun veya üçüncü kişilerin bedeni üzerinde, doktor veya sağlık memuru tarafından tıbbi müdahale ve araçların kullanılmasıyla yapılan araştırma ve inceleme işlemidir (CMK m. 75-76).⁶¹⁷

Beden muayenesi iç ve dış beden muayenesi olarak iki ayrı kurum halinde düzenlenmiştir⁶¹⁸. “İç beden muayenesi, kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesidir” (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3). Ayrıca, “cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır” (CMK m. 75/4). “Dış beden muayenesi, delil elde etmek amacıyla, vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesidir” (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3). Ayrıca, “girişimsel olmayan tıbbi

⁶¹⁵ SAMAHA, s.117.

⁶¹⁶ ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.339; kaba üst aramasının üst aramasına dönüşmesinin işlemi hukuka aykırı hale getirdiğine ilişkin olarak bkz. Y. 4. CD., 23/03/2021, 2020/13391 E., 2021/10358 K. karşı oy gerekçesi; YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁶¹⁷ İPEKÇİOĞLU, s.21.

⁶¹⁸ 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik.

görüntüleme yöntemleri de bedenin dış muayenesi sayılır” (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 5/4).

Bu çerçevede, dış beden muayenesi, kişinin çıplak bedeni üzerinde, vücudunun özelliklerini sistematik olarak araştırmaya yönelik bir inceleme işlemidir.⁶¹⁹ Dolayısıyla arama tedbirinin ötesine geçilip tıbbi inceleme aşamasına gelindiği anda artık aramadan değil dış beden muayenesinden söz edilmelidir.⁶²⁰ Ayrıca işlemi icra eden makam bakımından; üst aramasından farklı olarak dış beden muayenesi, bir tabip tarafından yerine getirilir.

Bunun yanında, dış beden muayenesinin yapılabilmesi için, müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması arandığı (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 5/3) halde; üst araması için böyle bir koşul aranmamaktadır.

Dolayısıyla her iki kurum da birbirinden farklıdır ve üst araması, kişinin bedenine müdahale yetkisi vermez.⁶²¹ Dış beden muayenesinin yapılması için, buna ilişkin koşulların oluşması gereklidir. Bu çerçevede, üst araması da dış beden muayenesine dönüşmemeli⁶²²; yukarıda bahsedilen giysilerin çıkartılması suretiyle yapılan aramada, kişinin çıplak soyulmasına, anüs ve cinsel organlarının görülmesine izin verilmemelidir.

⁶¹⁹ İPEKÇİOĞLU, s.25.

⁶²⁰ DOĞAN, s.160.

⁶²¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.333.

⁶²² YCGK., 18/10/2016, 2016/10-57 E., 2016/374 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018; İPEKÇİOĞLU, s.25.

Alman Hukuku'nda, kişinin üzerinde bulunan elbiselerin ve tıbbi bir araç kullanılmadan vücut sathında yer alan doğal açıklıkların aranması işlemi, arama tedbiri; vücut içinde yapılan arama veya inceleme işlemi ise beden muayenesi olarak kabul edilmektedir.⁶²³

6. Askeri Mahallerde Arama Tedbirine Başvurulması

“Askerî mahallerde⁶²⁴ yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının nezaretinde askerî makamların katılımıyla adlî kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de askerî makamların katılımıyla adlî kolluk görevlileri tarafından arama yapılabilir” (CMK m. 119/5).

Askeri makamların katılımı, hem yapılan işlemi hem de askeri şahısların da şüpheli olduğu durumlarda bu şahıslara müdahaleyi kolaylaştırmaktadır.⁶²⁵

7. Avukat Bürolarında Arama

a. Ölçülülük İlkesine Uyulması

Avukatlık mesleğinin önemi dolayısıyla, avukatlar hakkında arama kararı alınırken ölçülülük ilkesi⁶²⁶ göz önünde bulundurulmalıdır. Ölçülülük ilkesinin

⁶²³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.318 dn. 278; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.150; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.150.

⁶²⁴ Askeri mahal statüsüne sahip olan yerler; kıta (1'inci Ordu Komutanlığı gibi), karargâh (Kara Kuvvetleri Komutanlığı Karargâhı gibi) ve kıta ve karargâh dışında kalan askeri okul, dikimevi, fabrika, tersane, askerlik şubesi, ikmal merkezi, depo gibi askeri kurumlar (211 sayılı İç Hizmet Kanunu m.12) ile orduevleri, askeri gazinolar ve kışla gazinoları (m. 100) gibi münhasıran askerlik hizmetine sunulmuş olan yerlerdir. Askeri lojmanlar, askeri kışla içinde yer alıyorsa askeri mahal sayılacak; bunun dışında münferiden konuşlu ise askeri mahal sayılmayacaktır. Askeri araçlar, kara, deniz, hava dâhil, askeri mahal olarak kabul edilecektir.

⁶²⁵ ÖNDER, s.442.

⁶²⁶ Alman Anayasa Mahkemesinin 12.04.2005 tarihli ve 2 BvR 1027/02 Akruf-Nr. 051895 sayılı kararı: “Bir avukatlık bürosunun bütün databankına elkonulması ilgili avukatların ve onların müvekkillerinin bilgiye ilişkin kendi karar verme temel hakkına ve Anayasa'nın 2/1 maddesinde düzenlenen genel hareket özgürlüğünden kaynaklanan ekonomik faaliyette bulunma hürriyetine bir tecavüzdür....” Aktaran GERCKE, s.157.

varlığının tespitinde, kanuni asgari koşulların varlığı yanında, fiilin ağırlığı⁶²⁷, somut olayın koşulları, suç şüphesi ve buna ilişkin somut veriler⁶²⁸, bu tedbire başvuru zorunluluğu ile elde edilmesi umulan verilerin delil değeri, savunma hakkı kapsamındaki gizliliğin ihlal edilmesine neden olduğundan demokratik toplumun gerekleri⁶²⁹ kriterleri de dikkate alınmalıdır. Ölçülülük ilkesinin ihlali arama işlemini hukuka aykırı hale getirir.⁶³⁰

Ayrıca, yukarıda incelenen belirlilik ilkesi bağlamında, avukatın bürosunda yapılan aramada, elde edilmek istenilen eşya veya belge tam olarak ifade edilmelidir. Bu çerçevede, somut olarak aranacak eşya ve belgelerin belirlenmediği⁶³¹ veya tüm dokümanların aranması⁶³² gibi belirsiz nitelikteki kararlar, arama kararlarının sınırlı olması gerekliliğine aykırılık teşkil edecektir.

b. Avukatlık Kanunu Kapsamında Arama Yapılması

“Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri⁶³³ ve

⁶²⁷ Alman Anayasa Mahkemesinin 02.06.2005 tarihli ve 2 BvR 334/05 Abruf-Nr. 083 sayılı kararı: “Eski bir müvekkile yönelik bir hukuk davasıyla bağlantılı olarak emeklilik belgesinin zimmete geçirildiği iddiasıyla bir avukatın bürosunun aranması açık bir şekilde uygunsuz, ağır orantısız ve keyfidir. İddia olunan suç, alıkonulacak eşyaya nazaran çok az bir değere sahiptir ve ayrıca eski müvekkil için belgeye sahip olmanın ne tür bir değer ifade edeceği de belirsizdir” Aktaran GERCKE, s.157; Alman Anayasa Mahkemesinin 07.09.2006 tarihli ve 2 BvR 1141/05 Abruf-Nr. 063364 sayılı kararı: “...15 Euro'luk bir idari para cezasını gerektiren bir trafik kabahati nedeniyle bir avukatın bürosunun aranması açık bir şekilde uygunsuz ve bu nedenle de ağır bir biçimde orantısız ve keyfidir.” Aktaran GERCKE, s.158.

⁶²⁸ Bkz. AİHM, Niemietz/Almanya, no. 13710/88, 16 Aralık 1992, pr.37; Petri Sallinen ve Diğerleri/Finlandiya, no.50882/99, 27 Eylül 2005; Illiya Stefanov/Bulgaristan, no.44009/02, 22 Mayıs 2008.

⁶²⁹ ÜNVER/HAKERİ, s.424; ayrıca bkz. AİHM, Wieser ve Bicos Beteiligungen GMBH/Avusturya, no.74336/01, 16 Ekim 2007, pr.67.

⁶³⁰ ÜNVER/HAKERİ, s.424; ayrıca bkz. AİHM, Kruglov ve diğerleri/Rusya, nos.32324/06 26067/08, 4 Şubat 2020; pr.136.

⁶³¹ AİHM, Kolesnichenko/Rusya, no.19856/04, 9 Nisan 2009, pr. 33.

⁶³² AİHM, Robathin/Avusturya, no.30457/06, 3 Temmuz 2012, pr.47.

⁶³³ AİHM, Smirnov/Rusya, no.71362/02, 7 Haziran 2007: Başvuru konusu olayda müdafiliğini üstlendiği bir grup davalı sebebiyle başvuru avukatının evinde arama yapılmış, bir takım belgelere ve bilgisayarının

konutları ancak mahkeme kararı ile kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı⁶³⁴ ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz” (Av.K. m. 58/1).

Öncelikle buradaki düzenleme görev suçlarına ilişkindir.⁶³⁵ Dolayısıyla avukatın kişisel suçlarına ilişkin arama, bürosu hariç⁶³⁶, genel hükümlere göre yapılacaktır.⁶³⁷

Arama tedbirine, ancak mahkeme kararı ile başvurulabilecektir. Burada yer alan mahkeme, ağır ceza mahkemesidir” (Av.K. m. 59).

Arama işleminde Cumhuriyet savcısı bizzat hazır bulunacak, arama tanığı olarak da baro temsilcisi bulunacaktır. Arama tanığı olarak, genel aramadan farklı bir düzenleme yapılmış ve mesleki sır kavramını bilen, hangi belgelerin bu kapsama girdiğini değerlendirebilecek başka bir avukatın bulunması şartı getirilmiştir.⁶³⁸ Bu düzenlemenin amacı, avukatın mesleki bağımsızlığının⁶³⁹ ve mesleki sırlarının korunmasıdır.

anakartına elkonulmuştur. AİHM kararında; başvuranın ceza soruşturmasının bir öznesi olmadığı, verilen arama emrinin geniş ve belirsiz olduğu, polise hangi belge ve nesnelere elkonulacağı konusunda sınırsız derecede bir takdir hakkı verildiği, arama emrinin adaletin uygun işleyişi için kritik olan müdafinin evinde bulunan bazı belgelere ilişkin mesleki imtiyazın korunması bakımından güvenceler içermediği, bu nedenle başvuranın evinin aranması ve eşyalarına elkonulmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir, aktaran AKBEY, s.75.

⁶³⁴ ÜNVER/HAKERİ, s.423; ERDEM, s.126.

⁶³⁵ CENTEL/ZAHER, s.469.

⁶³⁶ ÇALIŞIR, s.111.

⁶³⁷ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.155; bkz. Y. 16. CD., 21/04/2016, 2015/4672 E., 2016/2330 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

⁶³⁸ Avukatın ofisinde yapılan aramada hukuk bilgisi bulunmayan komşunun bulunmasının etkili koruma sağlamadığı hakkında bkz. AİHM, Leotsakos/Yunanistan, no.30958/13, 04 Ocak 2019, pr.52.

⁶³⁹ AİHM, Illiya Stefanov/Bulgaristan, no.44009/02, 22 Mayıs 2008: Aramada hazır bulunan ve hiçbir hukuki eğitimi bulunmayan komşuların, polisin, başvurucunun özel hayatına orantısız müdahale etmesini engelleme olanağına sahip olmadığı belirtilerek, 8. Maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir; aynı yönde bkz. AİHM, Kruglov ve diğerleri/Rusya, nos.32324/06 26067/08, 4 Şubat 2020, pr.132.

Maddede üst aramasına ilişkin özel bir hüküm sevk edilmiştir. Buna göre, Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamayacaktır.

Hükmün adli mi yoksa önleme aramasına ilişkin olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, “hükmün amacının avukatın mesleğini serbestçe yerine getirebilmesinin sağlanması olduğu savından yola çıkarak, hükmün adli aramaya ilişkin olduğunu, dolayısıyla avukatlar hakkında önleme aramasına başvurulabilmesine engel herhangi bir durum bulunmadığını” savunmaktadır.⁶⁴⁰ Diğer bir görüş ise “yargının kurucu unsurlarında birisi olan avukatın, mesleğini icra ederken, örneğin bürosunda, adliyeye girişinde ne adli ne de önleme aramasına tabi tutulmasının kabul edilemeyeceğini; özellikle adliye girişinde diğer yargı mensuplarına uygulanmayan üst aramasının, yargının üçayağından birisi olan avukatlar hakkında uygulanamayacağını⁶⁴¹, ayrıca hükümde, suçüstü hali dışında avukatın adli aramaya tabi tutulamayacağı düzenlenmişken, önleme aramasına tabi tutulduğunun kabul edilmesinin de mümkün olmadığını ifade ederek, hükmün hem adli hem de önleme aramasına ilişkin olduğunu” savunmaktadır.⁶⁴²

Kanaatimce avukat, mesleğini icra etmek amacıyla bulunduğu büro, adliye giriş ve çıkışlarında, kamu kurumlarına veya özel işyerlerinin giriş ve çıkışlarında, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali dışında, adli ya da önleme amaçlı üst

⁶⁴⁰ ERDEM, s.120; CİN, s.1128; VURALDOĞAN, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”, Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı:6, 2005, s.18.

⁶⁴¹ ŞEN, Avukatın Aranması.

⁶⁴² ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s.327; ŞEN, Avukatın Aranması; ÖRS, s.123.

aramasına tabi tutulmamalıdır.⁶⁴³ Bundan amaç, yukarıda da belirtildiği üzere, avukatın sır saklama yükümlülüğünün, mesleki itibarının korunmasıdır. Ancak, avukatlık mesleğinin icra edilmediği durumlarda, avukat hakkında önleme aramasına başvurulmasına engel bir durum bulunmamaktadır.⁶⁴⁴

Tartışmalı diğer husus ise üst aramasına ilişkin hükmün, görev suçları bakımından mı yoksa adi suçlar bakımından mı geçerli olduğudur. Doktrinde “madde başlığı ve metinden yola çıkarak hükmün görev suçuna ilişkin olduğunu savunlar”⁶⁴⁵ olduğu gibi; “özellikle hükmün yer aldığı cümlede adi ve görev suçu ayrımı yapılmadığından, adi veya görev suçu olup olmadığına bakılmaksızın ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamayacağını savunalar” da⁶⁴⁶ vardır. Kanaatimce, her ne kadar maddede görev suçlarına ilişkin bir düzenleme yapılmış olsa da son cümlede yer alan “Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı...” ifadesi göz önüne alındığında, adi suç veya görev suçu ayrımı yapmaksızın, bu kapsama girmeyen durumlarda avukatlar hakkında üst araması yapılamamalıdır.

c. Avukatların Ceza İnfaz Kurumlarında Aranması

Ceza infaz kurumlarına giren herkes hakkında üst ve eşya araması tedbiri uygulanır. Ancak avukatlar hakkında bu konuda da istisnai bir düzenleme söz konusudur (CGTİHK m. 86/3). Buna göre, avukatların üstleri ağır cezayı

⁶⁴³ Danıştay 8. Dairesinin 12/11/2010 tarih, 2010/5626-6024 E.-K. sayılı kararı: “...Avukatlık Yasası uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranamaz. Suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiği açıktır. Davalı İdarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğu, davacının manevi zararının karşılanmasına,...karar verilmesi uygundur.”, Aynı yönde Ankara 3. İdare Mahkemesinin 11/06/2004 tarih 2003/1192 E. ve 2010/6024 K. sayılı kararı.

⁶⁴⁴ YILMAZ, Arama, s.276; KOCAOĞLU, s. 54; AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.92.

⁶⁴⁵ VURALDOĞAN, s.20.

⁶⁴⁶ ŞEN, Ersan, Avukat, Hâkim ve Savcıların Aranması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2013-2, s.342; ÖRS, s.119.

gerektiren suçüstü halleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı ikazının sürmesi halinde avukatlar, ancak elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler.

Ayrıca, ceza infaz kurumlarına giren avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar da incelemeye tabi tutulamaz (m. 86/4). Böylece avukatların sır saklama yükümlülüğü ve savunma hakkı koruma altına alınmıştır.

d. CMK Kapsamında Arama Tedbirine Başvurulması

CMK'da görev suçu veya kişisel suç ayrımı yapılmaksızın⁶⁴⁷, “avukatın bürosunda arama, elkoyma ve postada elkoyma tedbirleri” düzenleme altına alınmıştır (CMK m. 130). Elkoyma tedbiri bir sonraki bölümde incelenecektir.

Buna göre, “avukatın bürosu ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranacak ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat⁶⁴⁸ da aramada hazır bulundurulacaktır” (CMK m. 130/1).⁶⁴⁹ Burada, doktrindeki aksi görüşe rağmen⁶⁵⁰; avukatın

⁶⁴⁷ GÜLŞEN, Ceza Muhakemesi, s.92.

⁶⁴⁸ AİHM, İliya Stefanov/Bulgaristan, no. 65755/01, 22 Ağustos 2008, pr. 43: “Ek olarak, mahkeme, aramanın iki yeminli tanığın varlığında yürütüldüğünü, bunların yasadaki niteliklere sahip olmayıp komşulardan olduklarını belirtmektedir. Bu durum bir soruna neden olabilir, şöyle ki, böyle bir yasal ehliyetten yoksunluk bu gözlemcilerin, soruşturma ekibinden bağımsız bir biçimde, hangi materyalin mesleki imtiyaza tabi olduğu hususunu ayırt etmeye gerçek anlamda muktedir olmamalarına; bunun sonucu olarak da polisin başvuruçunun meslek sırrını orantısız olarak ihlal etmelerine karşı etkili bir güvence sağlamamalarına yol açar...” Aktaran SOYGÜT ARSLAN, s.122; aynı yönde AİHM, Kolesnichenko/Rusya, 9.4.2009, No.19856/04, pr. 34; arama tanığı olmamasının işlemi hukuka aykırı hale getirdiğine ilişkin olarak bkz. Y. 16. CD., 21/04/2016, 2015/4672 E., 2016/2330 K.

⁶⁴⁹ Fransa’da baro başkanı usule aykırı saydığı takdirde avukat bürosundaki şeylere elkonulmasına muhalefet edebilmekte, bu durumda üzerinde uzlaşma bulunmayan şey ya da belge mühür altına alınmakta, dosyaya konulmaması koşuluyla tutanak düzenlenmekte ve gerekli kararı vermesi için yetkili hâkime sevk edilmektedir. PRADEL, Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, (Türkçeye Çeviren: Sulhi DÖNMEZER), Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.249-250.

⁶⁵⁰ ÖZBEK/BACAĞIZ, s.173.

şüpheli⁶⁵¹, sanık ya da diğer kişi⁶⁵² olmasının da bir önemi yoktur.⁶⁵³ Aksi halde, CMK ile getirilen bu özel düzenlemenin hiçbir anlamı kalmayacaktır.⁶⁵⁴

Fıkarda yer alan “mahkeme kararı” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir kısım, Avukatlık Kanunu ile birlikte değerlendirme yapılarak, bundan ağır ceza mahkemesinin anlaşılması gerektiğini savunmaktadır.⁶⁵⁵ Diğer bir kısım ise soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkimliğinin, kovuşturma evresinde ise mahkeme kararı ile arama tedbirine başvurulabileceğini⁶⁵⁶, aksi halde “mahkeme kararı” ifadesinin lafzi yorumu ile yetinilerek bu tedbire yalnızca kovuşturma aşamasında başvurulabileceği anlamının çıkarılmaması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁵⁷ Ayrıca koruma tedbirlerinde kıyas yasağı olması sebebiyle, CMK’da değişiklik yapılmadan⁶⁵⁸, mahkeme kararı olmadan bu tedbire başvurulamaz.

Arama tanığına ilişkin husus yukarıda ifade edildiğinden yalnızca değinilmekle yetinilecektir.

Son olarak arama işlemi, mesleki anlamda imaj zedelenmesine⁶⁵⁹ neden olduğundan⁶⁶⁰, mümkün olduğunca müvekkillerin bulunmadığı bir zamanda yapılmalıdır.⁶⁶¹

⁶⁵¹ Özellikle avukatın suça iştirak şüphesiyle arandığı durumda sağlam dayanak noktaları yani somut deliller olmalıdır. Bkz. GERCKE, s.155.

⁶⁵² Alman Hukuku’nda avukatlar da diğer kişiler içinde değerlendirilmesi hususunda bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.326; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.168.

⁶⁵³ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.155; DOĞAN, s.169.

⁶⁵⁴ KOCAOĞLU, s.58.

⁶⁵⁵ ERDEM, 121; ÖRS, s.131.

⁶⁵⁶ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.350.

⁶⁵⁷ PARLAR/HATİPOĞLU, s.520; ÖNOK, s.265.

⁶⁵⁸ ÜNVER/HAKERİ, s.423.

⁶⁵⁹ AİHM, İliya Stefanov/Bulgaristan, no.65755/01, 22 Ağustos 2008, pr.38: “...Mahkeme ayrıca aramanın yapılış biçimi ve avukat bürosu söz konusu olduğunda aramanın mesleki imtiyaza tabi eşyaya elkonulmasını engellemek açısından bağımsız bir gözlemcinin eşliğinde yapılıp yapılmadığını denetler. Mahkeme, son olarak aranan kimsenin saygınlığı ve iş hayatına olası yansımalarının genişliğini dikkate almalıdır...” Aktaran SOYGÜT ARSLAN, s.120.

⁶⁶⁰ GERCKE, s.153.

⁶⁶¹ GERCKE, s.156.

CMK'da ayrı bir düzenleme yapılmadığından, avukatın kişisel suçlarından dolayı konutunun aranması, genel hükümlere tabidir.

Avukatın bilgisayarında yapılan arama ve elkoyma bakımından, özel bir hüküm getirilmediğinden, bu hususta CMK m. 130 ile m. 134 birlikte uygulanacaktır.⁶⁶² Burada önemli olan bir husus, “baro başkanı veya onu temsilen aramada hazır bulunan avukatın”, yapılan işlemi, hangi arama kriterlerine başvurulduğu, hangi dosyalarda arama yapıldığı, hangi dosyaların kopyalandığı vb. hususları denetleyebilmesidir.^{663 664}

III. ARAMA KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ

A. ARAMA YAPMA YETKİSİ VE KATLANMA YÜKÜMLÜĞÜ

Arama işlemini, gerektiğinde zor kullanmayı gerektiren bir işlem olması sebebiyle, yalnızca kolluk görevlileri yapabilirler (CMK m. 119/1). Kolluğa tanınan bu yetkiyi özel kişiler kullanamaz.^{665 666}

Katlanma yükümlülüğü, şüpheli veya sanığın, kendisine karşı yürütülen ceza muhakemesi işlemlerine karşı koymamasıdır. Bu katlanma etkin bir şekilde aktif katlanma veya hareketsiz veya sessiz kalarak pasif katlanma yükümlülüğü

⁶⁶² ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.392; DEĞİRMENCİ, s.325; ÖZEN, Muharrem/BAŞTÜRK, İhsan, Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.151; ÜNAL, Osman Gazi, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s.94-95.

⁶⁶³ DEĞİRMENCİ, s.325.

⁶⁶⁴ Bkz. AİHM, Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya, no.74336/01, 16 Ekim 2007, pr.57; Niemietz/Almanya, no. 13710/88, 16 Aralık 1992, pr. 37.

⁶⁶⁵ Roma ve Eski Yunan'da arama işlemi suçtan zarar gören kişi veya yakınları tarafından yerine getirilirdi. Roma İmparatorluğu döneminde ise arama işlemi bu konuda görevli devlet memuru ile birlikte mağdur tarafından gerçekleştirilirdi. Bkz. AKSOY, s.24, 25.

⁶⁶⁶Özel kişilere delil elde hakkının tanınmasının, hukukun dolanılmasını sağlayarak mafya oluşumları destekleyeceği hususunda bkz. AKYÜREK, Güçlü, Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, TBB Dergisi, Yıl: 2012, Sayı: 101, s.78.

şeklinde olabilir.⁶⁶⁷ Arama tedbiri bakımından şüpheli ya da sanığın pasif katlanma yükümlülüğü söz konusudur.

B. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİYLE İLETİŞİME GEÇİLMESİ VE KİŞİYE BİLGİ VERİLMESİ

Bilgi verme, arama işleminin hangi suçtan, kime karşı yapıldığı ve aramanın konusu hususunda ilgili kişiyi aydınlatma amacı taşıyan bir işlemdir. CMK'da, şüpheli veya sanıkla ilgili aramalar bakımından aramanın amacı hakkında bilgi verilmesi hususu düzenlenmemiş; yalnızca “şüpheli veya sanık dışındaki diğer kişilerle ilgili aramalar bakımından zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce, aramanın amacı hakkında bilgi verilmesi” hususu düzenleme altına alınmıştır (CMK m. 120/2).⁶⁶⁸

Bu çerçevede, CMK'da şüpheli ve sanık bakımından böyle bir düzenleme olmasa da hukuk devleti ve insan haklarına saygı ilkeleri gereğince, aramaya maruz kalan kişiye bilgi verilmelidir.⁶⁶⁹ Bu husus, kişinin hakkındaki suçlamaları öğrenmesi⁶⁷⁰ (AİHS m. 6/3) ve savunma hakkının (AİHS m. 6/3) bir gereğidir.⁶⁷¹ Nitekim Alman Hukuku'nda böyle bir düzenleme olmamakla birlikte, hukuk devletinin bir gereği olarak bildirimin zorunlu olduğu kabul edilmektedir.^{672 673}

⁶⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. İNCİ, Katlanma Yükümlülüğü, s.119-168.

⁶⁶⁸ Alman CMK m. 106/2'de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.130.

⁶⁶⁹ AİHM, Camenzind/İsviçre, no.21353/93, 16 Aralık 1997, pr.45-47.

⁶⁷⁰ YENİSEY, s.28.

⁶⁷¹ CENTEL/ZAHER, s.468; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.200; YILMAZ, Arama, s.285.

⁶⁷² ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, 2016, s.414; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.480; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.200.

⁶⁷³ Doktrinde, “bu durumun önemli bir eksiklik olmakla birlikte isnadı öğrenme hakkını düzenleyen AİHS m.6/3'e aykırılık teşkil etmediği ileri sürülmekte; gerekçe olarak da bu ilkenin yargılama sırasında uyulması gereken bir düzenlemeyi içerdiği, maddenin özünün, sanığın savunmasını hazırlayabilmesi için hakkındaki isnadı öğrenmesi olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. FEYZİOĞLU, Metin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca Isnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku, TBB Dergisi, Sayı:55, 2004, s.103; Buna karşın AİHM uygulamasında, bireyin suç işlediğinden şüphelenilerek hakkında bir hazırlık soruşturması açılmış bulunması da suç isnadı niteliğinde olduğu hususunda bkz. İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 2008, s.101.

Aramanın amacı hakkında bilgi verilmemesi gibi eksik veya yanlış bilgi verilmesi de dürüst işlem ilkesine aykırılık teşkil ederek, arama işlemini hukuka aykırı hale getirir.⁶⁷⁴ Uygulamada bilgilendirme, arama kararı veya emrinin, aramaya başlamadan önce, ilgili kişiye gösterilmesi ve arama işleminin sonucunda da bir örneğinin kendisine verilmesi suretiyle yapılmaktadır.

C. ARAMADA HAZIR BULUNABİLECEK KİŞİLER VE ARAMA TANIĞI

Hem hazır bulunanların hem de arama tanıklarının, bir nevi gözlemci statüsüyle arama işlemine katılması⁶⁷⁵, aramaya maruz kalanlar ve kolluk görevlileri için teminattır.⁶⁷⁶ Aramaya maruz kalanlar bakımından, arama işlemine itiraz edebilme ve savunmada bulunma imkânı sağlayarak savunma hakkını daha en baştan güvence altına almış olmaktadır.⁶⁷⁷ Kolluk görevlileri bakımından ise aleyhine ileri sürülen iddiaların çürütülebilmesi imkânını sağlar.

1. Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler

“Bir yer veya eşya araması sırasında, aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir. Bu kişiler bulunmazsa onların yerine temsilci, ayırt etme gücüne sahip hısımlardan biri, kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur” (CMK m. 120/1, AÖAY m. 30/13-a).⁶⁷⁸

Arama işleminde hazır bulunma, Devlet tarafından yapılan bir işlemin denetlenebilir olması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır.⁶⁷⁹ Hükmün

⁶⁷⁴ PARLAR/HATİPOĞLU, s.498; AİHM, neyin arandığı hakkında bilgi verilmemesi sebebiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bkz. AİHM, Elçi ve Diğerleri/Türkiye, no.23145/93 25091/94, 13 Kasım 2003, pr.693.

⁶⁷⁵ CENTEL/ZAFER, s.468; ŞEN, Aramalara Katılma, s.95.

⁶⁷⁶ GERCKE, s.154.

⁶⁷⁷ ÖZBEK, s.128.

⁶⁷⁸ Alman CMK m. 106/1'de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.130.

⁶⁷⁹ YENİSEY, s.161.

konuluş amacı da aramaya maruz kalan kişiye aleyhindeki delilleri çürütebilme, lehinde olan delilleri ise ileri sürebilme imkânı tanıyarak savunma hakkını güvence altına almaktır.⁶⁸⁰

Düzenleme, her ne kadar yer ve eşya aramaları bakımından getirilmiş olsa da yapılan işlemin denetlenmesi ve aramanın hukuka uygun yapıldığının ortaya konulması bakımından, üst aramasında da uygulanmalıdır. Burada konut dokunulmazlığının veya mülkiyet hakkının, kişinin vücut bütünlüğü ve özel hayatına saygı gösterilmesi hakkından daha üstün bir değere sahip olduğu izlenimi bırakılması doğru değildir.⁶⁸¹

Kişiyi en iyi kendisinin savunabileceği düşüncesiyle, öncelikli olarak aramaya tabi olan “yerin sahibi veya eşyanın zilyedinin” aramada hazır bulunabileceği düzenleme altına alınmıştır. Kanun koyucu, “*bulunabilir*” ifadesine yer vererek (CMK m. 120/1) bu kişiler bakımından, hazır bulunmayı bir zorunluluk olarak değil, ihtiyari bir hak olarak düzenlemiştir.⁶⁸²

Burada yer alan “*sahip*” ve “*zilyed*” terimlerini özel hukuktaki anlamından daha geniş olarak kabul etmek gereklidir.⁶⁸³ Nitekim burada esas olan mülkiyet hakkı değil, kişinin aramaya tabi yeri ya da eşyayı fiilen kullanıp kullanmadığıdır.⁶⁸⁴ Buradaki “*yer*” ifadesi, hükmün taşınmazlara, arama bağlamında konut, işyeri veya diğer yerler, ilişkin olduğunu ortaya koymakta;

⁶⁸⁰ ÖZBEK/BACAĞSIZ, s.196; Bkz. YCGK, 06/02/2020, 2016/1146 E., 2020/68 K, (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

⁶⁸¹ İtalyan CMK m. 249’da, “üst aramasında, aramaya maruz kalacak kişinin güvendiği birisinin hazır bulunmasını temin etme hakkına sahip bulunduğu ve bu hususun da hatırlatılması gerektiği” hususu düzenleme altına alınmıştır. Bkz. ÖNOK, s.290.

⁶⁸² ÖZBEK/BACAĞSIZ, s.197.

⁶⁸³ ÖZBEK/BACAĞSIZ, s.196.

⁶⁸⁴ ÖNDER, s.443; DOĞAN, s.176 dn.58.

“sahip” ifadesi ise yere malik olanı da kapsayacak şekilde kiracı dâhil fiilen kullanan herkesi kapsamı içine almaktadır. Bunun için kiracının kira sözleşmesinin olmasına dahi gerek yoktur.⁶⁸⁵

Eşyanın zilyedi ise aramaya tabi eşyayı fiilen elinde bulunduran herkeştir. Sahip veya zilyed birden fazla ise her birinin ayrı ayrı hazır bulunma hakkı vardır.⁶⁸⁶ Aramaya tabi olan yerin sahibi veya eşyanın zilyedi, genellikle şüpheli veya sanıktır. Şüpheli veya sanık olmak hazır bulunmaya engel değildir. Ancak, bankadaki kiralık kasanın aranmasında bankanın zilyed sıfatına sahip olması gibi, üçüncü kişiler de zilyed olabilir. Bu durumda diğer kişilerin aramasına ilişkin hükümler uygulanır (CMK m. 117).

Yerin sahibi veya eşyanın zilyedi, gözaltında bulunması, tutuklu olması veya başka bir sebeple hazır bulunamazsa, bu kişilerin temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip hısımlardan biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu, yerin sahibinin veya eşyanın zilyedinin menfaatini korumak⁶⁸⁷ amacıyla arama işleminde hazır bulundurulur. Diğer kişiler ancak yerin sahibi veya eşyanın zilyedinin hazır bulunmadığı durumlarda onların yerine bulunabilir. Bunun aksine, sahip veya zilyet orada bulunmakla beraber bu hakkından vazgeçerek aramaya katılmaz veya hazır bulunduktan sonra çıkıp gidecek olursa, diğer kişilerin onların yerine hazır bulundurulması zorunluluğu ortadan kalkar.⁶⁸⁸

Diğer kişilerin arama işleminde bulundurulması, doktrindeki aksi görüşe rağmen⁶⁸⁹, zorunludur. Maddede yer alan “bulundurulur” ifadesi ve hükmün

⁶⁸⁵ ÖZBEK/BACAKSIZ, s.196.

⁶⁸⁶ ÖZBEK/BACAKSIZ, s.196.

⁶⁸⁷ ÖZBEK/BACAKSIZ, s.197.

⁶⁸⁸ Madde gerekçesi; PARLAR/HATİPOĞLU, s.496; TURHAN, s.247.

⁶⁸⁹ Doktrinde, “diğer kişilerin bulundurulması mutlak bir imkânsızlık içindeyse veya bulundurulmaya çalışılması aramanın amacını tehlikeye düşürecekse veyahut da bütün gayretlere rağmen hiç kimsenin hazır bulundurulmadığı durumlarda aramayı yapan kolluk görevlisinin takdirinde, konu tutanakla kayıt altına

konuluş amacının arama işleminin denetimi olduğu hususu dikkate alındığında, bu kişilerin bulundurulmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmalıdır. Burada kolluğa bir takdir yetkisi verilip diğer kişilerin her türlü çabaya rağmen bulunmadığı hususuna dayanılarak, kuralın uygulanmasından imtina edilemez.⁶⁹⁰

Aramada bulunabilecek kişiler sayma yolu ile sınırlı olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla maddede sayılan kişiler dışında herhangi bir kimse arama işleminde hazır bulunamaz.⁶⁹¹ Örneğin kolluk görevlileri hazır bulunan sıfatıyla arama işlemine katılamazlar. Özellikle, arama işlemine gölge düşürecek şekilde, aramaya maruz kalan kişiyle arasında husumet bulunan mağdurun, şikâyetçinin, bunların temsilcileri ile avukatlarının⁶⁹², maddede sayılan kişilerden olsa dahi, arama işlemi sırasında hazır bulunması kabul edilemez. Aramaya maruz kalan kişinin bu konudaki rızasının da herhangi bir geçerliliği yoktur.⁶⁹³ Böyle bir uygulama arama işleminin tarafsızlığına gölge düşürebileceği gibi, bizzat Anayasa'da koruma altına alınan özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkını da ihlal eder.⁶⁹⁴ Aynı şekilde, arama kamuya açık bir işlem olmadığından, medya mensupları da aramada hazır bulunamaz.⁶⁹⁵

alınmak şartıyla, bu kişilerin bulundurulmasından imtina edilebileceği" ifade edilmektedir. Bkz. KARAKEHYA, s.253; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.352; ÖZBEK/BACAKSIZ, s.198; PARLAR/HATİPOĞLU, s.496.

⁶⁹⁰ Alman Hukuku'nda ise "möglich olduğu takdirde bulundurulur" ifadesi kullanıldığı için herhangi bir zorunluluk söz konusu değildir, bu kişiler bulunmadan da arama işlemi yapılabilmektedir. Bkz. TURHAN, s.247.

⁶⁹¹ YENİDÜNYA/İÇER, s.399.

⁶⁹² Uygulamada ise müşteki avukatının aramada hazır bulunmasına olanak tanınmakta ve özellikle FiSEK kapsamında yapılan aramalarda, elde edilen eşya bu kişiye yediemin olarak bırakılmaktadır. Bkz. ÖNOK, s.290.

⁶⁹³ ÖKTEN, s.45.

⁶⁹⁴ ŞEN, Aramalara Katılma, s.96.

⁶⁹⁵ ABD Federal Yüksek Mahkemesi, kolluk mensuplarının arama işleminin icrasında yanlarında medya mensuplarını da bulundurmalarını, hem özel hayat alanının ihlal edilmesi hem de arama kararının dışına çıkılması gerekçesiyle, Anayasa'nın ihlali olarak değerlendirmiştir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.351 dn. 338; Wilson v. Layne, 119 S. Ct. 1692 (1999), aktaran CHUN, Brian H., The Unclearly Established Rule Against Unreasonable Searches and Seizures, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 90, No:3, 2000, s.15.

2. Arama Tanığı Bulundurulması

“Cumhuriyet savcısının hazır olmadığı konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde⁶⁹⁶ arama yapabilmek için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur” (CMK m. 119/4).⁶⁹⁷ Dolayısıyla esas olan Cumhuriyet savcısının, bu mümkün olduğu takdirde diğer tanıkların hazır bulunmasıdır.⁶⁹⁸ Ayrıca diğer kişilerin iki kişi olması zorunludur, bunun yerine bir kişinin hazır edilmesi, arama tanığı koşulunun sağlanmaması sonucunu doğurur.⁶⁹⁹ Bu kişilere “arama tanığı”, “merasim tanığı”, “işlem tanığı” adı verilmektedir.⁷⁰⁰ Biz sıklıkla kullanılan “arama tanığı” terimini tercih edeceğiz.⁷⁰¹

Arama tanıkları, bağımsız gözlemciler olarak, kapalı yerlerde yapılan arama işleminin kamuya açık hale getirilmesi, yapılan işlemin kişilerin saygınlıkları üzerindeki olası olumsuz etkilerinin sınırlandırılması⁷⁰², kolluk hakkında muhtemel aleyhte iddiaların önüne geçilmesini, delil güvenliğinin

⁶⁹⁶ AÖAY’de ayrıca “geceleyin herkesin girip çıkabileceği lokanta, bar, pavyon, gazino, meyhane gibi yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlerin aranmasında tanık bulundurulması gerekmez” (m. 30/13-d) hükmü ile kamuya açık kapalı alanlarda tanık bulundurulmayacağı hususu açıkça ifade edilmiştir.

⁶⁹⁷ Alman Hukuku’nda “hâkim ve savcı olmadan yapılan aramalarda arama tanığı bulundurulması” zorunlu tutulmuş (Alman CMK pr. 105/2), maddede “*imkân varsa*” ifadesine yer verilerek bu zorunluluk hafifletilmiştir. Ayrıca, arama tanığı olarak arama yapılacak belediyenin bir memuru veya belediyenin, kolluk görevlisi olmayan, iki üyesinin bulundurulacağı düzenleme altına alınmıştır. Bkz. GERCKE, s.154; YENİSEY/OKTAR, s.129.

⁶⁹⁸ Doktrinde DONAY, böylesine ağır sonuçlar doğurabilecek bir arama işleminde hukuk bilgisi olmayan ihtiyar heyeti veya komşu yerine Cumhuriyet savcısının hazır bulunmasının bir zorunluluk olarak aranmasının gerekli olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. DONAY, Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s.194.

⁶⁹⁹ Bkz. YCGK., 06/02/2020, 2016/1146 E., 2020/68 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

⁷⁰⁰ ÖNOK, s.288.

⁷⁰¹ Uygulamada, arama işlemi olay yeri inceleme ekipleri tarafından kamera kaydına alınmaktadır. Arama işleminin kamera ile kayıt altına alınması, kolluk görevlileri bakımından yararlı bir uygulama olsa da arama tanığı yerine geçmez. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.350.

⁷⁰² Bkz. AİHM, Avaz Zeynalov/Azərbaycan, nos:37816/12 ve 25260/14, 22 Nisan 2021, pr.86; Smirnov/Rusya, no.71362/02, 7 Haziran 2007, pr.44; Buck/Almanya, no.41604/98, 28 Nisan 2005, pr.45; Vinks and Ribicka/Latvia, no.28926/10, 30 Haziran 2020, pr.103.

sağlanmasını ve aramanın her türlü şüpheden uzak bir şekilde yerine getirilmesini sağlanmayı amaçlamaktadır.⁷⁰³

Bu çerçevede, arama tanığı bulundurulması şekle ilişkin bir koşul olarak kabul edilemez.⁷⁰⁴ Yargıtay'ın bu yaklaşımı kabul edildiği takdirde, arama tanığına ilişkin hüküm, fiilen yürürlükten kalkmış olacaktır ki⁷⁰⁵ bunun ne kuvvetler ayrılığı ne de hukuk devleti ilkesiyle bir ilgisi bulunmaktadır.

Ayrıca, amacı hem kişilerin temel hak ve hürriyetlerini güvenceye almak hem de kolluk görevlilerini haksız ithamlara karşı korumak olan bir hükmün, şekle ilişkin olduğu kabul edilmemelidir.⁷⁰⁶ Aksinin kabulü, temel hak ve hürriyetlerin zarar görmesi ve kolluk görevlilerinin haksız ithamlarla karşılaşmasına neden olabilir.⁷⁰⁷ Ayrıca, bu hükmün bir an için şekle ilişkin olduğu kabul edildiği takdirde, neden bir hukuk devletinin kendi koyduğu basit şekle ilişkin kurallara uymadığı sorusu akla gelmektedir.⁷⁰⁸ Eğer ki mevcut düzenlemenin gereksiz olduğu düşünülüyorsa yapılacak olan onu uygulamamak değil, kanunu değiştirmektir.⁷⁰⁹

⁷⁰³KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1238; YENİSEY/NUHOĞLU, s.398; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.350; YILMAZ, Arama, s.284; KAHRAMAN, Arama, s.374; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.194; BAKİ, s.120; AYDIN, Murat, Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:8, Aralık 2008, s.105; KARAKEHYA, s.253; ayrıca bkz. YCGK, 06/02/2020, 2016/1146 E., 2020/68 K., (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/03/2021.

⁷⁰⁴Bkz. YCGK., 06/02/2020, 2016/1146 E., 2020/68 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/03/2021; aksi yöndeki Yargıtay kararları için bkz. YCGK, 07/03/2017, 2016/1067 E., 2017/131 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018, YCGK., 13/3/2012, 2011/8-278 E. ve 2012/96 K. (www.kazanci.com); YCGK., 26/06/2007, 2007/7-147 E., 2007/159 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁷⁰⁵ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.68; AYDIN, Arama Tanıkları, s.124.

⁷⁰⁶ ERCAN, s.207; KARAKEHYA, s.253.

⁷⁰⁷ Aynı yönde TANER/ÖNTAN, s.2465.

⁷⁰⁸ GÖDEKLİ, Mehmet, Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı, AÜHF Dergisi, Sayı: 65-4, Yıl:2016, s.1859.

⁷⁰⁹ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.68; AYDIN, Arama Tanıkları, s.124.

İkinci olarak, yapılan işleme yönelik itirazın olmamasının işlemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir.⁷¹⁰ Öncelikle, fıkra da kişinin doğrudan ya da dolaylı rızasının işlemi hukuka uygun hale getirdiğine dair bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla, bu hüküm kişiler itiraz etsin ya da etmesin uygulanmak durumundadır. Aksinin kabulü, baştan bu kuralın uygulanmaması sonucunu doğurur ki bunun da kabulü mümkün değildir.⁷¹¹

Arama tanıkları, arama işlemine başlanmadan önce⁷¹² ve aranan yerin güvenliği sağlandıktan sonra, arama işleminin başından sonuna aramanın yapıldığı yerde bulundurulmalıdır.⁷¹³ Aramaya maruz kalan kişi, bundan yazılı feragat etse⁷¹⁴, hatta tanık bulundurulmasını istemese dahi bu koşul yerine getirilmelidir.⁷¹⁵ Ayrıca, arama işlemine başlamadan önce bu kişilere, görevlerini daha iyi yerine getirebilmeleri için⁷¹⁶, tanık olma nedeni ve aramanın amacı hakkında bilgi verilmelidir.⁷¹⁷

Bu konuda kolluğa takdir yetkisi verilerek, tanıkların getirilmesinin zaman alacağı gerekçesiyle⁷¹⁸ kuralın uygulanmaması söz konusu olamaz.⁷¹⁹ Fıkra da “bulundurulur” denilerek bu hususa işaret edilmiştir. Aksinin kabulü, hem hükmün

⁷¹⁰Bkz. YCGK., 07/03/2017, 2016/1067 E., 2017/131 K. (www.legalbank.net), YCGK., 13/3/2012, 2011/8-278 E. ve 2012/96 K. (www.kazanci.com); YCGK., 26/06/2007, 2007/7-147 E., 2007/159 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁷¹¹ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.68; ŞENOL, s.355; AYDIN, Arama Tanıkları, s.124; ayrıca bkz. AİHM, no. 17811/04 Aydemir/Türkiye, 24 Mayıs 2011.

⁷¹² Tanıkların, aramaya ne zaman dâhil olduğu ve nedeninin arama tutanağına geçirilmesi gerektiği hakkında bkz. ALDEMİR, Hüsnü, Adli-Önleme Arama ve Elkoyma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, 3. Baskı, s.124.

⁷¹³ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.112; ayrıca bkz. YCGK., 06/02/2020, 2016/1146 E., 2020/68 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

⁷¹⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.350; BAKİ, s.121.

⁷¹⁵ YENİSEY, s.32.

⁷¹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.350; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.194.

⁷¹⁷ ÖZBEK/BACAŞIZ, s.194.

⁷¹⁸ ÖZBEK, s.126; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.194, 195.

⁷¹⁹ TANER, Fahri Gökçen/ÖNTAN, Yaprak, CMK’nın 119/4 Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm, AÜHF Dergisi, Sayı: 65 (4), Yıl:2016, s.2466.

güvence fonksiyonuna aykırı olur hem de rızanın dayatma şeklinde alınmasına neden olabilir ki arama sonrasında bu durumun aksinin ispatı zordur.^{720 721}

3. Kişinin Avukatının Aramada Hazır Bulunması

“Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz.” (CMK m. 120/3, AÖAY m. 30/13-c).⁷²² Düzenleme, savunma hakkı ve bu hakkın bir yansıması olarak muhakemenin her aşamasında müdafii yardımından yararlanılabilme ve silahların eşitliği ilkesinin bir sonucudur.⁷²³

Bu çerçevede, aramaya maruz kalan kişinin bu yönde bir talebi olursa, makul bir süre beklenir.⁷²⁴ Bu süre zarfında delillerin kaybolmaması için gerekli tedbirler alınmalıdır.⁷²⁵ Ancak arama işlemine başlanmış olursa sonradan gelen avukat da arama işlemine katılabilir.⁷²⁶

Ayrıca, hükmün uygulanabilmesi için aramaya maruz kalan kişiye, böyle bir hakkı olduğu hatırlatılmalı ve bu yönde CMK’da değişiklik yapılmalıdır.

⁷²⁰ TANER/ÖNTAN, s.2466.

⁷²¹ AYM, Yaşar Yılmaz Başvurusu, no: 2013/6183, 19/11/2014, RG TARİH-SAYI: 07/03/2015-29288, pr.59: “...aramada hazır bulundurulması gerekli olan tanıkların hazır bulundurulmaması sebebiyle, hukuka aykırı arama sonucu elde edilen delilin, tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının, bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine...”; aynı yönde bkz. YCGK., 06/02/2020, 2016/1146 E., 2020/68 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/03/2021, YCGK.’nın 28/04/2015 tarihli ve 2013/464 E., 2015/132 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁷²² Benzer bir düzenleme İtalyan Ceza Usul Kanunu m. 356’da: “...hakkında soruşturma yapılan kişinin avukatı, arama konusunda kendisine önceden haberdar edilme hakkı olmaksızın, hazır bulunma yetkisine sahiptir.” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Aktaran GÜLŞEN, Arama, s.4.

⁷²³ YILMAZ, Arama, s.284.

⁷²⁴ YCGK., 25/11/2014, 2013/9-841 E., 2014/513 K.; YCGK., 25/11/2014, 2013/9-610 E., 2014/512 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018: “...Kolluk kuvvetlerine ve yargı mercilerine "engel olmama" biçiminde negatif yükümlülük öngören bu hükmün avukatın hiçbir şekilde çağrılmayacağı ve beklenilmeyeceği şeklinde yorumlanmaması, aksine uygulamaların arama işlemi ve bunun sonucunda elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirebileceğinin unutulmaması gerekir. Bu nedenle talep edilmesi halinde bu istek aramayı tehlikeye sokacak veya sonuçsuz bırakacak nitelikte olmadığı müddetçe arama mahallinde gerekli tedbirler alınarak makul bir süre kişinin avukatının beklenilmesi ceza muhakemesinin amaç ve ilkelerine daha uygun olacaktır.”

⁷²⁵ AYDIN, Arama Tanıkları, s.111.

⁷²⁶ YILMAZ, Arama, s.284.

D. ARAMAYA MARUZ KALACAK KİŞİYE VERİLECEK BELGE

“Arama işlemi sonucunda, aramaya maruz kalan kimseye, talebi halinde bir belge verilir” (CMK m. 121/1, AÖAY m. 12). “Bu belgede, aramanın CMK m. 116 veya 117 kapsamında yapılıp yapılmadığı, CMK m. 116 kapsamında yapıldıysa aramaya konu olan fiilin niteliğini belirten hususlar yer alır. Ayrıca, arama sonunda elkoyma veya koruma altına alma tedbiri uygulanmışsa, elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter de ilgiliye, talebi halinde verilir. Aramaya maruz kalan kişinin, elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddiası varsa bu husus da belgeye eklenir” (CMK m. 121/2).⁷²⁷ Aynı şekilde üçüncü kişilerin de görüş ve iddialarının da belgeye geçirilmesinde fayda vardır.⁷²⁸

Belge verilmesi, kişinin hakkında yapılan işlemde bilgi sahibi olması, hakkındaki isnadı öğrenmesi, yapılan işleme karşı olası denetim yolları için dayanak oluşturması bakımından önemlidir. Dolayısıyla bu düzenleme, aynı zamanda savunma hakkının yerine getirilmesine de hizmet etmektedir.⁷²⁹

Ancak, kişilerin usul kurallarını ve böyle bir hakları olduğunu bildiği varsayılamayacağından ve de arama işleminin denetimi bakımından bu belge kişiye istemine bakılmaksızın verilmeli ve bu yönde CMK m. 121/1’de düzenleme yapılmalıdır.⁷³⁰ Uygulamada ise genellikle arama emrinin bir kopyası ilgiliye verilmektedir.

⁷²⁷ ABD’de arama sonunda elkonulan malların listesi aranan kişiye verilir veya kimse yoksa görülebilecek bir yere bırakılır. Bkz. DEL CARMEN, s.203.

⁷²⁸ Madde gerekçesi.

⁷²⁹ GÜLŞEN, Ceza Muhakemesi, s.93.

⁷³⁰ ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.481; YILMAZ, Arama, s.286.

E. BELGE VE KÂĞITLARI İNCELEME YETKİSİ

Belge ve kâğıt terimi, özel hayatın gizliliğinin korunması esas alınarak geniş yorumlanmalıdır.⁷³¹ Bu bağlamda, düşünsel bir içeriğe sahip ve kişiye aidiyeti belli olan yazılı ve basılı her kâğıt bu kapsamda değerlendirilmelidir. Buna göre, mektuplar, günlükler, notlar, muhasebe kâğıtları, ticari defterler, taslak metinler, karalama şeklinde notlar, içinde notlar bulunan ajanda dâhil her türlü defterler, sağlıkla ilgili kayıtlar, telefon defteri, fotoğraflar, harita ve krokiler, faturalar, ulaşım araçlarına ait biletler bu kapsamdadır.⁷³² Buna karşın, piyasadan temin edilen, üzerinde özel notlar bulunanlar hariç, kitaplar ve sanat eserleri ile resmi makamlardan temin edilen nüfus cüzdanı, ehliyet vb. ile CD vb. dijital belgeler bu kapsamda değerlendirilemez⁷³³

Belge ve kâğıtların arama sırasında ele geçirilmesi yeterlidir, bunların aramaya maruz kalan kişiye ait olması zorunlu değildir.⁷³⁴

İnceleme, belge ve kâğıtların arama tedbirine konu suça ilişkin olup olmadığının tespiti için, bunların içeriğinin belirlenmesi işlemidir.

“Belge ve kâğıtları inceleme yetkisi, yalnızca Cumhuriyet Savcısı ve hâkime tanınmıştır” (CMK m. 122/1, AÖAY m. 16/1). Bu yetkiyi, zilyet rıza gösterse dahi⁷³⁵ kolluk kullanamaz.⁷³⁶ Hükmün amacı da kişiye ait, suça ilgisi olmayan özel belgelere, başkalarının vakıf olmasını engelleyerek özel hayatın

⁷³¹ ÖNDER, s.453; GÖKCEN, s.267.

⁷³² ÜNVER/HAKERİ, s.402.

⁷³³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.357; AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.77.

⁷³⁴ ÖNDER, s.453.

⁷³⁵ GÜLŞEN, Ceza Muhakemesi, s.93.

⁷³⁶ Alman Hukuku’nda da polis elkoymadığı kâğıtları inceleyemez, yalnızca incelenmek üzere savcıya teslim eder. Diğer kişiler ise ancak sahibinin rızasıyla bunları inceleyebilir (Alman CMK pr.110). Bkz. YENİSEY, s.55; YENİSEY/OKTAR, s.132.

gizliliğini korumaktır.⁷³⁷ Ancak uygulamada, CMK'nın amir hükmüne rağmen, arama sırasında ele geçirilen belge veya kâğıtların, kolluk görevlilerince incelendiği görülmektedir.⁷³⁸

“Arama esnasında kolluk, ele geçen belge veya kâğıtlara, suçla ilgisi olup olmadığını tespit amacıyla, incelemeksizin bakabilir” (AÖAY m. 16/2).⁷³⁹ İncelemeksizin bakma, belge ve kâğıtların yazı stili, başlığı gibi dış belirtilerine göre ayıklaması işlemidir.⁷⁴⁰ Bunun ötesine geçen örneğin belge ve kâğıtların yüzeysel olarak bile olsa okunması, inceleme olarak değerlendirilir ve kolluğun yetkisini aşan bir işlemdir.⁷⁴¹

Kolluk, “arama sırasında suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği veya ilgisi olmasa da imza tespiti gibi işlemlerde kullanılacak⁷⁴² belge ve kâğıtları, ambalajlayarak mühürler” (AÖAY m. 16/2). “Bu işlem sırasında, belge ve kâğıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mührünü de koyabilir veya imzasını atabilir” (CMK m. 122/2, AÖAY m. 16/3).⁷⁴³ Belge ve kâğıtların, hâkim veya savcı dışındaki kimseler tarafından incelenmesinin önüne geçmek için bunları zarflamak gereklidir.⁷⁴⁴

“Ambalajlanan belge ve kâğıtlar savcılığa teslim edilir. Bunların üzerinde inceleme yapılmadan önce, mührün kaldırılması için, bu işlem esnasında hazır bulunmak üzere, zilyet ve temsilci ya da müdafî veya vekili çağrılır. Çağrıya

⁷³⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1243; YENİSEY/NUHOĞLU, s.409; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.357; PARLAR/HATİPOĞLU, s.500; Madde gerekçesi.

⁷³⁸ ÜNVER/HAKERİ, s.402; ÖNOK, s.293; aynı yönde WOHLERS, Arama, s.213; bkz. Y. 16. CD., 21/04/2016, 2015/4672 E., 2016/2330 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

⁷³⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1243; ÜNVER/HAKERİ, s.402.

⁷⁴⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.357; ÖZBEK, s.44.

⁷⁴¹ ÜNVER/HAKERİ, s.402; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.357; ÖZBEK, s.143; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.205; YILMAZ, Arama, s.287.

⁷⁴² ÖKTEN, s.49.

⁷⁴³ Doktrinde bu hususun takdire bağlı değil zorunlu olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.483.

⁷⁴⁴ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.287.

uyulmadığında gerekli işlemler, bu şahısların yokluğunda da yapılır” (CMK m. 122/2, AÖAY m. 16/3). Bu düzenleme, kâğıt ve belgelerin, yetkili kişilerce incelendiğinin denetimi ve özel hayatın gizliliğinin korunması bakımından önemlidir.

“İnceleme sonucunda, soruşturma veya kovuşturma konusu suça ilişkin olduğuna karar verilen kâğıt ve belgeler hakkında elkoyma işlemi yapılır, ilişkin olmayanlar ise ilgisine geri verilir” (CMK m. 122/3, AÖAY m. 16/4). Ayrıca, inceleme sırasında başka bir suça ilişkin delil elde edilirse, bu delil de tesadüfen elde edilmiş delil kategorisine girer ve elkoymaya konu olur.⁷⁴⁵

F. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

“Arama işleminin icrası esnasında, soruşturma veya kovuşturmayla, başka bir ifadeyle aramaya konu olan suç ile ilgisi bulunmayan ancak, başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilebilir” (CMK m. 138/1, AÖAY m. 10/1-b). Buna, arama işlemi bakımından, tesadüfen elde edilen delil adı verilir.⁷⁴⁶

AÖAY’de, “yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen delil de aynı kategoride değerlendirilmiştir” (m. 10/1-a). Kanaatimce bu düzenleme hatalıdır. Öncelikle CMK’da öngörülmemiş husus Yönetmelik ile düzenlenerek “tesadüfen elde edilen delil” kavramı genişletilmiştir.⁷⁴⁷ İkinci olarak, yukarıda açıklanan “belirlilik ilkesi” gereği, karar veya emirde aranan delil açık olarak yazılmalı, bu mümkün olmuyorsa kapsamının sınırları çizilmelidir. Örneğin, adam yaralama suçu

⁷⁴⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, 2016, s.423.

⁷⁴⁶ YILMAZ, Arama, s.288.

⁷⁴⁷ ÖZBEK/BACAĞSIZ, s.207; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.484; YILMAZ, Arama, s.289.

kapsamında yapılan bir arama işleminde, karar veya emirde, ya doğrudan “suçta kullanılan bıçak” ifadesi yer almalı, bu mümkün olmuyorsa “suçta kullanılan kesici alet” ifadesi kullanılarak kapsam belirlenmelidir. Dolayısıyla, karar veya emir belirli olduğu takdirde böyle bir düzenlemeye gerek kalmayacaktır. Aksi uygulama, kolluğa takdir hakkı verilerek, karar veya emrin sınırlarının dışına çıkılması, bunun sonucunda da hâkim veya savcıya ait olan yetkinin kolluğa devredilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Tesadüfen elde etme, arama kararı veya emrinin sınırları içinde arama işlemi yapılırken, aramanın başında öngörülmesi mümkün olmayan sürpriz bir bulma eylemidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, delilin tesadüfen elde edilmiş olması, hatta çıplak gözle görülebilir olmasının⁷⁴⁸ gerektiğidir. Dolayısıyla açıkta bulunan ve görülebilen suç delillerine el konulabilir.⁷⁴⁹ Bunun aksine, karar veya emirde yer almayan eşya, özellikle aranmış veya aramadan bir araç olarak yararlanılmış ise tesadüfen elde edilen delilden değil, hukuka aykırı delilden söz edilir ve bu suretle elde edilen delil kullanılamaz.⁷⁵⁰ Çünkü bu şekilde bulunan deliller, dürüst işlem ilkesi, adil yargılanma hakkı ve orantılılık ilkelerine aykırı olacağından, hukuka aykırı sayılmalı ve muhakemede kullanılmamalıdır.⁷⁵¹ Ancak uygulamada, başka suça ilişkin delilin tesadüfen değil de bilinçli olarak elde edildiğini ispatlamak son derece zordur.⁷⁵²

⁷⁴⁸ ÖZBEK/BACAŞIZ, s.207.

⁷⁴⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1082.

⁷⁵⁰ ÖNOK, s.300.

⁷⁵¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.360; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.310; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.208;

⁷⁵² ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.360; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.208.

Aynı şekilde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde tesadüfen elde edilen deliller de kullanılamayacaktır.⁷⁵³

“Kolluk, böyle bir delile rastladığında, elde edilen delil muhafaza altına alınacak, durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilecek” (CMK m. 138/1)⁷⁵⁴ ve elkoyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet savcılığından yeni bir yazılı emir istenecektir. Hükmün amacı, tesadüfen elde edilen yok olmasını önlemek⁷⁵⁵ ve yeni bir soruşturmaya başlamaksızın ve gecikmede tehlike şartı aranmaksızın, buna elkonulmasına olanak sağlayarak soruşturmayı kolaylaştırmaktır.⁷⁵⁶

Tesadüfen elde edilen delilden Cumhuriyet başsavcılığı derhal haberdar edilecektir. Bunun aksine, elde edilen delillerin değerlendirmeye tabi tutulduktan sonra bildirimde bulunulması halinde, bunlar hukuka aykırı delil olarak kabul edilecektir.⁷⁵⁷

IV. ARAMANIN SONA ERMESİ

Arama işlemi, arama kararı veya emrinde belirtildiği şekliyle arama işleminin yapılmasıyla sona erer.

⁷⁵³ ÖZEN/ÖZEN, s.310; ÜNVER/HAKERİ, s.423; YILMAZ, Arama, s.288; ayrıca bkz. Y. 21. CD., 14/01/2016, 2015/5179 E., 2016/308 K.: “...saniğin evinde yapılan aramada oluşan makul şüphe üzerine, arama kararı olmaksızın, eşinin arabasında yapılan arama sonucu ele geçen delillerin, hukuka aykırı arama sonucu elde edildiğinden, tesadüfen elde edilmiş delil sayılamayacağına...” (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁷⁵⁴ Alman CMK m. 108/1’de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.131.

⁷⁵⁵ PARLAR/HATİPOĞLU, s.572.

⁷⁵⁶ ÖZBEK/BACAKSIZ, s.208.

⁷⁵⁷ YCGK’nun 03/07/2007 tarihli ve 2007/5-23 E., 2007/167 K. sayılı kararı; Kandıra Asliye Ceza Mahkemesinin 24.11.2010 tarihli ve 2009/107 E., 2010/274 K sayılı kararı: “...arama kararına belirtilen suç dışında başka bir suça ilişkin bir delilin elde edildiği, bu delillerin hukuka uygun hale getirilmesine yönelik usuli işlemlerin yerine getirilmediği, dolayısıyla CMK’ya aykırı surette elde edilmiş bulunan delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil niteliğinde olduğu anlaşıldığı...” Aktaran; AKBEY, s.67.

Arama işleminin sonunda, yapılan işlemi bütün ayrıntısıyla ortaya koyan bir tutanak düzenlenir.⁷⁵⁸ Arama tutanağı, arama işleminin hukuki denetimi ve özellikle haksız arama suçunun varlığında, ispat aracı olması bakımından önemli bir belgedir.⁷⁵⁹ Bu sebeple arama tutanağına, aramada sorunlu görülen hususlar da not edilmeli ve imza altına alınmalıdır. İmzadan imtina edilmesi durumu söz konusu olursa ilerleyen safhalarda ispat güçlüğü yaşanmaması için, bu husus ayrıca ifade edilmelidir.⁷⁶⁰ Arama tutanağı, düzenlenmesinin ardından aramaya maruz kalan kişiye verilmelidir.⁷⁶¹

CMK'da, "her soruşturma işleminin tutanağa bağlanması gerektiğini düzenleyen genel hüküm" (CMK m. 169/2) dışında, arama tutanağına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna ilişkin tek hüküm, "arama tutanağına işlemi yapanların açık kimliklerinin yazılacağını" öngören CMK m. 119/3 hükmüdür. Arama tutanağı ayrıntılı bir şekilde AÖAY'de düzenlenmiştir (m. 11).

Arama işlemi sonucunda, arama tutanağı ve elkoyma işlemi yapılmışsa elkonulanlara ait liste, arama kararı ile birlikte Cumhuriyet Savcılığına teslim edilir.

⁷⁵⁸ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.98.

⁷⁵⁹ YILMAZ, Arama, s.287, KAHRAMAN, Arama, s.347.

⁷⁶⁰ YENİDÜNYA/İÇER, s.402.

⁷⁶¹ AİHM, kanunda yer alan hükümler göz ardı edilerek, arama tutanağının hemen değil de bir gün sonra düzenlenmesini, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Bkz. AİHM, Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya, no.74336/01, 16 Ekim 2007, pr.64.

V. ARAMA İŞLEMİNİN DENETİMİ

Arama işlemi, başından sonuna hukuka uygun olmalıdır. Bu sebeple yapılan arama işleminin hukuka uygun olup olmadığının denetimi için bazı usuli güvenceler getirilmiştir. Bu bağlamda, aramaya muhatap olan kişiler, işlemin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetimi amacıyla, bu işleme karşı gerekli denetim yollarına başvurma hakkına sahiptirler.⁷⁶²

A. BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI

Hâkim tarafından verilen arama kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir (CMK m. 267/1). İtiraz süresi, işlemin bitiminden veya işlemin öğrenilmesinden itibaren 7 gün olarak hesaplanacaktır. Arama kararına karşı, arama işleminden sonra itiraz mümkün olduğundan, “kararın geri bırakılması” söz konusu olamaz (CMK m. 269/1,2).

Kararına itiraz edilen hâkim, ya kararının hukuka aykırı olduğuna karar verecek ya da itirazı incelenmek üzere yetkili mercie gönderecektir. “Yetkili merciler” Kanun’da sayılmıştır (CMK m. 268/3). “İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir” (CMK m. 271/4). Arama kararı bakımından ise itirazın yerinde görülmesi, kararın kaldırılması sonucunu doğurmaz, ancak kararın hukuka aykırılığını ortaya konulması bakımından önemlidir.

Arama tedbirine, yetkili makamın yazılı emriyle başvurulmuşsa, buna karşı başvurulabilecek yollar hakkında kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda elkoymaya kıyasen (CMK 127/3), Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen arama emri, yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulup,

⁷⁶² Bkz. AİHM, Kruglov ve diğerleri/Rusya, nos.32324/06 26067/08, 4 Şubat 2020, pr.135.

hâkimden bu konuda bir karar vermesi istenebilir.⁷⁶³ Hâkim, kararını, arama tedbirinin bitiminden itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde arama tedbirinin sonuçları ortadan kalkar. Bu uygulama, yetkili makamca verilen arama emrinin, hâkim tarafından denetlenmesi bakımından da önemlidir.

Kolluk amiri tarafından verilen arama emri, adli bir işlem olması sebebiyle, idari denetime tabi tutulamaz, dolayısıyla bu durumda idari yargı yolu da işletilemez. Çünkü CMK ile kolluk adli kolluk haline gelmiş (CMK m. 164) ve “kolluk görevlileri hakkında adli görevleri dolayısıyla CMK’nın uygulanacağı” hüküm altına alınmıştır (CMK m. 165). Yukarıda da incelendiği üzere,” kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama işleminin sonuçları, Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir” (CMK m. 119/1). Bu durumda, kolluk amirinin arama emri, Cumhuriyet savcısı tarafından denetime tabi tutulabilecektir.

Kanun yolları bakımından, arama tedbirinin, yukarıda incelenen itiraz yolu hariç, doğrudan kanun yolu muhakemesine konu edilmesi mümkün değildir. Arama kararı, hükme esas teşkil etmesi şartıyla, ancak “hükümle birlikte istinaf”⁷⁶⁴ (CMK m. 272/2) veya “temyiz” (CMK m. 287/1) yoluna konu edilebilir. Bu kararların hükme esas teşkil edebilmesi için kovuşturma aşamasında verilmiş olması gereklidir. Dolayısıyla kovuşturma aşamasında verilen arama kararının öncelikli olarak istinaf ve temyize konu edilmesi doğal olandır. Ancak istisnai de olsa soruşturma aşamasında verilmiş olup da bir şekilde denetimden geçmemiş kararların da istinaf ve temyize konu edilmesi mümkün olmalıdır.

⁷⁶³ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.363.

⁷⁶⁴ Ceza muhakemesinde düzenlenen istinaf kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, İstinaf, s.2331-2388; GÜNGÖR, Devrim, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

“Bölge Adliye Mahkemesince, istinaf yargılaması sonucunda esastan ret (onama) veya bozma kararları verilebilir veyahut da hükmün ıslahı yoluna gidilebilir. İlk derece mahkemesinin kararında, usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu saptandığında istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilir” (CMK m. 280/1-a). Böylece arama tedbiri bakımından da yapılan işlemin hukuka uygun olduğuna karar verilmiş olur.

“İlk derece mahkemesinin kararında, CMK m. 289’da belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına karar verilir” (CMK m. 280/1-b). CMK m. 289’da düzenlenen hukuka kesin aykırılık hallerinden bir tanesi de arama tedbirini ilgilendirmesi bakımından, “hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasıdır” (CMK m. 289/1-i). Bu bağlamda, inceleme konusu olan arama kararının hukuka aykırı olduğu tespit edilirse, bozma kararı verilecek ve arama kararının da hukuka aykırı olduğu ortaya konulmuş olacaktır.

Yargıtay da temyiz yargılamasının sonucunda, yukarıda açıklanan nedenlerle “esastan ret (onama)” (CMK m. 302/1) veya “bozma kararları” (CMK m. 302/3) verilebilir veyahut da “hükmün ıslahı” yoluna (CMK m. 303) gidilebilir.

Olağanüstü kanun yollarından ise yalnızca “kanun yararına bozma” yoluna gidilmesi mümkündür.⁷⁶⁵ Arama tedbiri bakımından, hükme esas alınan arama kararının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla kanun yararına bozma yoluna gidilebilir.

⁷⁶⁵ ERCAN, s.210.

Arama tedbiri bakımından, hukuki hata bulunması durumunda başvurulabilen “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (olağanüstü itiraz), (CMK m. 308/1) “Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının itirazı” (CMK m. 308/A) yollarına başvurulması söz konusu olamaz.

Yargılamanın yenilenmesi ise hükmün kesinleşmesinden sonra anlaşılan yanlışlıkların düzeltilmesi için başvuru bir yoldur (CMK m. 311). Yargılamanın yenilenmesi nedenleri, “lehte” (CMK m. 311/1) ve “aleyhte” (CMK m. 314) nedenler olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu nedenler arasında, arama tedbirinin hukuka aykırı olmasından dolayı gidilebilecek herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından, hukuka aykırı arama tedbiri bakımından yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecektir. Ancak, arama işleminde elde edilen delillere ilişkin olarak bu yola başvurulması değerlendirilebilir. Örneğin, arama tedbiri sonucunda ele geçen belgenin sahteliğinin anlaşılması gibi. Yine hükmün AİHS’nin hükmünü ihlal suretiyle verildiğinin AİHM kararıyla kesinleşmesi durumunda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir.

B. BİREYSEL BAŞVURU

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edilen bireyler tarafından, diğer başvuru yolları tüketildikten sonra başvuru istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yoludur. Hukukumuzda bireysel başvuru yolu, hem Anayasa Mahkemesine hem de AİHM’ne⁷⁶⁶ karşı kabul edilmektedir.

⁷⁶⁶ Mahkemeye başvuru ve mahkemenin inceleme usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.31 vd; GÜNEŞ, Ahmet M., İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.394-420; TÜRMEK, s.199.

Arama tedbiri, hukuka aykırı olması durumunda, yukarıda incelenen temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiğinden, bireysel başvuruya konu olabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, arama tedbirinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan başvuruları, “adil yargılanma hakkı” çerçevesinde incelemekte ve yargılamanın, bir bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirmektedir.^{767 768}

AlİHM ise arama tedbirini, kişilerin özel hayatına ve aile hayatına saygı yükümlülüğünü ihlal ettiğinden Sözleşmenin 8’inci maddesi kapsamında değerlendirmektedir.

⁷⁶⁷ Bkz. Jakob Gabriel Başvurusu, no.2013/2392, 15/4/2015, RG TARİH-SAYI: 16/07/2015-29418 pr. 38; Yüksel Hançer Başvurusu, no.2013/2116, 23/1/2014, pr. 19; Güllüzar Erman Başvurusu, no.2012/542, 4/11/2014, pr.61.

⁷⁶⁸ AYM ayrıca, konutta yapılan arama tedbiriyle ilgili bir kararında, “yapılan aramanın türü, süresi, uygulanma tarzı ve kişinin yaşamı üzerindeki etkileri birlikte değerlendirildiğinde başvurucunun uğradığı zararın kaçınılmaz olandan ağır olduğu veya koruma tedbirinin keyfi uygulandığı değerlendirilmediğinden özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edilmediğine” karar vermiştir. Bkz. AYM, Suzın Yalçın Başvurusu, no.2016/9532, 28/11/2019, pr.50; AYM, Şakir Tekin Başvurusu, no.2016/9531, 27/11/2019, pr.50.

VI. HUKUKA AYKIRI OLARAK YERİNE GETİRİLEN ARAMANIN YAPTIRIMLARI

Arama tedbirinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi, delilden şüpheli ve sanığa ulaşma anlayışının yerleşmesi⁷⁶⁹ ve ceza muhakemesinin amacına ulaşılabilmesi bakımından son derece önemlidir. Aksine hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama tedbiri sonucunda, sorumluların cezai işleme maruz kalması, elde edilen delillerin muhakemede kullanılamaması ve zarara sebep olanların tazmin sorumluluğuyla karşıya karşıya kalması durumları söz konusu olabilecektir.

A. CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARI

1. Haksız Arama Suçu

Haksız arama suçu, 5237 sayılı TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" kısmının "Hürriyete Karşı Suçlar" bölümündeki 120. maddesinde, "*Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*" şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Suçla özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkı korunmaktadır.⁷⁷⁰ Nitekim kişinin hukuka aykırı olarak üstünün, eşyasının ve özel kâğıtlarının aranması, Anayasa'nın ve AİHS'nin teminatı altında olan kişinin özel

⁷⁶⁹ YILMAZ, Arama, s.255.

⁷⁷⁰ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 19. Baskı, 2021, s.503; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 13. Baskı, 2020, s.279; PARLAR, Ali, Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt 1, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s.1440; BAYRAKTAR, Köksal/KESKİN KİZİROĞLU, Serap/ YILDIZ, Ali Kemal/ZAFER, Hamide/AKSOY RETORNAZ/Eylem/AKYÜREK, Güçlü/EVİK, Ali Hakan/SINAR, Hasan/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/ERMAN, Barış/EROĞLU ERMAN/Fulya, Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 1. Baskı, 2018, s.309.

hayatına saygı gösterilmesi isteme hakkına müdahale etmektedir.⁷⁷¹ Ayrıca üst araması sırasında kişinin vücut dokunulmazlığı da ihlal edildiğinden, suçla vücut dokunulmazlığının da korunduğu ifade edilmektedir.⁷⁷²

Haksız arama suçu özgü bir suçtur ve bu sebeple suçun faili, yalnızca kamu görevlisi olabilir. Kamu görevlisi dışındaki özel kişiler bu suçun faili olamazlar.⁷⁷³ Burada bahsedilen kamu görevlisi, münhasıran arama yapma yetkisine sahip olduğundan, esas olarak kolluk görevlileridir.⁷⁷⁴ Arama yapma yetkisine sahip olmayan diğer kamu görevlilerinin bu suçun faili olabilmeleri mümkün değildir. Örneğin, okulda veya yurttaki idarecilerin üst ve eşya araması yapması durumunda, idareciler haksız arama suçunun değil, görevi kötüye kullanma suçunun faili olurlar.⁷⁷⁵

Burada önleme aramasına başvurabilen özel güvenlik görevlilerinin durumu tartışılmalıdır. Nitekim 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile özel güvenlik görevlilerine arama yapma yetkisi verilmiş (m. 7) ve bunların görevle bağlantılı suçlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır (m. 23). Dolayısıyla özel güvenlik görevlileri, doktrindeki

⁷⁷¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s.221; GÜLŞEN, Recep, Haksız Arama Suçu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:16-17-18-19, Yıl: 2007-2008, s. 140; YILDIRIM, Akif, Türk Ceza hukukunda Haksız Arama Suçu, TAA Dergisi, Yıl:5, Sayı:19, Ekim 2014, s.592; ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 22.02.2006 tarih ve 2003/29 E., 2006/24 K. sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 25.04.1974 tarih ve 1973/41 E., 1974/13 K. sayılı kararı,

⁷⁷² AKYÜREK, Güçlü, Haksız Arama Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/2, s.36; BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/ZAFER/AKSOY RETORNAZ/AKYÜREK /EVİK /SINAR/ALTUNÇ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/EROĞLU ERMAN, s.308.

⁷⁷³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.108.

⁷⁷⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s.220; YILDIRIM, Haksız Arama, s.589; SOYASLAN arama emrini veren kamu görevlisinin de suçun faili olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. SOYASLAN, Özel Hükümler, s.279; BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/ZAFER/AKSOY RETORNAZ/AKYÜREK /EVİK /SINAR/ALTUNÇ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/EROĞLU ERMAN, s. 310.

⁷⁷⁵ GÜLŞEN, Haksız Arama, s.142.

aksi görüşe rağmen⁷⁷⁶, haksız arama suçunun faili olarak kabul edilmesi gereklidir.⁷⁷⁷

Suçun mağduru herkes olabilir. Mağdurun isnat yeteneğine sahip olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur.

Haksız arama suçu, kamu görevlisi tarafından, hukuka aykırı olarak, bir kimsenin üstünün veya eşyasının aranmasıdır. Anayasa'da "kişinin özel kâğıtlarının da aranması, arama kapsamında değerlendirildiğinden" (Anayasa m. 20), üst ve eşya araması yanında kişinin özel kâğıtlarının aranması da haksız arama suçu kapsamında değerlendirilmelidir.⁷⁷⁸

Arama işleminin hukuka aykırı olarak yapılmasından maksat ise arama kararı veya eminin veya aramanın icrasının hukuka aykırı olmasıdır.⁷⁷⁹ Bu çerçevede tedbire ilişkin şartlara oluşmadan⁷⁸⁰ veya arama kararında belirtilen sınırlara riayet edilmeksizin arama işleminin yapılmış olması ya da arama

⁷⁷⁶ Doktrinde "bu görevlilerin, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağına dair hükümden, onların kolluk yetkisi kullanan kamu görevlisi olduğu sonucunun çıkarılamayacağı, bu suçun oluşabilmesi için arama işleminin kamu görevlisinin görev alanına girmesinin gerekli olduğu, dolayısıyla bu durumda haksız arama suçunun değil, fiilin niteliğine göre TCK m. 106, 108 ve 109'da düzenlenen suçların oluşabileceği" ifade edilmektedir. Bkz. YILDIRIM, Haksız Arama, s.595.

⁷⁷⁷ YENİDÜNYA/İÇER, s.373; BAYRAKTAR/KESKİN KİZİROĞLU/YILDIZ/ZAFER/AKSOY RETORNAZ/AKYÜREK /EVİK /SINAR/ALTUNÇ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/EROĞLU ERMAN, s.311; AKYÜREK, Haksız Arama, s.32; POLAT, Levent, Haksız Arama Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s.66.

⁷⁷⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s.221.

⁷⁷⁹ Bkz. Y. 16. CD., 21/04/2016, 2015/4672 E., 2016/2330 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

⁷⁸⁰ GÜLŞEN, Haksız Arama, s.143; ayrıca bkz. Y.8. CD., 02/10/2018, 2016/3496 E., 2018/10186 K.: "...Arama işleminin dayanağı olarak gösterilen ruhsatsız silah taşıma ve uyuşturucu madde bulundurma suçları ile ilgili herhangi bir suç şüphesi bulunmadığı gibi usulüne uygun olarak bir adli arama kararı da bulunmaması karşısında..."; Y. 5.CD., 20/06/2018, 2015/11224 E., 2018/4526 K.: "...suç tarihinde polis memuru olan sanığın emniyet müdürlüğü koridorunda arkadaşları ile oturan katılanın üstünü aralarında başka bir olay nedeniyle önceden husumet bulunması sebebiyle hukuka aykırı olarak 3 kez aradığının anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK'nın 120. maddesinde düzenlenen haksız arama suçunu oluşturduğu gözetilmeden..." (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

sırasında uyulması gerekli olan kurallara uyulmaması⁷⁸¹ işlemi hukuka aykırı hale getirecektir.

Doktrinde, “kolluk görevlisinin hiçbir arama emri veya kararı olmaksızın, yalnızca kendi inisiyatifiyle arama yapması halinde ise haksız arama suçunun oluşmayacağı, şartları olduğu takdirde ‘özel hayatın gizliliğini ihlal’ suçunun oluşabileceği” ifade edilmektedir.⁷⁸² Bu durumda yapılan arama işlemi hukuka aykırı olduğundan, haksız arama suçu da değerlendirilmelidir.

Bunun yanında arama işlemi esnasında, orantılık ilkesine aykırı davranılarak, aranılan eşyanın konutta bulunan kişilerin üzerinde bulunmasının imkânsız olduğu durumlarda yapılan üst araması da haksız arama suçuna vücut verir.⁷⁸³

Bunun yanında, bir kadının bir kadın tarafından aranması gibi arama işleminin emredici olmayan kurallarına aykırılık halinde ise haksız arama suçu oluşmayacaktır.⁷⁸⁴ Ancak bu durumda memur hakkında disiplin cezası uygulanabilir.⁷⁸⁵

Suç tanımında yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesiyle hukuka özel aykırılığa vurgu yapılmıştır. Hukuka özel aykırılık halinde ceza sorumluluğunun oluşması için, failin failinin hukuka aykırı olduğu bilinci ile hareket etmesi gereklidir.⁷⁸⁶ Aksi halde failin cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

⁷⁸¹ Madde gerekçesi, ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.504-505; PARLAR, s.1440; YILMAZ, Arama, s.297; GÜLŞEN, Haksız Arama, s.151.

⁷⁸² AKYÜREK, Haksız Arama, s.32.

⁷⁸³ GÜLŞEN, Haksız Arama, s.151.

⁷⁸⁴ GÜLŞEN, Haksız Arama, s.143.

⁷⁸⁵ YILDIRIM, Haksız Arama, s.601.

⁷⁸⁶ Bkz. YCGK., 29/6/2010, 2010/8-110 E., 2010/161 K., aktaran BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/ZAFER/AKSOY RETORNAZ/AKYÜREK /EVİK /SINAR/ALTUNÇ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/EROĞLU ERMAN, s. 315 dn. 25.

Burada tartışmalı olan bir husus da Cumhuriyet savcısının sözlü arama emri üzerine arama işlemini gerçekleştiren kolluk görevlisinin failinin, hukuka uygun olup olmadığıdır. Doktrinde, “bu durumda, yapılan işlem hukuka aykırı olsa da kolluk görevlisinin hukuka aykırılık bilinciyle hareket etmediği için, haksız arama suçunun oluşmayacağı” ifade edilmektedir.⁷⁸⁷ Yukarıda da açıklandığı üzere arama emrinin hukuka uygun olması için yazılı olması zorunludur. “Kolluğun, Cumhuriyet savcısının verdiği sözlü emirleri yerine getirmesi” zorunlu olsa da (CMK m. 161/2,3), burada özel hükmün (CMK m. 119/1) önceliği gereği, “arama emrinin yazılı olması” aranacaktır. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcısının sözlü emriyle yapılan arama işlemi hukuka aykırı olacağından ve kolluk görevlisinin de arama emrinin yazılı olması gerektiğini bilmediği düşünülemeyeceğinden, sözlü emirle yapılan arama işlemi de haksız arama suçuna vücut verecektir.⁷⁸⁸

Failin hukuka uygunluk nedenleri üzerindeki hatası ise lehine değerlendirilir. Bu bağlamda, kolluk görevlisinin, arama tedbiri ile ilgili mevzuatı yanlış bilmesi veya yorumlaması hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hataya düşmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda failin lehine değerlendirme yapılır.⁷⁸⁹ Bu durum daha çok önleme aramaları bakımından geçerlidir. Burada önleme

⁷⁸⁷ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.153.

⁷⁸⁸ Benzer yönde BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/ZAHER/AKSOY RETORNAZ/AKYÜREK /EVİK /SINAR/ALTUNÇ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/EROĞLU ERMAN, s.317; AKYÜREK, Haksız Arama, s.37; YILDIRIM, Haksız Arama, s.608; ayrıca bkz. Y.8. CD., 02/10/2018, 2016/3496 E., 2018/10186 K.: “...kolluk görevlisi olan sanığın kendisine verilen talimatın hukuka aykırı olduğunu bilerek ya da bilmesi gerekli iken katılanı aramak suretiyle üzerine atılı haksız arama suçunu işlediği sabit olduğu halde...” (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021.

⁷⁸⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s.221.

aramasının şartlarının olduğu hususunda hataya düşen kişinin bu hatası, kastını da ortadan kaldıracaktır.⁷⁹⁰

Burada failin amacının bir önemi bulunmamaktadır. Failin güttüğü amaç meşru olsa dahi şartları olduğu takdirde, haksız arama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.⁷⁹¹

Suç salt hareket suçu veya neticesi harekete birleşik bir suç olduğundan suça teşebbüs de söz konusu olmaz.⁷⁹² Nitekim arama işlemine başlanıldığı anda kişinin korunan hukuki menfaatleri de ihlal edilmiş olacaktır. Ancak doktrinde, “hareketin bölünebildiği durumlarda suça teşebbüsün mümkün olduğu” da ifade edilmektedir.⁷⁹³

Arama işlemi bir süre devam ettiğinden, haksız arama suçu, mütemadi bir suçtur. Bu sebeple suçun tamamlanması ile sona ermesi farklı zamanlarda oluşur. Arama işlemine başlanıldığı anda suç tamamlandığı halde, arama işleminin bitmesiyle suç sona erer.

Suç, seçimlik hareketli bir suç olduğundan, hukuka aykırı olarak hem üst hem de eşya araması yapıldığı takdirde tek bir suç oluşacak, zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Ayrıca, birden fazla mağdura karşı haksız arama suçu işlendiği takdirde zincirleme suçtan söz edilemeyecektir. Ancak, aynı

⁷⁹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s.222.

⁷⁹¹ GÜLŞEN, Haksız Arama, s.146.

⁷⁹² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s.221; BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/ZAFER/AKSOY RETORNAZ/AKYÜREK /EVİK /SINAR/ALTUNÇ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/EROĞLU ERMAN, s.313.

⁷⁹³ SOYASLAN, Özel Hükümler, s.279; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.507; PARLAR, s.1441; YILDIRIM, Haksız Arama, s.613.

mağdura karşı farklı zamanlarda aynı suçun işlenmesi halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Bunun yanında, konutta yapılan hukuka aykırı arama sonucunda, haksız arama suçu ile TCK m. 116'da düzenlenen "konut dokunulmazlığının ihlali suçu"; hukuka aykırı arama sırasında kötü muamelede bulunulması halinde ise haksız arama suçu ile TCK m. 256'da düzenlenen "Zor kullanılmasına ilişkin yetkinin aşılması suçu" arasında gerçek içtima hali söz konusu olacaktır.⁷⁹⁴ Ayrıca, hukuka aykırı yakalama sonrasında arama işlemi gerçekleştirilmişse fail, hem haksız arama hem de "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" (TCK m. 109) suçundan sorumlu olacaktır.

Haksız arama suçu ile cinsel saldırı suçu arasında ise fikri içtima söz konusu olur ve fail cezası ağır olan suçtan sorumlu olur.⁷⁹⁵ Örneğin üst araması sırasında basit cinsel saldırı suçu da işlenmişse, fail cezası ağır olan suçtan sorumlu olacaktır.

Suç, özgü suç olduğundan özgü suça iştirake ilişkin hükümler uygulanacaktır. Suç, birden fazla kolluk görevlisi tarafından birlikte işlendiğinde, her biri tam ceza ile cezalandırılacaktır (TCK m. 37.), kolluk görevlisi olmayan diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olabileceklerdir (TCK m. 40/2).

Doktrinde "kamu görevlilerinin de azmettiren olabileceği; bu bağlamda, hukuka aykırı arama emrini veren amir ile Cumhuriyet savcısının ve hukuka aykırı arama kararını alan hâkimin, hukuka aykırılık bilinci ve iştirak iradesinin

⁷⁹⁴BAYRAKTAR/KESKİN KİZİROĞLU/YILDIZ/ZAFER/AKSOY RETORNAZ/AKYÜREK /EVİK /SINAR/ALTUNÇ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/EROĞLU ERMAN, s.319.

⁷⁹⁵ GÜLŞEN, Haksız Arama, s.154.

bulunması şartıyla, azmettiren olarak sorumlu olabileceği” savunulmaktadır.⁷⁹⁶ Arama kararı veya emrinin yazılı olduğu ve bunlarda bulunması gereken hususların mevzuatta düzenlendiği dikkate alındığında, bu şartları taşımayan karar veya emirle işlem yapılması söz konusu değildir. Dolayısıyla arama kararı veya emrinin, görünüşte hukuka uygun olduğu durumda, bunu yerine getiren kolluk görevlisinin, hukuka aykırılık bilinci olmadığından, sorumluluğundan söz edilemez. Bu durumda gerekli şartlar varmışçasına arama kararı alan hâkim veya emri veren Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri hakkında, haksız arama suçundan inceleme yapılabilir.

2. Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu

Konut dokunulmazlığının ihlali suçu, 5237 sayılı TCK’nın “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı yedinci bölümünde 116. maddede dört fıkra halinde düzenlenmiştir.⁷⁹⁷

Suçun hukuki konusu konutun huzuru, sükûnu ve güvenliğidir. Suçun maddi konusu konut, işyeri ve bunların eklentileridir. Suçun faili herkes olabilir. Suçun maddi unsuru ise bir kimsenin konutuna veya eklentilerine rızasına aykırı olarak girmek veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamaktır. Suçun taksirli hali öngörülmediğinden suç ancak kastla işlenebilir.

Bu bağlamda hukuka aykırı olarak konutta arama yapılması, konut dokunulmazlığının ihlali suçunun oluşmasına neden olacaktır.⁷⁹⁸

⁷⁹⁶ BAYRAKTAR/KESKİN KİZİROĞLU/YILDIZ/ZAHER/AKSOY RETORNAZ/AKYÜREK /EVİK /SINAR/ALTUNÇ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/EROĞLU ERMAN, s.320; AKYÜREK, Haksız Arama, s.39.

⁷⁹⁷ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. OKUYUCU-ERGÜN; KESKİN-KİZİROĞLU, Konut Dokunulmazlığı.

⁷⁹⁸ OKUYUCU-ERGÜN, s. 126.

B. TAZMİNAT HUKUKU YAPTIRIMLARI

Hukuka aykırı bir şekilde uygulanan koruma tedbirleri dolayısıyla kişilerin uğradığı zararın tazmin edilmesi, hukuk devleti olmanın bir gereğidir (Anayasa m. 125/son, 40/3 ve AİHS'e Ek 7 Numaralı Protokol m. 3).⁷⁹⁹

CMK'da yeni bir düzenleme olarak, “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” hususu ayrıca hüküm altına alınmıştır (CMK m. 141-144). Buna göre, bazı koruma tedbirlerine başvurulurken, hukuka aykırı uygulamalara maruz kalan kişiler, maddi ve manevi zararlarını Devletten talep edebilecektir.⁸⁰⁰ Düzenlemenin hem tazminat hukuku hem de ceza muhakemesi hukukuna ilişkin olması sebebiyle, konuyla ilgili isabetli kararlar verilebilmesi, bu kuruma her iki açıdan da yaklaşmayı gerektirmektedir.⁸⁰¹

1. Arama Tedbiri Sebebiyle Tazminat Talebi

“Arama tedbiri bakımından, hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişi, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilecektir” (CMK m. 141/1-i).

Fıkra yer alan “ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirme” ifadesi, tedbirin temel hak ve hürriyetlerle doğrudan ilişkisi dikkate alınarak geniş yorumlanmalı, bu husus⁸⁰² arama kararının alınmasından icrasına kadar her aşamada göz önüne

⁷⁹⁹ GÜLŞEN, Ceza Muhakemesi, s.93.

⁸⁰⁰ ÖZKORUL, İsmet, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/180.doc> Erişim Tarihi: 11/12/2017.

⁸⁰¹ CENTEL/ZAFER, s.540.

⁸⁰² AYCI, Emrullah, Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.225-232, Yazar “ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi” ifadesinin ölçülülük ilkesine aykırılık olarak anlaşılamayacağını ifade etmektedir; DÜZGÜN, Nuri, ELMACI, Şerafettin, Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.112; KANMAZ, Fatih, Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s.183; ALDEMİR, Hüsnü, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s.392.

alınmalı⁸⁰³ ve arama işlemi faydalı, gerekli ve amaca uygun değilse ölçüsüz olduğu kabul edilerek⁸⁰⁴ tazminata konu olmalıdır. ⁸⁰⁵ Buna göre, hukuka aykırı, gerekli koşullar (kara veya emir ve şüphe) bulunmadan, gerekli şartları taşımadığı halde gece vakti, gecikmede sakınca olmadığı halde böyle bir durum varmışçasına, arama tanıkları bulundurulmadan yapılan arama işlemleri tazminata konu olabilecektir.⁸⁰⁶

Bunun yanında arama sırasında makul ve uygun yöntemlerin kullanılmaması⁸⁰⁷, aramanın icrasında aşırılığa kaçılması⁸⁰⁸, arama işlemi sırasında, kişiyle iletişim kurulmadan veya gerekmediği halde evin kapısının kırılması⁸⁰⁹, eve çamurlu ayakkabılarla girilmesi, çalıntı televizyonun çekmecelerde aranması, eşyalara zarar verilmesi, aramaya maruz kalan ve diğer kişiler üzerinde korku oluşturulması, gerekmediği halde kişinin çıplak soyulması, arama işleminin herkesin görebileceği ve duyabileceği şekilde

⁸⁰³ EPÖZDEMİR, Rezan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:12, Sayı:135, Kasım 2017, s.22; CANOĞLU, Veysel Candan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.108, yazar “gerçekleştirme” kavramının, aramanın talep edilmesinden uygulamasına kadar bütün aşamaları içerdiğini ifade etmektedir.

⁸⁰⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.486; EPÖZDEMİR, s.22; CANOĞLU, s.107.

⁸⁰⁵ Y.12. CD., 10/12/2015, 2015/334 E., 2015/19161 K.: “...Aramanın dayandığı kararın hukuka aykırı olması halinde, buna dayanılarak yapılan aramanın hukuki olduğu dolayısıyla yasanın öngördüğü korumadan yararlanamayacağının kabulü... suçun mahiyetiyle ilgili hiçbir araştırma ve inceleme yapılmadan, başka deliller de toplanmadan kolluğun talep yazısı üzerine CMK’nın 160. maddesi gereğince yetkili Cumhuriyet savcılığınca suç delillerinin neler olduğu belirtilmeden, ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil de sunulmadan, davacının gözaltına altına alınması üzerine verilen arama kararına dayalı olarak evinde arama yapıldığı ve arama kararının AIHM kararlarındaki ölçütlere ve ilkelere ve ulusal mevzuata uygun olmadığı, dolayısıyla hukuka aykırı olduğu anlaşılan bu karara istinaden yapılan aramanın tazminatı gerektireceği anlaşılmakla...”(www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021; benzer yönde Y. 12. CD., 24/12/2013, 2013/9105-30731 E.-K. sayılı kararı (www.kazanci.com); Y. 12. CD., 10/12/2015, 2015/12815 E., 2015/19162 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018; Aksi yönde karar için bkz. Yargıtay, kişinin üzerinde ve arabasında, iki ay içinde sekiz defa arama yapılmasını, kanun ve yönetmeliğe uygun olduğu için, tazminat kapsamında görmemiştir (Y.12.CD., 04/07/2013, 2013/11008-18327 E.-K.), aktaran ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.135.

⁸⁰⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.486; ÖZBEK/BACAKSIZ, s.212; YILMAZ, Arama, s.295; AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.154; PARLAR/HATİPOĞLU, s.623; GÜLŞEN, Ceza Muhakemesi, s.93; İNCİ, Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, s.2037; ALBAYRAK, Mustafa/ÖZER, Fatma/İLHAN, Fikret/ERDOĞAN, Mustafa, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.135.

⁸⁰⁷ TANGAL, Murat, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2016, s.62.

⁸⁰⁸ GÜNAY, Erhan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.98.

⁸⁰⁹ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.155.

yapılması gibi faydasız, gereksiz ve amaca hizmet etmeyen tutum ve davranışlar maddi ve manevi tazminata⁸¹⁰ konu olabilecektir. Ancak arama işleminin amacına ulaşmaması, tek başına tazminata neden olmayacaktır.

Aramanın ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirildiği, aramaya maruz kalan kişi, tanıklar veya hazır bulunanlar tarafından arama tutanağına geçirilmeli, gerekirse fotoğraf veya video çekimi yapılarak ispat edilmeye çalışılmalıdır.⁸¹¹

2. Tazminat Başvurusu ve Yargılama Usulü

“Tazminat talebi, kesinleşen karar veya hükmün ilgiliye tebliğinden⁸¹² itibaren 3 ay ve en fazla 1 yıl içinde bulunulabilir” (CMK m. 142/1). Bu süreler hak düşürücü süre olup, bu sürenin geçirilmesi halinde eski hale getirme talebinde bulunulamaz. Burada tazminat isteme süresinin sınırsızca uzamasını önlemek bakımından bir yıllık süre sınırı konulmuştur.⁸¹³

Arama tedbiri bakımından, tazminat talepleri asıl davanın sonucunu etkileyici veya sonucuna bağlı olmadığından, kesinleşme aranmaz.⁸¹⁴

“Talep, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka

⁸¹⁰ Y. 12. CD., 10/12/2015, 2015/12815 E., 2015/19162 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁸¹¹ “...arama sonucu ev sahibi sıfatıyla hazır bulunan Ayşe Goncaları’nın tutulan tutanakta aramadan dolayı zarar ve ziyanlarının bulunmadığı yönündeki imzası ile aramanın ölçüsüz ve hukuka aykırı yapıldığına ilişkin dosyaya somut delil sunulmadığı gerekçeleri gösterilerek...” Y. 12. CD., 24/09/2012, 2012/21906-19538 E.-K. sayılı kararı, aktaran ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.139.

⁸¹² Uygulamada sanık hakkında beraat kararını inceleyen Yargıtay’ın sanık hakkında verdiği onama kararını ilgilisine tebliğ edilmediği, bu halde sürenin öğrenme tarihinden itibaren başlaması gerektiğine dair bkz. ŞEN, Ersan/YENİCE, Nilüfer, Yargıtay Kararları Işığında “Elkoymada Mağdura İade ve Tazminat”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:13, Sayı:138, Şubat 2018, s.104.

⁸¹³ HAKERİ, Hakan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:3, Yıl: 2005, s.96.

⁸¹⁴ Bkz. Y. 12. CD., 30/11/2020, 2019/1791 E., 2020/6559 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021; aynı yönde bkz. Y. 12. CD., 14/12/2015, 2014/19906 E., 2015/19237 K.; yine tazminata konu taleplerin, davanın esasını etkilemediği veya davanın sonucuna bağlı olmadığı durumda, hükmün kesinleşmediğinden bahisle tazminat talebinin reddedilemeyeceğine dair bkz. Y. 12. CD., 01/11/2012, 2012/25534 E., 2012/22659 K.; Y. 12. CD., 05/05/2014, 2014/3087 E., 2014/10836 K., aktaran ŞEN/YENİCE, s.104-105.

bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır” (CMK m. 142/2).⁸¹⁵ “Mahkeme, gerekli araştırma ve incelemeleri yaptıktan sonra, kararını duruşmalı olarak verir” (CMK m. 142/7).⁸¹⁶



⁸¹⁵ Bkz. Y. 4. HD., 1/3/2018, 2018/370 E., 2018/1426 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021

⁸¹⁶ Tazminat davasının duruşmalı olarak görüşmesi gerekirken Cumhuriyet savcısından yazılı mütalaa alınarak davanın reddine karar verilmesinin bozma sebebi sayılması hakkında bkz. Y. 12. CD., 2014/19906 E., 2015/19237 K. sayılı kararı, aktaran ŞEN/YENİCE, s.104.

C. DELİL HUKUKU YAPTIRIMLARI

1. Hukuka Aykırı Delil ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi Kavramı

Ceza muhakemesinde geçerli olan delil serbestisi ve vicdani kanaat ilkelerine getirilen en önemli sınırlama, hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılması yasağıdır.⁸¹⁷ Bu yasak, temel hak ve özgürlükleri zedelemek pahasına delil elde edilemez anlayışının bir sonucudur.⁸¹⁸

Hukuka aykırılık, genel anlamda, fiil ile hukuk düzeni arasındaki çelişmedir.⁸¹⁹ Aykırılığın, başka bir ifadeyle hukuka uygunluğun, kapsamı belirlenirken hukuk düzeninin tamamı esas alınır.⁸²⁰ Dolayısıyla hukuka aykırılık, hukukun genel ilkelerine, yürürlükte bulunan tüm hukuk kurallarına, iç hukukun bir parçası haline gelmiş uluslararası sözleşmelere, teamül hukukuna ve içtihadı birleştirme kararlarına aykırılıktır.^{821 822}

Hukuka aykırı delil ise hukuk düzenine, başka bir ifadeyle herhangi bir hukuk kuralına, aykırı şekilde elde edilen veya ikame edilen delildir. Aykırılık, hukuk kuralının eksik ya da yanlış uygulanması sonucu olabileceği gibi, hiç uygulanmaması sonucu da olabilir.⁸²³

⁸¹⁷ AYDIN, Deliller, s.53.

⁸¹⁸ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.201; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.615; YENİSEY/NUHOĞLU, s.547; CENTEL/ZAHER, s.828; DEĞİRMENCİ, s.114; AYDIN, Deliller, s.52.

⁸¹⁹ KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.19.

⁸²⁰ KATOĞLU, s.24; ŞENOL, s.69.

⁸²¹ YCGK, 29/11/2005, 2005/7-144 E., 2005/150 K.; 17/11/2009, 2009/7 E., 2009/160/264 K. sayılı kararları (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2014. Hukuk kuralını benzer şekilde geniş tanımlayan karar için bkz. AYM'nin 24.11.2009 tarih ve 1999/27-42 E.-K. sayılı kararı.

⁸²² ÖZEN/ÖZEN, s.303; BİRTEK, Fatih, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, 2. Baskı, s.286; ayrıca hukuka aykırılığı, haklara aykırılık veya kanuna aykırılık olarak açıklayan görüşler için bkz. ŞENOL, s. 65 vd.

⁸²³ ŞENOL, s.64.

Birincil delilden yola çıkılarak elde edilen delillere ikincil delil veya türemiş delil adı verilir.⁸²⁴ Birincil delillin hukuka aykırı olması durumunda, bundan yola çıkılarak elde edilen türemiş delilin de hukuka aykırı olup olmayacağı sorunu, hukuka aykırı delilin uzak etkisi veya zehirli ağacın meyvesi öğretisi olarak ifade edilir.⁸²⁵ Bu tür delillerin muhakemede kullanılıp kullanılamayacağı hususuna aşağıda değinilecektir.

2. Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, muhakemede ikame edilmesi (kullanılması) veya hükme esas alınması (değerlendirilmesi), kullanma ve değerlendirme yasağı olarak ifade edilmektedir.⁸²⁶

Hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılması veya değerlendirilmesi hususunda, 1) mutlak kabul, 2) mutlak red ve 3) nispi değerlendirme yasağı (esnek yaklaşım) olmak üzere başlıca üç yaklaşım bulunmaktadır.⁸²⁷

Bu yaklaşımlara geçmeden önce şu hususu ifade etmekte fayda vardır: Hukuka aykırı veya yasak delilleri belirlemede esas olan nasıl bir ceza muhakemesi istenildiğidir. Baskıcı rejimlere özgü, sanığı peşinen suçlu kabul eden ve her ne pahasına olursa olsun cezalandırılmasını amaçlayan, bunun için de işkence dâhil her yolu meşru kabul eden bir ceza muhakemesi mi; yoksa özgürlükçü toplumlarda benimsenen ve yalnızca hukuki yollarla elde edilen delillere göre suçlu bulunanları cezalandırmayı amaçlayan bir ceza muhakemesi

⁸²⁴ ŞENOL, s.363.

⁸²⁵ ŞENOL, s.366.

⁸²⁶ ŞENOL, s.77.

⁸²⁷ ÖZEN/ÖZEN, s.304; ŞENOL, s.79; GÖDEKLİ, s.1828.

mi istiyoruz?⁸²⁸ Çağdaş ceza muhakemesinde, her şeye rağmen gerçeğin bulunması anlayışının kabul edilemeyeceği ifade edilmelidir.⁸²⁹

Mutlak kabul yaklaşımına göre; hukuka aykırı olsun veya olmasın tüm deliller ceza muhakemesinde değerlendirmeye alınmalıdır. Bu yaklaşımın amacı, suçun işlenip işlenmediğini tespit etmek ve doğru bir karar vermektir. Buna göre ceza muhakemesinin görevi yalnızca dava konusu olayı çözmektir.⁸³⁰

Mutlak ret yaklaşımına göre, hukuka aykırı deliller, ceza muhakemesinde hiçbir şekilde kullanılmamalı ve değerlendirmeye alınmamalıdır. Bu durumda hâkimin görevi, yalnızca delilin hukuka aykırı elde edilip edilmediğini tespit etmekten ibarettir.

Ülkemizde, Anayasa m. 38/6 ve CMK'nın delillerle ilgili hükümleri (m. 206 ve 217) incelendiğinde, mutlak ret yaklaşımının benimsendiği ifade edilebilir.⁸³¹ Böylece hukuk devletinin ve temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması⁸³², kişilerin keyfi müdahalelere karşı korunması ve delillerin güvenilirliğinin ve hükmün meşruiyetinin sağlanması amaçlanmaktadır.⁸³³ Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, istisnaları olmakla birlikte, bu yaklaşım benimsenmiştir. Amerikan sisteminde sanığın temel hak ve özgürlüklerine zarar vermese dahi, hukuka aykırı deliller kullanılamaz, hatta zehirli ağacın meyvesi de denilen hukuka aykırı delillerin uzak etkisi dahi kabul edilmemektedir.⁸³⁴ Ancak kuralın birçok istisnası bulunmaktadır. Kıta Avrupası Hukuk sistemine bağlı ülkelerden Belçika, İspanya,

⁸²⁸ TOROSLU, Nevzat, Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1995, s.55.

⁸²⁹ YURTCAN, Uyum Yasaları, s.7; ÖZTÜRK, s.617.

⁸³⁰ ŞENOL, s.79-80.

⁸³¹ CENTEL/ZAFER, s.848; ÜNVER/HAKEFİRİ, s.636-637; YILMAZ, Arama, s.291; Doktrindeki görüşler için bkz. GÖDEKLİ, s.1843-1857, yazar da çalışmasında Anayasa ve CMK'da yer alan ilgili hükümleri göstererek Türk Hukuku'nda "mutlak ret" yasağının geçerli olduğunu ifade etmektedir, s.1857.

⁸³² BİRTEK, s.281.

⁸³³ ŞENOL, s.277.

⁸³⁴ SCHEB II/SCHEB, s.466; ÇINAR, Ali Rıza, Hukuka Aykırı Kanıtlar, TBB Dergisi, s.55, 2004, s.44.

Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda ve Portekiz’de ise hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller, sanığın lehine olması durumu hariç, kesinlikle kabul edilmemektedir.⁸³⁵

Nispi Değerlendirme Yasağı yaklaşımında hukuka aykırı deliller, belirli ölçütler çerçevesinde, muhakemede kullanılmaktadır.⁸³⁶ Bu konudaki takdir yetkisi hâkime aittir.⁸³⁷ Hâkim, önce delilin hukuka aykırı elde edilip elde edilmediğini tespit edecek, ardından, belirli ölçütler çerçevesinde, hukuka aykırı delilin kullanılıp kullanılmayacağına karar verecektir. Bu yasağın uygulanmasında caydırıcılık⁸³⁸, yargısal dürüstlük ve hükmün meşruiyeti⁸³⁹ ve kişisel hakların korunması olmak üzere başlıca üç ölçüte başvurulmaktadır.⁸⁴⁰ Bunlardan hakların korunması teorisi, hakların ihlali suretiyle elde edilen delillerin muhakemede kullanılmaması gerektiğini savunur. Dolayısıyla, herhangi bir hakkı ihlal etmeyen deliller, hukuka aykırı olsalar bile, muhakemede kullanılabilir.⁸⁴¹ Bu teori, farklı versiyonları olmakla birlikte, Almanya başta

⁸³⁵ ÇINAR, s.45.

⁸³⁶ Yargıtay’ın konuya ilişkin kararları için bkz. YCGK., 07/03/2017, 2016/1067 E., 2017/131 K. (www.legalbank.net); YCGK., 13/3/2012, 2011/8-278 E. ve 2012/96 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁸³⁷ ŞENOL, s.81.

⁸³⁸ ŞENOL, s.82-85; Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1914), aktaran SCHEB II/SCHEB, s.466; Bu istisnalarla ilgili olarak bkz. ŞENOL, s.140-154; GÖDEKLİ, s.1837.

⁸³⁹ ŞENOL, s.85-89.

⁸⁴⁰ ŞENOL, s.82.

⁸⁴¹ Bkz. Y. 7. CD., 3/7/2013, 2013/5127 E. 2013/17549 K. sayılı kararı: “Arama kararı olmadan sanığın bagajında kaçak parfümler ele geçmiştir. Sanık araç bagajını kendi rızası ile açmıştır. Sanığın haklarını ihlal edilmesi halinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılarak sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır. İnsan haklarını korumak amacıyla yasaya konulan hukuka aykırı elde edilen delillerin, delil olarak kabul edilemeyeceği hükmü hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsuru olan adaleti ve hukuki güvenliği gerçekleştirmeyi engellememelidir. İnsan hakları mahkemesi kararları da bu doğrultudadır. ...insan hakları mahkemesinin kabul ettiği ölçülülük ilkesi gözetilmek zorundadır. Olayda da sahte ve kaçak parfüm insan sağlığına zararlı olduğu cihetle, yaşam hakkı diğer hakların üstünde olup, arama ile ele geçen kaçak eşyanın delil olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır.” www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 20/02/2018.

olmak üzere Kara Avrupası hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde uygulama alanı bulmaktadır.⁸⁴²

Alman Hukuku'nda genel kabul gören “hakların dengelenmesi teorisinde”, sanığın ihlal ettiği hakkın niteliği ve önemi ile muhakeme kurallarına aykırılığın ihlal ettiği hak ve menfaatler karşılaştırılır ve buna göre delilin kullanılıp kullanılmayacağına karar verilir.⁸⁴³ Türk doktrinde de “hukuka aykırı delillerin, hukuksal yararların değerlendirilmesi sonrasında, hükme esas alınıp alınmayacağına karar verilebileceğini savunanlar” bulunmaktadır.⁸⁴⁴ Bu teori, yapılan değerlendirmenin nesnel değil öznel ölçütlere göre yapılması ve sonunda hakların dengelenmesi değil bir hakkın feda edilmesi söz konusu olacağından, başta hukuk güvenliği olmak üzere temel hak ve özgürlükleri tehdit eder niteliği dolayısıyla, haklı olarak, eleştirilmektedir.⁸⁴⁵

Sanık hakları teorisinde ise delil elde edilirken ihlal edilen kuralın, sanığın haklarına olan etkisine bakılır. Sanığın temel hakları önemli ölçüde ihlal edilerek elde edilen delil, yargılamada kullanılamaz. Buna karşın, sanığın ikincil nitelikteki hakları ihlal edilerek elde edilen delil ise yargılamada kullanılabilir.⁸⁴⁶ Doktrinde de “hak ihlaline neden olmayan bir kurala aykırılık sonucu elde edilen delillerin değerlendirilebileceği” savunulmaktadır.⁸⁴⁷ Ancak hak ihlali olduğu takdirde hukuka aykırılık da olacağı hususu unutulmamalıdır.⁸⁴⁸

Öncelikle şunu ifade etmek isteriz ki; doktrinde ve Yargıtay kararlarında yer alan yukarıdaki yaklaşımların, Anayasa'da ve kanunda herhangi bir dayanağı

⁸⁴² ŞENOL, s.89-92; ÇINAR, s. 46.

⁸⁴³ GÖDEKLİ, s.1840.

⁸⁴⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, s.559.

⁸⁴⁵ AKYÜREK, Hukuka Aykırı Delil, s.75.

⁸⁴⁶ GÖDEKLİ, s.1840.

⁸⁴⁷ AKBULUT, s.20.

⁸⁴⁸ ÖZTÜRK, s.617.

bulunmamaktadır.⁸⁴⁹ “CMK’da basit-önemli, şekli-şekli olmayan, küçük-büyük, mutlak-nispi hukuka aykırı delil” ayrımı yapılmaması bir yana, “kanunda düzenlenen usul izlenmeden veya bu usule aykırı olarak elde edilen delillerin hukuka aykırı delil sayılacağı”, Anaya m. 38, CMK m. 206/2-a, 217/2 ve 230/1-b maddelerinde açık bir şekilde ifade edilmiştir.⁸⁵⁰ Dolayısıyla, uygulamada, kişi hak ve hürriyetlerini ihlal etmeyen basit hukuka aykırılıkların ve bu yolla elde edilen delillerin kullanılabileceğinin savunulması, sübjektif ve keyfi bir yaklaşımın sonucudur ve insan haklarını ön plana alan bir hukuk devletinde kabul edilemez.⁸⁵¹ Ayrıca, Kanunda açıkça tanınmayan bir yetkinin yargı organı tarafından kullanılması, en başta “kuvvetler ayrılığı” ve “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkelerine de aykırılık oluşturur. Anayasa ve Kanun’da değişiklik yapılmadan, bu yaklaşımların esas alınması da mümkün olmamalıdır.⁸⁵²

İkinci olarak, yukarıda da ifade edildiği üzere, Anayasa’nın mutlak değerlendirme yasağı getiren hükmü karşısında, Alman doktrininde kabul edilen teoriler⁸⁵³, bizim hukukumuzda uygulama alanı bulamaz.⁸⁵⁴

⁸⁴⁹ ŞEN/ERYILDIZ, s.300; DÜLGER, Dışlama Kuralı, s.89-90; KESKİN-KİZİROĞLU, Delil ve İspat, s.27.

⁸⁵⁰ ŞEN, Aramalara Katılma, s.101; ŞEN, İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama, s.27; ERCAN, s.208; AYDIN, Deliller, s.104; KARAKEHYA, s.253; AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.68; AYDIN, Murat, Arama Tanıkları, s.124.

⁸⁵¹ ŞEN, Aramalara Katılma, s.101; ŞEN, İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama, s.27.

⁸⁵² GÖDEKLİ, s.1858.

⁸⁵³ Alman Hukuku’nda, aramanın icrasında hata yapıldığında hangi normun ihlal edildiğine bakılarak, normun ceza makamlarının bir şeye erişmesi ve bunu ispat amacıyla kullanması için riayet edilmesi gereken bir norm mu yoksa başka amaçlara hizmet eden bir norm mu olup olmadığına göre, karar verilmelidir. Örneğin; gece vakti arama yasağının amacı, ceza makamlarının delil araçlarına erişimini sınırlandırmak değil, muhatapları gece vaktinde yapılan arama sebebiyle uğrayacakları zararlardan korumaktır. Normun göz ardı edilmesi, arama tedbirini hukuka aykırı hale getirecek ve bunun aynı zamanda hukuki ve idari sonuçları olacaktır. Ancak bu normun göz ardı edilmesi elde edilen delillerin değerlendirme yasağına tabi olmasına neden olmayacaktır. Aynı şekilde arama tanığı bulundurulmaması hususunda da normun anlam ve amacı delil niteliğindeki eşyaya erişimi içerik bakımından sınırlamak olmadığından, delil değerlendirme yasağıyla sonuçlanmayacaktır. Bu durumda, suçun hafif ya da ağır olması da değerlendirme yasağına etki etmeyecektir. Katil de hırsız da uygun muamele görmeyi talep etme hakkına sahiptir. Bkz. WOHLERS, Arama, s.217.

⁸⁵⁴ ÖNOK, s.301.

3. Arama Tedbiri Bakımından Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı

Arama tedbiri sonucunda elde edilen deliller, hukuka aykırı olmaları durumunda hem muhakemede kullanılamayacak hem de hükme esas alınamayacaktır.⁸⁵⁵

Öncelikle, ortada usulüne uygun alınmış bir arama kararı veya emri bulunmadan yapılan aramalar hukuka aykırı olacaktır.⁸⁵⁶ Bu durum, adli aramaya ilişkin kararın veya emrin usulüne uygun bir şekilde alınmaması şeklinde olabileceği gibi, adli arama kararı alınması gerekli olan halde önleme kararı ile arama yapılması şeklinde de olabilecektir.⁸⁵⁷

İkinci olarak, arama tedbirine ilişkin yürürlükteki mevzuatta bulunan hükümlere aykırılık hallerinde, hem tedbir hem de tedbirden elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır. Bu bağlamda, makul şüphe⁸⁵⁸ veya diğer kişiler bakımından olayların bulunması ve hâkim kararı⁸⁵⁹ veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yetkili merciin yazılı emri şartları yerine getirilmeden⁸⁶⁰;

⁸⁵⁵ YCGK., 23/02/2021, 2018/403 E., 2021/49 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021: "... Aramanın hukuka aykırı olmasının ceza muhakemesi açısından sonucu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınamamasıdır... Aramanın hukuka aykırı olması, arama karar veya emrinin ya da aramanın icrasının hukuka aykırı olması anlamına gelmektedir."

⁸⁵⁶ YCGK., 16/5/2019, 2016/20-431 E., 2019/436 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021: "...ancak dosya kapsamında böyle bir arama kararı ya da yazılı arama emrinin bulunmadığı,... kasa içerisinde ele geçirilen suç konusu uyuşturucu maddelerin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde olması nedeniyle Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınamayacağının kabulü gerekmektedir..."

⁸⁵⁷ Bkz. Y. 20. CD., 19/3/2018, 2018/643 E., 2018/1456 K.; YCGK., 25/11/2014, 2013/9-610 E., 2014/512 K., Y. 20. CD., 20/6/2016, 2015/14745 E., 2016/3945 K., Y. 20 CD., 30/5/2016, 2015/15558 E., 2016/3273 K., Y. 20. CD., 23/5/2016, 2016/1293 E., 2016/3027 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021; AİHM de zorunlu olduğu halde, karar alınmadan yapılan arama işleminin, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. AİHM, Elçi ve Diğerleri/Türkiye, nos.23145/93, 25091/94 13 Kasım 2003, pr.697.

⁸⁵⁸ Y. 2. CD., 20/11/2013, 2012/29290 E., 2013/27219 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018: Karara konu olayda sanığın çeşitli suçlardan kaydı bulunmasının, makul şüpheyi oluşturmayacağı ifade edilmiştir.

⁸⁵⁹ Bkz. AYM, Orhan Kılıç Başvurusu, no.2014/4704, 1/2/2018, pr.52-56.

⁸⁶⁰ ÖZEN/ÖZEN, s.309; ayrıca bkz. Y. 19. CD., 25/9/2018, 2016/8278 E., 2018/9380 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021; YCGK., 17/11/2009, 2009/7-160 E. ve 2009/264 K. sayılı

gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olmadığı halde varmışçasına⁸⁶¹, kanunda sayılan istisnalar haricinde gece vakti yapılan, arama kararı veya emrinin kapsamının dışına çıkılarak yerine getirilen⁸⁶², arama tanığı ve aramada hazır bulunacaklara ilişkin hükümlere uyulmadan⁸⁶³, askerî mahallerde yapılacak aramalarda gerekli şartlar yerine getirilmeden yapılan aramalar ve bundan elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır. Ancak arama tedbirinin uygulanışına yönelik olmayan, arama sonunda belge verilmesi ve arama sonucunda elkonulan belge ve kâğıtların incelenmesine ilişkin hükümlere aykırılık, tedbiri doğrudan hukuka aykırı hale getirmeyecektir.⁸⁶⁴

Üçüncü olarak ise arama tedbirinin icrası sırasında, hukukun genel ilkelerine ve temel hak ve özgürlüklere aykırı uygulamaların olması durumunda da bu tedbirden elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır. Örnek olarak, ölçülülük ilkesine, işkence yasağına aykırı uygulamalar, elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirecektir.

kararı (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018: "...Dolayısıyla kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır."

⁸⁶¹ Y. 7. CD., 8/12/2014, 2014/1269 E., 2014/20809 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁸⁶² Y. 8. CD., 19/1/2017, 2016/2055 E., 2017/504 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018: "...Bandırma Sulh Ceza Mahkemesi'nin ...iş sayılı arama kararında, sanık ve babasının üzerinde ve sanığın babasının "... Mahallesi ... Caddesi No:83" sayılı ikamet adresinde arama yapılmasına karar verildiği, sanığın babasına ait bu adreste yapılan arama sonucu suç unsuruna rastlanılmadığı; suça konu silahın bulunduğu sanığa ait ... Mahallesi ... Sokak No:14 Sayılı yerde ise arama yapılabileceğine dair usulüne uygun bir arama kararının bulunmadığı halde, anılan yerde yapılan arama ve elkoyma işlemlerinin hukuka aykırı olduğu, ele geçirilen suç eşyasının hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil olmasından dolayı hükme esas alınamayacağı gözetilmeden..."; Y. 12. CD., 31/05/2018, 2016/3120 E., 2018/6197 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021: "...kültür varlıklarına yönelik elkoymanın hakim onayına sunulmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, "aramanın sadece uyuşturucu madde ile ilgili tutulması" hususunun açıkça belirtildiği Sulh Ceza Mahkemesi'nin kararına dayanılarak yapılan elkoyma hukuka uygun olmadığından, elde edilen delillerin hükme esas alınması da mümkün değildir..."

⁸⁶³ Bkz. Y. 19. CD., 25/9/2018, 2016/8278 E., 2018/9380 K.; YCGK., 28/04/2015, 2013/464 E., 2015/132 K.; Y. 8. CD., 7/6/2016, 2015/12837 E., 2016/7541 K.; Y. 21. CD., 7/6/2016, 2016/8076 E., 2016/4991 K.; Y. 7. CD. 4/5/2016, 2014/26034 E., 2016/6920 K.; Y. 19. CD., 15/9/2015, 2015/13907 E., 2015/4390 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021.

⁸⁶⁴ AYDIN, Deliller, s.105.

Bunlara ilave olarak, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi bağlamında, hukuka aykırı arama sonucu elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır.^{865 866} Burada delilin hukuka aykırı olması için, arama tedbiri ile arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Ancak, yakalama amaçlı aramalarda, hukuka aykırı olan arama sonucunda yapılan yakalama işlemi doğrudan geçersiz hale gelmez. Bu durumda, yakalama tedbirinin şartları dikkate alınmalı fakat hukuka aykırı aramaya sebep olan kişilerin de sorumluluğu değerlendirilmelidir.⁸⁶⁷

4. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuruya İlişkin Kararlarında Konuya Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi, hukuka aykırı deliller konusuna, AİHM'ne paralel olarak⁸⁶⁸, Anayasa'nın 36 ve AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkı" çerçevesinde yaklaşmaktadır. Mahkeme, mevcut yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin kanuna uygun olup olmadığını denetlemenin Mahkeme'nin görevi kapsamında olmadığını, Mahkeme'nin görevinin, başvuru konusu yargılamanın, bir bütün olarak adil olup olmadığının

⁸⁶⁵ Yargıtay bir kararında, "hukuka aykırı arama sonucu ele geçen belgeler sunularak alınan ikrarın hukuka aykırı olduğuna ve mahkûmiyete esas alınamayacağına" karar vermiştir. Bkz. Y. 21. CD., 14/01/2016, 2015/5179 E., 2016/308 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁸⁶⁶ İşkence sonucu elde edilen delilin yargılamanın adilliğini etkilediği hususunda bkz. AİHM, Gäfgen/Almanya, no.22978/05, 1 Haziran 2010, , Kararın İngilizce (orijinal) metni için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99015> Kararın Türkçe metni için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111106>; Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. DÜLGER, Murat Volkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu, TBB Dergisi, Yıl: 2014, Sayı:111.

⁸⁶⁷ ÖNOK, s.306.

⁸⁶⁸ AİHM'nin 19.11.2013 tarihli Nedim Mısırlı/Türkiye kararı:"...Delillerin ve ilgili hususların kabul edilebilirliği, iç hukukta yer alan düzenlemelerin konusu olup; ilke olarak, delilleri değerlendirmek ulusal mahkemelerin görevidir. Mahkeme'nin görevi, başvuranın mahkum edildiği suçla ilgili olarak suçlu veya masum olup olmadığını değerlendirmek değil; yargılamaların, delillerin toplanma şekli de dahil olmak üzere, bir bütün olarak adil olup olmadığını değerlendirmektir", aktaran ŞENOL, s.188, dn. 902; ayrıca bkz. BİRTEK, s.366 vd.; aynı yönde bkz. AİHM, Ramanauskas/Litvanya, No. 74420/01, 5 Şubat 2008, pr.52.

değerlendirilmesi olduğunu ifade etmektedir.^{869 870} Bu bağlamda Mahkeme bir kararında, “hukuka aykırı arama sonucu elde edilen delilin, mahkûmiyet hükmünün tek ve belirleyici delili olmasının adil yargılanma hakkını zedelediğine” karar vermiştir.⁸⁷¹

Mahkeme ayrıca, “Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ve açıkça keyfilik içermedikçe, derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hataların bireysel başvuru incelemesinde ele alınamayacağını, bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesi’nin bu takdire müdahalesinin söz konusu olamayacağını” da ifade etmektedir.⁸⁷²

Arama tedbiri bakımından Mahkeme bir kararında, “CMK m. 119’a aykırı şekilde arama tanığı bulundurulmadan yapılan bir arama işleminin kanuna aykırı olduğunu kabul etse de⁸⁷³ kanunda belirlenen usule ilişkin eksikliğin, bu işlemin sıhhatini ve bu işlem sonucunda elde edilen delillerin gerçekliğini şüpheli hale getirmediği, başvurunun da bu kapsamda herhangi bir itirazda bulunmadığı gerekçesiyle, arama işlemindeki anılan eksikliğin, elde edilen delillerin güvenilirliğine zarar vermediğini ve dolayısıyla bu delillerin esas alınmasının,

⁸⁶⁹ Bkz. AYM, Jakob Gabriel Başvurusu, no.2013/2392, 15/4/2015, RG Tarih- Sayı: 16.07.2015-29418 pr. 38; AYM, Yüksel Hançer Başvurusu, no.2013/2116, 23/1/2014, pr.19; AYM, Güllüzar Erman Başvurusu, no.2012/542, 4/11/2014, pr. 61.

⁸⁷⁰ AİHM’in benzer yaklaşımı için bkz. THAMAN, Stephen C., Karşılaştırmalı Hukukta Yasak Ağacın Meyveleri, (Çev.: Arş.Gör. Ahmet Emrah GEÇER) in Ceza Muhakemesinde Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 15, s.377; ayrıca bkz. AİHM, Jalloh/Almanya, no.54810/00, 11 Temmuz 2006, pr. 95; Desde/Türkiye, no.23909/03, 1 Şubat 2011, pr.125; Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya, no. 11082/06 13772/05, 25 Temmuz 2013, pr.699.

⁸⁷¹ Bkz. AYM, Orhan Kılıç Başvurusu, no.2014/4704, 1 Şubat 2018, pr.52-56.

⁸⁷² Yaşar Yılmaz Başvurusu, no.2013/6183, 19/11/2014, RG Tarih-Sayı: 07.03.2015-29288, pr. 48.

⁸⁷³ Jakob Gabriel Başvurusu, no.2013/2392, 15/4/2015, RG Tarih- Sayı: 16.07.2015-29418 pr. 43.

mahkûmiyetle sonuçlanan yargılamanın adilliğini zedelediğini” kabul etmiştir.^{874 875}

Görüldüğü üzere Mahkeme, arama tanığı olmaksızın yapılan arama sonucunda elde edilen delilin, hükmün oluşumundaki katkısına göre bir değerlendirme yapmaktadır.⁸⁷⁶ Mahkeme, hak ihlali olmadığına dair verdiği yukarıdaki kararlarında, aramanın kanuna aykırı olduğunu kabul etmiştir. Buradaki sorun, Anayasa’da, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği hususu (m. 38/6) açıkça düzenlendiği halde, bunun adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmemesidir. Bu hüküm en başta adil yargılanma hakkını güvence altına almaktadır.⁸⁷⁷ Adil yargılanma, yargılamanın başından sonuna adil, hakkaniyet uygun bir şekilde yürütülmesidir. Bu bağlamda, delilin elde edilme yönteminin hukuka aykırı olduğu bir yargılamanın adil olduğundan bahsedilemez. Mahkeme, kararlarında, Anayasa m. 38/6 hükmünü, adil yargılanma hakkını destekleyen bir ölçü norm olarak kullanmalı, bu hükme aykırılığı da adil yargılanma hakkının ihlali şeklinde değerlendirmelidir.⁸⁷⁸

Burada şu husus da vurgulanmalıdır: Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay, bazı kararlarında, sanki AİHM’nin ön inceleme mahkemesi gibi davranmakta, hukukumuzda yer alan düzenlemeleri yok sayarak, AİHM’nin yaklaşımını esas

⁸⁷⁴ Jakob Gabriel Başvurusu, no.2013/2392, 15/4/2015, RG Tarih- Sayı: 16.07.2015-29418 pr.50; Sami Özbil Başvurusu, no.2012/543, 15/10/2014, RG Tarih-Sayı: 17.12.2014-29208, pr.40.

⁸⁷⁵ AİHM’in benzer yaklaşımı hakkında bkz. İNCEOĞLU, s.284; ÖNOK, s.302; YILMAZ, Arama, s.291; DÜLGER, Dışlama Kuralı, s.105; bkz. AİHM, Chalkley/Birleşik Krallık, Bykovv/Rusya, aktaran ARACI, s.255-256; ayrıca bkz. AİHM, Khan/Birleşik Krallık, no.35394/97, 12 Mayıs 2000, (bu kararın çevirisi ve değerlendirmesi için bkz. GÜLER, İbrahim, Adil, Yargılanma, Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı ile Etkili Başvuru Haklarına Saygı Arasındaki İlişkinin Ayrıntılı Değerlendirilmesi Bakımından Önemli Bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Khan Birleşik Krallık’a Karşı Davası, TBB Dergisi, Yıl:2016, Sayı:123, s.9-32.); PR.G. ve J.H./Birleşik Krallık, no.44787/98, 25 Eylül 2001.

⁸⁷⁶ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.348.

⁸⁷⁷ YURTCAN, Uyum Yasaları, s.4.

⁸⁷⁸ Aynı yönde Jakob Gabriel Başvurusu, no.2013/2392, 15/4/2015, RG Tarih- Sayı: 16/07/2015-29418 Karşı oy gerekçesi pr. 9.

almaktadır. Bilindiği üzere, AİHS temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından asgari bir standart getirmektedir. Ulusal hukukta bu standardın üzerinde bir koruma varsa buna uyulması zorunludur. Bu sebeple, delil yasakları konusunda, AİHM içtihadına uyma zorunluluğu gerekçesiyle daha fazla koruma sağlayan ulusal hukuka uyma hususu göz ardı edilmemelidir.⁸⁷⁹

⁸⁷⁹ ÖNOK, s.305.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU'NDA ELKOYMA

Elkoyma, delil olabilecek veya müsadere konusu olan malvarlığı değerlerinin kaçırılmasını engelleyerek, bunların güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla başvurulanan bir koruma tedbiridir.

Elkoyma tedbiri, başta mülkiyet hakkı olmak üzere, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığına doğrudan müdahale eden bir koruma tedbiri olması nedeniyle hem Anayasa'da (m. 20 ve 21)⁸⁸⁰ hem de CMK'da, özel elkoyma tedbirleriyle birlikte, (m. 123-134) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunlara ilave olarak bazı özel kanunlarda da elkoyma tedbirine ilişkin özel hükümler bulunmakta⁸⁸¹, bazılarında ise CMK'ya atıf yapılarak⁸⁸² tedbir düzenleme altına alınmaktadır.

I. ELKOYMA KAVRAMI VE ELKOYMANIN AMACI

A. ELKOYMA KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLAR

1. Elkoyma Kavramı

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilecek veya eşya ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri üzerindeki

⁸⁸⁰ Anayasa'da yapılan değişiklikle elkoymanın nedenlerinin tek tek sayılması, özgürlüklerin kullanılması bakımından olumlu bir değişiklik olmuştur, YURTCAN, Uyum Yasaları, s.2.

⁸⁸¹ Bkz. 2935 sayılı OHAL Kanunu m. 11, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu m. 3, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun m. 5, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 166, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu m. 20, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 18/3, 5187 sayılı Basın Kanunu m. 25.

⁸⁸² Bkz. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 9, 10; 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun m. 17; 6831 sayılı Orman Kanunu m. 79; 5846 sayılı FiSEK m. 75; Vergi Usul Kanunu m. 147; 6451 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 79.

zilyedin tasarruf yetkisinin, rızası dışında ortadan kaldırılmasıdır.⁸⁸³ Elkoyma, asıl olarak tasarruf yetkisinin kaldırılması ise de CMK'da düzenlenen özel elkoyma türleri de dikkate alındığında, tasarruf yetkisini sınırlayan bir niteliği de bulunmaktadır.⁸⁸⁴ Özel elkoyma tedbirleri aşağıda incelenecektir.

Malvarlığı, bir kimsenin parayla ölçülebilen hak ve borçlarının tamamıdır.⁸⁸⁵ Malvarlığının aktif tarafını haklar, pasif tarafını ise borçlar ve yükümlülükler oluşturur. Parayla ölçülebilen ayni (eşya üzerindeki) haklar, şahsi haklar, fikir ve sanat eserleri, ihtira beratları, markalar, ticaret unvanları üzerindeki haklar, kullanıldıkları zaman sahibine ekonomik bir yarar sağlayan yenilik doğuran haklar, muntazar (beklenen) haklar malvarlığına dâhildir. Parasal değeri olmayan, velayet hakkı, boşanma hakkı vb. haklar ise şahıs varlığını temsil eder.⁸⁸⁶

Eşya ise hukuki anlamda, ekonomik değeri bulunsun veya bulunmasın, üzerinde hâkimiyet kurulabilen, insan dışı⁸⁸⁷, sınırları belirli cismani (maddi) varlıklardır.⁸⁸⁸ Ceset, ölümle şahsiyet sona erdiğinden, eşya olarak kabul edilse

⁸⁸³TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.288; YENİSEY/NUHOĞLU, s.410; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.352, Alman CMK m. 94/2'de elkoyma işlemi benzer şekilde ifade edilmiştir. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.77; benzer yönde bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMİN/TOK, s.523; ÜNVER/HAKERİ, s.424; ŞEN/ERYILDIZ, s.19; YENİDÜNYA/İÇER, s.405; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.490; YILDIZ, s.13; AÖAY'de ise elkoyma kavramı, idari ve adli amaçla yapılan elkoyma tedbirini kapsayacak şekilde; “Suçun veya tehlikenin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tabi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılabilme işlemi” olarak tanımlanmıştır (m. 4).

⁸⁸⁴ TAŞKIN, Mustafa/ÇETİNTÜRK, Ekrem, “Uluslararası Elkoyma Kararlarının Doğrudan Tanınması ve Yerine Getirilmesine Yönelik Yeni AB Sistemi ve Türkiye’ye Etkileri”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 30, Şubat 2009, s.76.

⁸⁸⁵ 30.1.2003 tarihli 4800 sayılı Yasa ile kabul edilen “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin 2/d maddesinde “Malvarlığı; gerek maddi gerek gayri maddi, taşınır veya taşınmaz, somut veya soyut her türlü varlık ve bu tür varlıklara ilişkin tasarruf hakkını veya ayni hakkı tevsik eden yasal belgeler ve araçlar anlamına gelmektedir” şeklinde tanımlanmıştır.

⁸⁸⁶ ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 7. Baskı, 2015, s.8-9.

⁸⁸⁷ Ancak vücuttan ayrılarak kişiye özgü olma niteliğini kaybeden kesilmiş saç, çekilmiş diş, peruk, takma kaş, kirpik ve tırnak ise eşyadır. Bkz. ÜNAL/BAŞPINAR, s.18; ATAÇ, Gafur, Eşya ve Kazancın Muhafaza Altına Alınması ve Bunlara Elkonulması, Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma (CMK m. 123-128), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s.54.

⁸⁸⁸ ÜNAL/BAŞPINAR, s.25.

de⁸⁸⁹ doktrindeki aksi görüşe rağmen⁸⁹⁰ ceza muhakemesi hukuku anlamında elkoymanın değil⁸⁹¹, adli muayene veya otopsinin konusu olabilir. Yine hayvanlar da doktrinde eşya olarak kabul edilse de⁸⁹² elkoymanın konusu olamaz. Ayrıca elkoyma tedbiri bakımından eşyanın kişiye veya kamuya ait olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Şartlar oluştuğu takdirde kamuya ait malvarlığı değerleri, müsadereye konu olmasa da elkoyma tedbirine konu olabilir.⁸⁹³

Bu çerçevede, malvarlığı kavramı, eşya kavramını da içeren ve ondan daha geniş bir anlama sahiptir. Malvarlığı kavramına, parayla ölçülebilen haklar ve borçlar girdiği halde; eşya kavramına, ekonomik değeri olsun veya olmasın maddi varlıklar girer. Bu bağlamda; parayla ölçülebilen maddi varlıklar (eşya) ve bunlar üzerindeki haklar (ayni hak) malvarlığının bir parçasını oluşturur.

Medeni Kanun'da zilyet, bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse olarak tanımlanmıştır (TMK m. 973/1). Zilyetlik ise kısaca eşya üzerindeki fiili hâkimiyeti ifade eden hukuki durumdur. Bu hukuki durum, fiili hâkimiyetin iradi olarak ele geçirilmesiyle başlar ve iradi olarak veya irade dışı kaybına kadar sürer.⁸⁹⁴ Dolayısıyla zilyetlik için hem fiili hâkimiyetin hem de zilyetlik iradesinin bir arada bulunması gereklidir. Elkoyma bakımından zilyedin şüpheli, sanık veya üçüncü bir kişi olmasının veya zilyetliğin hakka dayanmasının veya haksız olmasının, malik sıfatıyla veya başkası için olmasının veya asli veya fer'î olmasının herhangi bir önemi yoktur. Örneğin, hırsızlık sonucu elde dilen bıçak, rehin alınan veya kiralanan araç da elkoymanın konusu olabilir. Bu durumda

⁸⁸⁹ ÜNAL/BAŞPINAR, s.18.

⁸⁹⁰ ŞEN/ERYILDIZ, s.52.

⁸⁹¹ GÖKCEN, s.145.

⁸⁹² ÜNAL/BAŞPINAR, s.20.

⁸⁹³ ŞEN/ERYILDIZ, s.49.

⁸⁹⁴ ÜNAL/BAŞPINAR, s.83.

malvarlığına elkonulan malik, zilyetten zararının tazminini genel hükümlere göre talep edebilir.⁸⁹⁵

Ancak, elkoyma bakımından, zilyetlik iradesinin her zaman gerekli bir unsur olmadığını, yanında bulundurmanın da yeterli olduğunu ifade edelim.⁸⁹⁶ Kanunda yer alan “*Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir*” hükmü (CMK m. 123/2), bizi bu sonuca götürmektedir. Örneğin bir kimsenin aracına başkası tarafından konulan uyuşturucu maddeler de o kimsenin bu işlemde herhangi bir dahli olmasa dahi, elkoymaya konu olabilir.

“Elkoyma ile zilyedin malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisi, rızası dışında, ortadan kaldırılır” (CMK m. 123/2). Tasarruf yetkisi, zilyetliğe konu malvarlığı değeri üzerindeki hakların devredilebilmesidir. Nitekim zilyetliğin fonksiyonlarından bir tanesi de aynı hakları devrettirici fonksiyonudur.⁸⁹⁷ Elkoyma ile zilyetliğin bu fonksiyonu ortadan kalkar ve zilyet, zilyetliğe konu malvarlığı değeri üzerindeki aynı haklarını devredemez.

Zilyedin, tasarruf yetkisinin kaldırılmasına rıza gösterdiği durumlarda ise elkoyma tedbirinden değil, aşağıda incelenecek olan muhafaza altına alma tedbirinden söz edilir. Yine herhangi bir hakka müdahale niteliği taşımayan, sahihsiz malların koruma altına alınması halinde de elkoymadan söz edilemez.

⁸⁹⁵ Y. 12. CD, 27/05/2013, 2013/9695-14124 E.-K. sayılı kararı: “...davacıların elkoyma nedeni ile uğradıkları maddi kayıplarını..., araçlarını kendilerinden habersiz şekilde suçta kullanan kişilerden talep edebilecekleri...”, aktaran ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.154; ayrıca bkz. AYM, Hikmet Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, no.2016/4557, 4/7/2019, pr.78: “...Sonuç olarak başvuruçunun çalınan kamyonuna suçta kullanıldığı gerekçesiyle yapılan elkoyma işlemi yönünden, bu kamyonun gerçek sahibinin tespiti sürecinde yaşanan gecikme sebebiyle yaklaşık 3 yıl 11 ay iade edilebildiği, bu elkoyma süresi somut olayın koşullarında makul olmadığı gibi belirtilen sürede araçta hasara da yol açıldığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen başvuruçuya elkoymadan kaynaklı söz konusu zararları için herhangi bir tazminat ise ödenmemiştir. Kamu makamlarınca yapılan elkoyma işleminden kaynaklanan söz konusu zararların aracı suçta kullanan sanıklar tarafından karşılanabileceği gerekçesiyle tazminat talebinin reddedilmesi ise başvuruçuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemektedir...”

⁸⁹⁶ ŞEN/ERYILDIZ, s.48.

⁸⁹⁷ AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s.118.

Tasarruf yetkisi, taşınabilir eşyada, eşyanın zilyedinden alınıp devletin eli altına alınmasıyla kaldırılabilir gibi, taşınabilir ve taşınmaz eşyada, eşya devletin eli altına alınmaksızın, muhafaza altına almak üzere zilyede teslim etme veya tapuya şerh verme gibi yalnızca eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması suretiyle de kaldırılabilir.⁸⁹⁸

2. Benzer Kavramlar

Elkoyma tedbiri, ceza muhakemesinde yer alan kimi tedbirlere benzese de bazı yönleriyle bu tedbirlerden farklılık göstermektedir.

Ayrıca hukukun diğer dallarında da elkoyma tedbirine benzer tedbirlere rastlanmaktadır. Örneğin, medeni usul hukukundaki ihtiyati tedbir⁸⁹⁹ ve icra ve iflas hukukundaki ihtiyati haciz⁹⁰⁰ kurumları, tasarruf yetkisini sınırlayan tedbirler olması sebebiyle elkoymaya benzeyen tedbirlerdir.⁹⁰¹

a. Muhafaza Altına Alma

Muhafaza altına alma, sahipli eşyanın zilyedinin rızasıyla, sahipsiz eşyanın ise doğrudan teslim alınmasıdır. Dolayısıyla muhafaza altına alma tedbirinin, elkoyma tedbiri karşısındaki ayırt edici özelliği, “tasarruf yetkisinin zilyedin rızasıyla ortadan kaldırılmasıdır” (CMK m. 123/1).

Bu bağlamda “zilyet, malvarlığı değerlerine elkonulmasına rıza gösterirse bu eşyalar muhafaza altına alınır” (CMK m. 123/1), “rıza göstermezse bu eşyalara

⁸⁹⁸ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.352; YENİSEY/NUHOĞLU, s.411.

⁸⁹⁹ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/AYVAZ, Sema TAŞPINAR, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 3.Baskı, 2017, s.569 vd.

⁹⁰⁰ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/AYVAZ, Sema TAŞPINAR, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 3.Baskı, 2017, s.417 vd.

⁹⁰¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s.410.

elkonulur” (CMK m. 123/2). Dolayısıyla öncelikle muhafaza altına alma tedbiri uygulanmalı, kişi rıza göstermezse elkoyma tedbirine başvurulmalıdır.⁹⁰²

Burada mükiyet hakkına doğrudan müdahale eden bir tedbir bakımından rıza kurumunun yeterli görülmesi yerinde olmamış ve bu hak bakımından güvencesiz bir durum yaratılmıştır.⁹⁰³ Nitekim her iki durumda da eşya üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanmakta ancak rızanın varlığı halinde elkoymaya ilişkin şartlar yerine getirilmemektedir.^{904 905} Dolayısıyla muhafaza altına alma tedbiri bakımından, hâkim kararına veya yetkili makamın yazılı emrine ve yapılan işlemin hâkim onayına sunulmasına⁹⁰⁶ gerek yoktur.⁹⁰⁷

Burada önemli bir husus da zilyedin rızasının hukuka uygun, baskı ve zorlamadan uzak bir şekilde alınmasıdır. Zilyet birden fazlaysa hepsinin birden rızasının alınması gereklidir. Dolayısıyla zilyedin rızası olmamasına rağmen varmış gibi veya bir şekilde rıza fesada uğratılarak, muhafaza altına alma işlemi yapılırsa, yapılan işlem hukuka aykırı olur. Bunun için yapılan işlem tutanak altına alınmalı ve zilyedin rızasının bulunduğu hususu da tutanağa işlenmelidir. Aksi halde yapılan işlem elkoyma olarak değerlendirilecek ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir.⁹⁰⁸

⁹⁰² Y. 4. CD, 13/06/2011, 2009/10672 E. ve 2011/8117 K. sayılı kararı: “... tarihli tutanakta sanığın üzerinden çıkan bıçağı teslim etmekten kaçındığından söz edilmemesi karşısında, CMK m. 123/1 uyarınca muhafaza altına alma tedbiri ile yetinilmesi gerekirken yasaya aykırı olarak elkoyma işleminin yapılmasının hukuki sonuç doğurmayacağı...”, aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.38, dn. 40.

⁹⁰³ ŞEN/ERYILDIZ, s.35.

⁹⁰⁴ KESKİN-KİZİROĞLU, Arama ve Elkoyma, s.147; PARLAR/HATİPOĞLU, s.501.

⁹⁰⁵ Alman Hukuku’nda rıza ile teslim edilen eşyalara şekli olarak elkonulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. WOHLERS, Elkoyma, s.238.

⁹⁰⁶ Uygulamada ise muhafaza altına alma işleminin de hâkim onayına sunulduğuna, hatta hukuki sonuç doğurmayacak olmasına rağmen, ayrıca elkoyma işlemi yapıldığına rastlanmaktadır. Bkz. Y. 4. CD., 13/06/2011, 2009/10672 E., 2011/8117 K. sayılı kararı (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018: “CMK’nın 123/1. Maddesi uyarınca muhafaza altına alma işlemi ile yetinilmesi gerekirken yasaya aykırı olarak elkoyma işlemi yapılmasının hukuki sonuç doğurmayacağı...”.

⁹⁰⁷ KUNTER, s.1989; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.288; ERCAN, s.211; AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.159.

⁹⁰⁸ Bkz. Y. 12. CD., 15/12/2014, 2014/2112 E. ve 2014/25684 K. sayılı kararı, aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.38, dn. 41.

Zilyet, rızasını sonradan geri alabilir. Rızanın geri alınması, muhafaza altına alma işleminin geçerliliğine etki etmez. Bu durumda zilyedin, “Cumhuriyet Savcısına başvurarak eşyanın kendisine iadesini talep etmesi” gereklidir (CMK m. 131/1). Cumhuriyet savcısı, ya eşyayı iade eder ya da iade talebini reddeder. Ret kararı üzerine zilyet, bu sefer Sulh Ceza Hâkimine başvurur. Sulh Ceza Hâkimi talebi kabul ya da reddeder. Ret kararı, elkoyma kararı yerine geçer.⁹⁰⁹

Muhafaza altına alma tedbiri ayrıca PVSK’da, “suçüstü halinde” (Ek madde 4/1) ve “olay yerinde” (Ek Madde 6/7) “delillerin muhafaza altına alınması” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Ancak olay yerinde delillerin muhafaza altına alınması işleminde, eşyanın sahibi rıza göstermezse, elkoyma usulü uygulanmalıdır.

b. Koruma Altına Alma ve Alıkoyma

AÖAY ile “koruma altına alma” adı altında yeni bir kavram getirilmiştir (m. 4). Kavram, CMK’da yer alan muhafaza altına alma kavramına benzese de⁹¹⁰ ondan daha geniş bir anlama sahiptir.

“Koruma altına alma, suçun veya tehlikelerin önlenmesi ya da delil olabilecek veya müsadereye tabi olan yahut güvenliğin sağlanması amacıyla, eşyayı zilyedinin kendiliğinden vermesini veya elkonulana kadar geçici olarak alıkoymayı” ifade eder (AÖAY m.4).

Öncelikle bu kavram, önleme amaçlı alınan tedbirleri de içine alır. Dolayısıyla, önleme aramalarında ele geçirilen delil olabilecek veya müsadereye tabi eşya muhafaza veya koruma altına alınıp derhal Cumhuriyet savcılığına bilgi

⁹⁰⁹ ŞEN/ERYILDIZ, s.39; AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.159.

⁹¹⁰ KESKİN-KİZİROĞLU, Arama ve Elkoyma, s.148; ŞEN/ERYILDIZ, s.40.

verilecektir.⁹¹¹ Bunlar sahipsiz veya sahibi belli olmayan eşyalar ile fren izi, kan lekesi veya olayda kullanılan taş, sopa vb. ekonomik değeri olmayan eşyalar⁹¹² veya tehlike oluşturabilecek veya suç işlenmesine elverişli eşyalar⁹¹³ olabilir. Koruma altına alınan eşya hakkında sonrana elkoyma tedbiri uygulanabilir.⁹¹⁴

Alıkoyma ise elkoyma işlemi yapılana kadar, gerektiğinde zor kullanılarak eşyanın güvence altına alınmasıdır.⁹¹⁵ Burada yapılan işlem tasarruf yetkisini sınırlayan bir etkiye sahip olmasına rağmen, bu işlemin Anayasa ve Kanun'da herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca temel hak ve hürriyetlere doğrudan müdahale eden bir tedbirin de Yönetmelik ile düzenlenmesi başta Anayasa'ya aykırıdır (m. 13).

c. Müsadere

Müsadere, kelime anlamı olarak zor alım demektir. Ceza hukukunda müsadere ise mahkûmiyetin bir sonucu olarak ya da kanunda sayılan hallerde eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesidir.⁹¹⁶ Müsaderenin amacı, suçtan kaynaklanan veya suç işlenmesiyle elde edilerek suç düşüncesini, suçun çekiciliğini canlı tutan eşyaya elkonularak yeni suçların işlenmesinin önlenmesidir.⁹¹⁷ Böylece müsadere, suça ait izlerin silinmesine hizmet eden tek güvenlik tedbidir.⁹¹⁸

⁹¹¹ ŞEN/ERYILDIZ, s.43.

⁹¹² YILDIZ, s.12.

⁹¹³ KESKİN-KİZİROĞLU, Arama ve Elkoyma, s.157.

⁹¹⁴ YENİSEY, s.177.

⁹¹⁵ ŞEN/ERYILDIZ, s.42.

⁹¹⁶ CENTEL/ZAFER, s.1051.

⁹¹⁷ TOROSLU/TOROSLU, s.467; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s.479.

⁹¹⁸ GÜNGÖR, Devrim/TOROSLU, Haluk, Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, AÜHF Dergisi, Sayı:65-4, Yıl: 2016, s.1969.

Müsadere tedbiri, genel ve özel müsadere olmak üzere iki şekilde uygulanır. Genel müsadere, bir kişinin tüm malvarlığının mülkiyetinin devlete geçmesidir. Genel müsadere, Anayasa’da yasaklanmıştır (A m. 38/7).

Özel müsadere ise TCK’da düzenlenen güvenlik tedbirleri içerisinde, “eşya müsaderesi” (TCK m. 54) ve “kazanç müsaderesi” (TCK m. 55) olmak üzere iki ayrı kurum olarak düzenleme altına alınmıştır.⁹¹⁹

“Eşya müsaderesi, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan (örneğin merdiven, maymuncuk, her türlü silah gibi) veya suçun işlenmesine tahsis edilen (teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık suçunun işlenmesi için hazırlanan merdiven) ya da suçtan meydana gelen eşyanın (uyuşturucu madde, sahte rakı, sahte belge vb.) müsadere edilmesidir. Buna ilave olarak, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya da kamu güvenliği (patlayıcı madde gibi), kamu sağlığı (zehirli madde gibi) veya genel ahlak (müstehcen yayınlar gibi) açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir” (TCK m. 54/1).

“Yukarıda sayılan eşyaların müsaderesinin bir şekilde imkânsız hale gelmesi durumunda, bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir” (TCK m. 54/2). Örneğin orman kaçakçılığında kullanılan araç müsadere edilemediğinde bunların değeri kadar para müsadere edilir.

Bunlara ilave olarak, “üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya da (örneğin uyuşturucu madde, ruhsatsız tabanca, sahte para, sahte altın gibi), müsadere edilir” (TCK m. 54/4).

⁹¹⁹ Müsadere tedbirine benzer şekilde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 18’de, idari bir yaptırım türü olarak, “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” tedbiri düzenleme altına alınmıştır.

Yine bir “eşyanın kısmi müsadere (örneğin yurda kaçak yollarla sokulan otomobile monte edilen motor gibi⁹²⁰) veya paylı mülkiyete tabi bir eşyanın bir payının müsadere” de mümkündür (TCK m. 54/5,6).

Kazanç müsadere ise “suçtan elde edilen (kara para aklama, uyuşturucu madde ticareti, kumar, kaçakçılık vs. yolu ile elde edilen veya rüşvet olarak alınan para, hırsızlık sonucu elde edilen araç gibi⁹²¹), suça konu olan (hırsızlık suçunun konusu olan malvarlığı değeri gibi) ⁹²², suçun işlenmesi için sağlanan (suç işlenmeden önce vaad edilen arsa gibi) maddi menfaatler ile bunlardan elde edilen ekonomik kazançların (banka mevduat faizine yatırılan para, alınan gayrimenkul gibi) müsadere edilmesidir. Ancak sağlanan maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilebildiği durumlarda müsadere kararı verilemez” (TCK m. 55/1).

Dolayısıyla kazanç müsadere konusunun konusu maddi menfaatler ile ekonomik kazançlardır. Maddi menfaat, malın kendisi; ekonomik kazanç ise maddi menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan kazançların tamamıdır.⁹²³

Burada da “müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadere hükmolunur” (TCK m. 55/2). Örneğin hırsızlık suçuna konu olan akıllı telefon, yok edilmesi sebebiyle müsadere edilemediğinden bunun karşılığı olan para müsadere edilir.

⁹²⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s.483.

⁹²¹ GEDİK, Doğan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Müsadere, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2016, s.224.

⁹²² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler, s.484.

⁹²³ YCGK., 5/7/2011, 2011/10-119 E., 2011/162 K. sayılı kararı, aktaran GEDİK, Müsadere, s.219 dn.612.

Bu çerçevede elkoyma ceza muhakemesinde düzenlenen bir koruma tedbiri iken, müsadere ceza hukukunda yer alan bir güvenlik tedbiri, bir yaptırım türüdür; dolayısıyla elkoyma geçici, müsadere ise sürekli; elkoyma soruşturmanın başlamasından hüküm verilmesine kadar ki sürede uygulanabilirken, müsadere hükmün kesinleşmesinden sonra uygulanır; elkoyma ihtiyari iken müsadere zorunludur; elkoyma eşya üzerindeki zilyetliği sona erdirip mülkiyet hakkını sınırlandırırken, müsadere eşya üzerindeki mülkiyet hakkını tamamen sona erdirir; elkoymaya hâkim, “gecikmesinde sakınca bulunan hal”lerde Cumhuriyet Savcısı veya kolluk tarafından karar verilirken, müsadereye esas davayı gören mahkeme veya sulh ceza hâkimi tarafından karar verilir; elkoyma suç şüphesi üzerine uygulanabildiği halde, müsadere herhangi bir suç olmadan da uygulanabilir.⁹²⁴

d. Malvarlığının Dondurulması

Hukukumuzda tasarruf yetkisini sınırlayan tedbirlerden bir tanesi de “6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun”da yer alan, “malvarlığının dondurulması”dır.⁹²⁵ Aynı tedbir, Türkiye’nin de taraf olduğu ve iç hukukunun bir parçası haline getirdiği, BM Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme’de de yer almaktadır.⁹²⁶

Malvarlığının dondurulması, malvarlığının ortadan kaldırılması, tüketilmesi, dönüştürülmesi, transferi, devir ve temlik edilmesi ve diğer tasarrufları

⁹²⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.365; SOYASLAN, Ceza Muhakemesi, s.517; CENTEL/ZAFER, s.1052-1053; ŞEN/ERYILDIZ, s.45; GEDİK, Müsadere, s.72-74.

⁹²⁵ YILDIRIM, Zeki, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Amacıyla Malvarlığını Dondurma Tedbiri, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Yıl:2013, s.61-108; YENİDÜNYA/İÇER, s.432-436.

⁹²⁶ 1 Nisan 2002 tarihli ve 24713 sayılı RG.

işlemlerin önlenmesi amacıyla, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen kaldırılması veya kısıtlanmasıdır (6415 sayılı Kanun m. 2/1-d).

Malvarlığının dondurulması tedbiri, tasarruf yetkisinin kaldırılması veya kısıtlanması bakımından elkoyma tedbiri ile benzerlik gösterse de istihbari bilgiler ve bunları destekleyen belirtilere dayanarak uygulanan önleyici bir idari tedbir⁹²⁷ olması sebebiyle elkoymadan ayrılır.

B. ELKOYMANIN AMACI

Elkoyma tedbirinin amacı, ispat aracı olarak yararlı görülen⁹²⁸ veya müsadere konusu olan malvarlığı değerlerinin güvence altına alınmasını sağlayarak⁹²⁹; hem ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini garanti altına almak⁹³⁰ hem de muhakeme sonunda verilecek hükmün kâğıt üzerinde kalmasının önüne geçmektir.⁹³¹

Delil olabilecek eşyaya elkoyma, ceza muhakemesinde hükmün isabetle verilememesi yakın tehlikesine karşı alınan tutucu mahiyette; müsadere konusu eşyaya elkoyma ise önleyici mahiyette bir koruma tedbiridir.⁹³²

⁹²⁷ YILDIRIM, Dondurma, s.77.

⁹²⁸ ÖZGENÇ, Nuri Berkay, Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Elkoyma Koruma Tedbiri, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı:223, Temmuz, 2014, s.23.

⁹²⁹ TOSUN, s.887; SIRMA, Özge, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma”, Uğur ALACAKAPTAN’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2008, s.644.

⁹³⁰ GÖKCEN, s.96.

⁹³¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.364; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.169; ÖZTÜRK/ERDEM, s.567; YENİDÜNYA/İÇER, s.406; ŞEN/ERYILDIZ, s.44; TAŞKIN/ÇETİNTÜRK, s.78; SIRMA, Elkoyma, s.644.

⁹³² KUNTER, s.728; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1114; YENİSEY/NUHOĞLU, s.410.

II. ELKOYMANIN ŞARTLARI

Elkoyma tedbirine başvurabilmek için, “ortada elkoyma yasağına tabi olmayan elkonulabilecek bir eşya bulunması” (CMK m. 123/1) ve “hâkim kararı veya yazılı emir şartlarının” (CMK m. 127/1) bir arada bulunması gereklidir.

Alman Hukuku’nda elkoyma için hâkim kararı veya “gecikmesinde sakınca bulunan hal”lerde savcı veya savcılıkta polis olarak çalışan birinin kararı gereklidir. Elkoymanın maddi şartları ise ispat için elkonulması gerekli olan bir eşya olması, eşyanın elkoyma yasağına tabi olmaması ve ölçülülük ilkesine uyulmasıdır.^{933 934}

A. ŞÜPHE

Tedbir bakımından, diğer tedbirlerden farklı olarak şüphe şartına yer verilmemiştir. Doktrinde, “elkoyma tedbirinin birden fazla temel hak ve özgürlüğe müdahale ettiğinden, tedbire başvurabilmek için basit şüphenin yeterli olamayacağı⁹³⁵, kuvvetli şüphenin de aranmayacağı, bu sebeple yeterli şüphenin aranmasının gerekli olduğu⁹³⁶, bunun yanında uyuşturucu ticareti gibi ispatı zor örgütlü suçlarda ise basit şüphe ile yetinilebileceğini⁹³⁷ ifade edenler olduğu gibi; arama tedbirine kıyasen makul şüphenin aranması⁹³⁸ gerektiği,

⁹³³ WOHLERS, Wolfgang, Alman Ceza Muhakemesi Hukukuna Göre Temel Sorunlar ve Elkoymanın ve Güncel Problemleri, (Çev.:Prof.Dr.Dr.h.c. Yener ÜNVER), Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 9, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2015, s.235; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.177.

⁹³⁴ Doktrinde, “elkoymanın maddi şartları yerine getirilmeden yapılan, örneğin hâkim kararı olmadan ya da gecikmesinde sakınca olmadığı halde varmışçasına hâkim kararı olmadan yapılan bir elkoymada, değerlendirme yasağı olmakla birlikte kullanma yasağının olmadığı” savunulmaktadır. Bkz. WOHLERS, Elkoyma, s.244.

⁹³⁵ YILDIZ, s.113.

⁹³⁶ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.164; ALDEMİR, Arama ve Elkoyma, s.304; ÖKTEN, s.65.

⁹³⁷ GÖKCEN, s.129.

⁹³⁸ TURHAN, s.255; ŞEN/ERYILDIZ, s.50; YENİDÜNYA/İÇER, s.408; AYDOĞMUŞ, s.166; ATAÇ, s.49.

ayrıca kanun koyucu tarafından herhangi bir kıstasa yer verilmediğinden basit şüphenin⁹³⁹ yeterli olacağı” ifade edilmektedir.

Kanaatimce, tedbir ile mülkiyet hakkına müdahale edildiğinden, hiçbir şüphe şartı aranmaksızın tedbire başvurmak, hakkın korunması bakımından güvenceli olamayacaktır. Nerede olduğu kesin olarak bilinen delil olabilecek eşyaya elkonulması bakımından şüphe şartına yer verilmemesi makul görülebilir. Ancak müsadereye tabi eşya bakımından aynı gerekçeyi öne sürmek mümkün görünmemektedir. Örneğin eşyanın, bir suçun işlenmesine tahsis edildiği gerekçesiyle hiçbir şüphe şartına yer verilmeden elkoymaya konu olması düşünülemez. Bu sebeple, yukarıda arama tedbiri incelenirken ifade edildiği üzere, somut gerekçelerle ortaya konulan makul şüphe üzerine elkoyma tedbirine başvurulması, hakkın korunması bakımından güvenceli olacak, hakka yapılabilecek keyfi müdahalelerin önüne geçecektir.

B. YETKİLİ MAKAMCA VERİLEN ELKOYMA KARARI VEYA EMRİ

1. Hâkim Kararı veya Cumhuriyet Savcısının veya Kolluk Amirinin Yazılı Emriyle Elkoyma

“Elkoyma tedbirine ya hâkim kararı üzerine ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı veya yetkili makamın yazılı emri üzerine başvurulabilir” (Anayasa m. 20 ve 21, CMK m. 127/1⁹⁴⁰, SEY m. 5/1-2, AÖAY m. 15/1).

⁹³⁹ AYDIN, Murat, Ceza Muhakemesinde Basit Elkoyma Koruma Tedbiri, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:3, Sayı:21, Ağustos 2011, s.46; GEDİK, Doğan, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Basit Elkoyma, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:6, Şubat 2007, s.74.

⁹⁴⁰ Alman CMK m. 98/1’de ise elkoymaya mahkeme veya gecikmede tehlike varsa savcılık ve savcılığın dedektiflerince emredilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.82.

Elkoyma tedbirine tek başına veya arama tedbiri ile birlikte başvurulabilir. Dolayısıyla arama tedbiri sonucunda, buna ilişkin bir karar yoksa doğrudan elkoyma tedbirine başvurulamaz. Aksi halde CMK'nın elkoyma ile ilgili hükmü, etkisini yitirmiş zımnen ilga edilmiş olacaktır.⁹⁴¹

Yukarıda arama tedbiri bakımından ifade edilen, karar alma usulü, hâkim kararı, yazılı emir kavramları ile ilgili açıklamalar, elkoyma bakımından da geçerlidir.

2. Cumhuriyet Savcısı ve Kolluk Amirinin Yazılı Emrinin Hâkim Onayına Sunulması

Arama tedbirinden farklı olarak elkoyma tedbirinde, “Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur.”⁹⁴² Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar” (Anayasa m. 20/2, 21, CMK m. 127/3, SEY m. 5/5, AÖAY m. 10/2) hususu hüküm altına alınmıştır.⁹⁴³

Onay süresi, elkoyma işleminin yapıldığı andan itibaren başlar. Bu sebeple, elkoyma tutanağına, mülkiyet hakkının korunması bakımından, elkoyma tarih ve saatinin yazılması son derece önemlidir. Elkoyma tedbirinin koşullarının oluşup oluşmadığının tespiti ve varsa oluşan zararın telafisi için, işlemin hâkim onayına sunulması gereklidir.⁹⁴⁴ Dolayısıyla bu aşamada elkoyma işlemi de

⁹⁴¹ ERCAN, s.212; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.354.

⁹⁴² Doktrinde GÖZLER, idari makamın verdiği idari bir kararın hâkim onayına sunulmasının kuvvetler ayrılığına aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. GÖZLER, Kemal, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayını, 2002, Cilt 19, s.345.

⁹⁴³ Alman CMK m. 98/2’de bu süre üç gün olarak düzenlenmiştir. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.82.

⁹⁴⁴ KARAKEHYA, s.252.

devam etmektedir. Elkoyma işlemi, hâkimin kararından sonra tamamlanacak ya da yapılan işlem iptal edilecektir.

Bu aşamada hâkim, elkoyma işleminin, “yetkili merci, yazılılık ve gecikmesinde sakınca bulunan hal” koşulları bakımından, emrin verildiği anda⁹⁴⁵, CMK’nın ilgili hükümlerine uygun olup olmadığını değerlendirerek, ya yapılan işlemi onaylar ya da bu yöndeki talebi reddeder. Hâkim, talebi reddederse yapılan işlem kendiliğinden ortadan kalkar ve eşyanın doğrudan zilyede iade edilmesi gereklidir.

Hâkimin elkoyma işlemini onaylaması, arama işleminin de geriye dönük olarak hukuka uygun hale geldiği anlamına gelmeyecektir.⁹⁴⁶

Ayrıca, hâkim onayına sunma işleminin süresinde yapılması ve hâkim tarafından da süresinde karar verilmesi zorunludur. Aksi halde elkoyma tedbiri kendiliğinden sona erecektir. Bu bağlamda, süresinde hâkim onayına sunulmadan yapılan elkoyma işlemi yok hükmündedir⁹⁴⁷ ve süre geçtikten sonra karar verilmesi de yapılan işlemi hukuka uygun hale getirmeyecektir.⁹⁴⁸

3. Elkoyma Kararının İçeriği

Arama kararı veya emrinin kapsamı CMK’da düzenlendiği halde, elkoyma karar veya emrinin kapsamı düzenlenmemiştir. Bu durumda arama kararı veya

⁹⁴⁵ ŞEN/ERYILDIZ, s.85.

⁹⁴⁶ YCGK, 25/11/2014, 2014/8-166 E., 2014/514 K. sayılı kararı, aktaran, KAZAKER, s. 156.

⁹⁴⁷ Y. 11. CD., 22/02/2016 tarih ve 2015/9595 E. ve 2016/1347 K. sayılı kararı: “...Cumhuriyet Başsavcılığı’nın elkoyulmasının onanması talebinde bulunması ve Sulh Ceza Mahkemesi’nin kararı ile talebin reddine dair karar verilmesi nedeniyle elkoymanın hükümsüz hale gelmesi karşısında;...” aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.75, dn. 119.

⁹⁴⁸ ÜNVER/HAKERİ, s.428; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.355; KESKİN-KİZİROĞLU, Arama ve Elkoyma, s.149.

emrinin kapsamını düzenleyen hüküm (CMK m. 119), istisnai ve sınırlayıcı bir düzenleme olmadığından, kıyasen elkoyma hakkında da uygulanabilir.⁹⁴⁹

Bu bağlamda, belirlilik ilkesine uygun olarak, elkoyma kararı veya emrinde, elkoymanın nedenini oluşturan fiil, elkonulacak malvarlığı değerinin özellikleri, tedbirin uygulanma süresini belirlemesi bakımından⁹⁵⁰ ispat aracı olarak yararlı görülen eşya mı yoksa müsadereye tabi eşya mı olduğu⁹⁵¹, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi hususlarının açıkça gösterilmesi gerekmektedir.⁹⁵² Bunun aksine, “Arama sonucunda ele geçirilen delil niteliğindeki eşyaya elkonulması” gibi genel ifadelerle hazırlanan elkoyma kararları, belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ederek, mülkiyet hakkına keyfi müdahale edilmesine neden olacaktır.

Arama kararında olduğu gibi, her elkoyma kararı veya emri ile yalnızca bir defa elkoyma işlemi yapılabilir. Ayrıca “Elkoyma kararı veya emri ilgiliye tebliğ edilmez” (CMK m. 35/2).

C. ELKOYMAYA KONU OLABİLECEK EŞYANIN BULUNMASI

Elkoyma işleminin ilk şartı, elkoyma yasağına tabi olmayan, ispat aracı olarak yararlı görülen ya da müsadere konusu olan bir malvarlığı değerinin mevcut olmasıdır.⁹⁵³

⁹⁴⁹ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.371; YENİSEY/NUHOĞLU, s.413; ŞEN/ERYILDIZ, s.86.

⁹⁵⁰GÖKCEN, s.212.

⁹⁵¹ŞEN/ERYILDIZ, s.44.

⁹⁵²WOHLERS, Elkoyma, s.237; CENTEL/ZAFER, s.466; ŞEN/ERYILDIZ, s.86.

⁹⁵³ABD’de kullanımı yasak olan uyuşturucu maddesi gibi kaçak eşyalar, suçta kullanılan eşya, çalınmış eşya ve suçun delili olan eşyaya elkonulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. BACIGAL, s.179.

1. Delil Niteliğindeki Eşya

Delil niteliğindeki eşya, maddi olayın ispatında yararlı olabilecek, ispat potansiyeli taşıyan⁹⁵⁴ he türlü malvarlığı değeridir. Bunlar genellikle belge ve eşyaya ilişkin belirti delilleridir.⁹⁵⁵ Dolayısıyla tedbirin amacına aykırı biçimde, delil olarak kabul edilemeyecek malvarlığı değerleri, elkoymanın konusunu oluşturamazlar.⁹⁵⁶

Bunlar, doğrudan delil olanların yanında, bizzat delil olmasa da olayı aydınlatmaya, delilleri kıymetlendirmeye, delillere anlam vermeye yarayacak malvarlığı değerlerini de kapsar.⁹⁵⁷ Örneğin, suç aletinin nerede saklandığını içeren bir not kâğıdına bu anlamda, elkonulabilecektir.⁹⁵⁸

Ancak elkonulan eşyanın muhakemede kullanılmaması, eşyanın delil değeri olmadığının açıkça belli olduğu haller hariç, elkoyma tedbirinin hukuka uygunluğuna doğrudan etki etmez.⁹⁵⁹ Nitekim bazı durumlarda eşyanın delil değerinin olup olmadığı bir takım kriminal incelemelerden sonra da anlaşılabilir.⁹⁶⁰

Ayrıca ölçülülük ilkesi bakımından elkonulan eşyanın sayısı muhakeme bakımından önem arz etmiyorsa veya müsadereye tabi değilse, eşyadan numune olarak bir adet alınması yeterlidir.⁹⁶¹

⁹⁵⁴ ŞEN/ERYILDIZ, s.55.

⁹⁵⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.288.

⁹⁵⁶ PARLAR/HATİPOĞLU, s.502.

⁹⁵⁷ EREM, Ceza Usul, s.521; KUNTER, s.100.

⁹⁵⁸ ŞEN/ERYILDIZ, s.56.

⁹⁵⁹ ŞEN/ERYILDIZ, s.58.

⁹⁶⁰ GÖKCEN, s.148.

⁹⁶¹ ŞEN/ERYILDIZ, s.56.

2. Müsadereye Tabi Eşya

Eşya ve kazanç müsaderesine konu olan malvarlığı değerlerine de elkonulabilir. Bu konu yukarıda açıklandığı için yalnızca değinilmekle yetinilecektir.



D. ELKOYMA YASAĞININ BULUNMAMASI

Kişiye ait bazı hakların toplum yararına üstün geldiği⁹⁶², tedbirin uygulanması sonucu amaçlanan yararın oluşacak zarardan büyük olduğu durumda tedbirin uygulanmasından vazgeçilebilir.⁹⁶³ Bu bağlamda, elkonulması yasak olan eşyalar için arama tedbirine de başvurulamamalıdır.⁹⁶⁴

Alman Hukuku'nda elkonulamayacak eşyaların değerlendirilemeyecekleri hatta diğer soruşturmalar için emare olarak dahi kullanılamayacakları, yani hem değerlendirme hem de bir kullanma yasağının olduğu savunulmaktadır.⁹⁶⁵ Ancak, Alman Hukuku'nda “suçla dar bir ilişki içinde bulunan, yani suçtan elde edilen ilk eşyalar elkoymadan muaf değildir” (Al. CMK prg. 97/2, cümle: 3).⁹⁶⁶

1. İçeriği Devlet Sırrı Niteliğinde Olan Belgeler

a. Devlet Sırrı Kavramı

Sır, varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey anlamına gelmektedir.⁹⁶⁷ Devlet sırrı kavramı ise mevzuatımızda farklı yerlerde düzenleme altına alınmıştır.⁹⁶⁸

⁹⁶² SOYASLAN, Ceza Muhakemesi, s.297.

⁹⁶³ YURTCAN, CMK Şerhi, s.357; ÇELİK, s.33; GÖKCEN, s.177; ŞEN/ERYILDIZ, s.61.

⁹⁶⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1143; YENİSEY, s.51; EREM, Avukat Bürolarında Arama, s.2; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.154.

⁹⁶⁵ WOHLERS, Elkoyma, s.244.

⁹⁶⁶ WOHLERS, Elkoyma, s.240.

⁹⁶⁷ www.tdk.gov.tr Erişim Tarihi: 15/04/2014.

⁹⁶⁸ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da, “*Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzen ve dış ilişkilerde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler Devlet sırrı sayılır*” denilerek kavramın neye ilişkin olduğu ifade edilmiştir (m. 20/3); 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, delil toplama görev ve yetkileri ile ilgili olarak “*...istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise gerekçesi bildirilmek suretiyle mahkemeye verilmeyebilir...*” denilerek Devlet sırrı kavramının neye ilişkin olduğu dolaylı olarak ifade edilmiştir (m. 20/3); 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda ise “*...açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratacak nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır*” denilerek kavramın tanımı yapılmıştır (m. 16). Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu konuya ilişkin bir kararında; Türkiye'nin stoklarında bulunan ve toprağa döşeli ne kadar mayının olduğu, mayın olduğu bilinen veya mayın olduğundan şüphelenilen

TCK'nın "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" başlıklı ikinci kitabının yedinci bölümünde, "Devlet sırrı" kavramının doğrudan bir tanımı verilmemiş ancak nelerin Devlet sırrı kavramıyla ilişkili olduğu ifade edilmiştir (m. 326-339). Bu kapsamda TCK'da, "Devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin belge..." (m. 326/1), "Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgi..." (m. 327/1, 328/1, 329/1, 330/1), "Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri..." (m. 334/1, 335/1, 336/1, 337/1) ibarelerine yer verilmiştir.

CMK'da ise "*Devlet sırrı; açıklanması, devletin dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni⁹⁶⁹ ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgilerdir*" şeklinde tanımlanmıştır (m. 47). Tanım yalnızca, kendiliğinden sır olan bilgi ve belgeleri ifade etmiş ancak, yetkili makamların açıklamasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin nelere ilişkin olduğu hususunda ise suskun kalmıştır.⁹⁷⁰

yerlerin nereler olduğu, bugüne kadar ne kadar mayın imha edildiği, mayınların imhasına ilişkin bir program ve bu programa ilişkin bir takvimin olup-olmadığına ilişkin bilgi taleplerinin devlet sırrına ilişkin olması nedeniyle bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir (BEDK, KT. 11.02.2005, KS. 2005/98). Başka bir kararında; Türkiye-Yunanistan arasında her iki ülkenin birbirine verdiği notalara ilişkin bilgi taleplerinin devlet sırrına ilişkin olması nedeniyle bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir (BEDK, KT. 27.05.2010, KS. 2010/880), aktaran POLATER, Yusuf Ziya, Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı, TBB Dergisi, s.122, Yıl 2016, s.131.

⁹⁶⁹ Doktrinde, açıklanması Devletin anayasal düzeninde tehlike yaratabilecek nitelikte olan bilgilerden neyin kastedildiğinin anlaşılamadığı, haklı olarak, ifade edilmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Devlet Sırrı ve Ceza Hukuku, Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi Cilt 1, XII Levha Yayıncılık, Ankara, 2013, s.297.

⁹⁷⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010-1, s.27.

Ayrıca henüz yürürlüğe girmemiş olan “Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı”nda da kavramın tanımının yapıldığını ifade edelim.^{971 972 973}

Görüldüğü üzere kavramın, ortak bir tanımı yapılamasa da devletin dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine, anayasal düzene ve dış ilişkilerine yönelik ve açıklanması halinde zarara neden olabilecek veya tehlike yaratabilecek bilgiler olduğu hususu vurgulanmıştır.⁹⁷⁴ Dolayısıyla bu bilgi ve belgeler yalnızca bazı kamu görevlilerince bilinmekte olduğundan aleniyet kazanmış bilgi ve belgelerin devlet sırrı olarak koruma altına alınmasının bir anlamı olmayacaktır.⁹⁷⁵

Mevzuatta kavramın tanımı yapılmış olmasına rağmen, bir bilgi veya belgenin devlet sırrı olup olmadığına kimin karar vereceği hususu düzenlenmemiştir. Uygulamada, özellikle devlet sırrı aleyhine işlenen suçlarda, mahkemece, bu hususun tespiti için, Genelkurmay Başkanlığı veya MİT Başkanlığından⁹⁷⁶ sorulduğu ve bilirkişi incelemesine başvurulduğu görülmektedir.⁹⁷⁷

⁹⁷¹ KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2020, s.30.

⁹⁷² Alman CMK’da “Resmi belgeler” başlıklı pr. 96’da, “içeriğinin ifşası Alman Federal Devletin veya bir Federe devletin aleyhine sonuçlar doğuracak olan resmi koruma altında bulunan dosyalar veya belgeler olarak ifade edilmiş ve kurumun en yüksek amiri tarafından açıklandığı takdirde bunların ibrazının istenemeyeceği” düzenleme altına alınmıştır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.78.

⁹⁷³ İtalyan Hukuku’nda ise devlet sırrı kavramı, 1977 tarih ve 801 sayılı Kanun’un 12. maddesinde; “Yayıldığı takdirde, devletin Demokratik bütünlüğüne, aynı zamanda devletin uluslararası ilişkilerine, Anayasa’nın temeli olarak koyduğu kurumların savunulmasına, anayasal organların görevlerini serbestçe yapmalarına, diğer devletler karşısında ve onlarla ilişkilerde devletin bağımsızlığına, ulusal güvenliğin ve ulusal savunmanın sağlanmasına zarar vermeye elverişli olan işlemler, belgeler, haberler ve diğer her şey devlet sırrı kapsamındadır. Anayasal düzeni yıkıcı fiiller hiçbir adla devlet sırrının konusu olamaz” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. HAFİZOĞULLARI, Zeki/KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/2, s.131.

⁹⁷⁴ Y. 16. CD., 6/11/2019, 2019/5436 E., 2019/6728 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021: Bu düzenlemeler nazara alındığında; yetkisiz kişilerce bilinmesi uluslararası ilişkiler bakımından devletin güvenliğine ve dış ilişkilerine zarar tehlikesi doğuran bilgilerin devlet sırrı kapsamında olduğu söylenebilir.

⁹⁷⁵ ÖZGENÇ, Devlet Sırrı, s.290.

⁹⁷⁶ 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu Ek Madde 1.

⁹⁷⁷ KAYMAZ, s.145; Y. 16. CD., 21/04/2016, 2015/4672 E., 2016/2330 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 02/04/2021: “...ilgili kurumlardan Devlet sırrı olup

Alman CMK'da "Resmi belgeler" başlıklı prg. 96'da, "talep edilen bilgi ve belgelerin Devlet sırrına ilişkin olduğu hususu, kurumun en yüksek amiri tarafından açıklandığı takdirde bunların ibrazının istenemeyeceği" düzenleme altına alınmıştır.⁹⁷⁸ Burada kurumun en yüksek amirinin kararı, şüpheli ve müdafî tarafından mahkemeye taşınabilir. Bu durumda mahkeme, bir üst idari makama başvurabilecektir.⁹⁷⁹

b. Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgelerin İncelenmesi

Hukuk devletinde, devletin suçla ilgili bir sırrı olamaz⁹⁸⁰ ve bu tür bilgi ve belgeler takdire bağlı olarak yargıdan kaçırılmaz.⁹⁸¹ Bu sebeple "Devlet sırrı" olarak adlandırılan bilgilerin olduğu belgeler incelemeye konu olabilir, ancak bunlar hakkında elkoyma ve muhafaza altına alma tedbiri uygulanamaz. Maddede yer alan "incelenebilir" ve "tutanağa kaydettirilir" ifadeleri de bu hususu desteklemektedir.⁹⁸² Ayrıca devlet sırrı niteliğindeki belgelere hangi usulle elkonulacağı hususu da CMK'da düzenlenmemiştir.⁹⁸³

Ancak ölçülülük ilkesi gereği bu husus bazı şartlara tabidir. Buna göre, *"Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir."*⁹⁸⁴ Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme

olmadığı hususunda görüş alınması yerine konunun uzmanı olmayansavcılıklar ve Adli Müşavirliklerinden alınan görüşler doğrultusunda hüküm kurulması...".

⁹⁷⁸ YENİSEY/OKTAR, s.78.

⁹⁷⁹ WOHLERS, Elkoyma, s.243.

⁹⁸⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Devlet Sırrı, s.25; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.353.

⁹⁸¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Devlet Sırrı, s.26.

⁹⁸² ŞEN/ERYILDIZ, s.69.

⁹⁸³ SOYASLAN, Ceza Muhakemesi, s.298.

⁹⁸⁴ Bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal etme tehlikesi bulunduğu ilişkin olarak bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Devlet Sırrı, s.28; FEYZİOĞLU, 5271 Sayılı, s.37; FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Kanunu Uyarınca Devlet Sırrı İçeren Beyanların ve Belgelerin Mahkemeye Sunulması, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza hukuku, Cilt 3, Yayına Hazırlayanlar HINGELDORF Eric/ÜNVER, Yener, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s.894; ŞEN/ERYILDIZ, s.69; GÜNGÖR, Devrim, Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:2, Yıl:2015, s.317; ÖKTEN, s.51.

başkanı tarafından tutanağa kaydedtirilir.”⁹⁸⁵ (CMK m. 125/2)⁹⁸⁶ ve bu hüküm, “hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır” (CMK m. 125/3).

İlk olarak inceleme işlemi yalnızca kovuşturma aşamasında yapılabilir.⁹⁸⁷ İkinci olarak, inceleme işlemi hapis cezasının alt sınırı beş yılın üstünde olan suçlar bakımından söz konusu olabilir. Bu amaçla mahkemece, resen veya talep üzerine, Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, bunları muhafaza eden kamu kurumundan istenecek ve inceleme işlemi yapılacaktır.

2. Tanıklıktan Çekinebilecekler Arasındaki Mektup ve Belgeler

“Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı olan kimseler arasındaki mektup ve belgelere, bunlar bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz” (CMK m. 126).⁹⁸⁸ Burada konusu bakımından yasaklanmış bir delil söz konusudur.⁹⁸⁹

Burada, “nemo tenetur” yani “kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama” ilkesi ve “susma hakkı”⁹⁹⁰, elkoyma tedbirine üstün tutulmuştur. Böylelikle elkoyma tedbiriyle tanıklıktan çekinme hakkının⁹⁹¹ (CMK

⁹⁸⁵ Bunun denetiminin nasıl sağlanacağına ilişkin bir düzenleme olmadığı hususunda bkz. MALKOÇ, İsmail/YÜKSEKTEPE, Mert, Açıklamalar ve Yorumlarla Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, 1. Cilt, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s.608.

⁹⁸⁶ Alman Ceza Muhakemesi Hukuku’nda ise bazı koşullarda, muhakemenin hiçbir aşamasında inceleme yapılamamaktadır. Bkz. FRISCH, Wolfgang, Ceza Muhakemesinde Devlet Sırlarının Korunması (Çeviren Mehmet ASLAN), Dünyada ve Türkiye’de Ceza hukuku Reformları Kongresi Cilt 1, XII Levha Yayıncılık, Ankara, 2013, s.250.

⁹⁸⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Devlet Sırrı, s.28.

⁹⁸⁸ Alman CMK m. 97’de de benzer bir düzenleme yapılmış ancak “nezdinde bulunma” şartı getirilmeksizin tüm yazılı bildirimler elkonulamayacak eşya olarak nitelendirilmiştir. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.79.

⁹⁸⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1118; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1257; YENİSEY/NUHOĞLU, s.413; ŞEN/ERYILDIZ, s.66.

⁹⁹⁰ ŞEN/ERYILDIZ, s.62.

⁹⁹¹ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. FEYZİOĞLU, Tanıklık, s.156-230.

m. 45 ve 46) ortadan kaldırılmasının önüne geçilmekte⁹⁹², meslek mensupları bakımından ise “güven ilişkisi” güvence altına alınmaktadır.⁹⁹³

Tanıklıktan çekinme hakkı, yakınlık ve mesleki uğraş sebebiyle tanınmıştır. Bu haktan, yakınlar bakımından doğrudan, avukatlar hariç bazı meslek mensupları bakımından ise ilgilinin rızası ile feragat mümkündür. Avukatlar, müvekkil rıza gösterse bile bu haktan çekinip çekinmemek hususunda takdir hakkına sahiptir. Dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakkında feragat edildiğinde, mektup ve belgelere elkonulabilecektir. Ancak bunun için ilgili kişinin Anayasal bir ilke olan “nemo tenetur” ve ve elkoyma yasağı hususunda aydınlatılmış olması gereklidir.⁹⁹⁴ Aksi halde hem yapılan işlem hem de elde edilen delil hukuka aykırı hale gelir.⁹⁹⁵

Yine tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerin, yargılama konusu suçla ilgili olarak; suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiillerini işledikleri şüphesi olduğu takdirde söz konusu mektup ve belgelere elkonulabilecektir.⁹⁹⁶ Ancak bunun için ilgili kişinin resmi olarak “şüpheli” sıfatını taşıması gereklidir.⁹⁹⁷ Nitekim muhakemede makam itibarıyla taraf olanlar tanık olamayacağından, şüpheli ve sanığın da tanık olması, dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakkına sahip olması söz konusu olamaz.⁹⁹⁸

⁹⁹² EREM, Ceza Usul, s.523; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.353; ÇELİK, s.42; ayrıca bkz. madde gerekçesi.

⁹⁹³ KAPP, Thomas/ROTH, Alexander, Elkoyma Yasağının Sınırlandırılması Olarak Şüphelinin Muhafazaya Alınması (Öne Geçen Bir Girişim!), Çev. Prof.Dr. Yener ÜNVER, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 11, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s.164.

⁹⁹⁴ ŞEN/ERYILDIZ, s.64; ÖZGENÇ, Elkoyma, s.25.

⁹⁹⁵ Bkz. YCGK., 10/12/2013, 2013/10-283 E. 2013/599 K., (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

⁹⁹⁶ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.353; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1257; YENİSEY/NUHOĞLU, s.413; Madde gerekçesi.

⁹⁹⁷ ŞEN/ERYILDIZ, s.66; Doktrinde, “bu hususun, Anayasa m. 38/5’e aykırı olarak susma ve tanıklıktan çekinme hakkını dolaylı olarak bertaraf eden bir uygulama olduğu” hakkında bkz. KESKİN-KİZİROĞLU, Arama ve Elkoyma, s.151.

⁹⁹⁸ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.208; FEYZİOĞLU, Tanıklık, s.42.

Alman Hukuku'nda da “tanıklıktan çekinme hakkına sahibi olanlar aynı zamanda şüpheli konumunda ise elkoyma yasağı ortadan kalkar” (Al. CMK pr. 97/2, cümle: 3).⁹⁹⁹

a. Mektup ve Belge Kavramı

Elkoyma yasağına mektup ve belgeler dâhildir. Alman Hukuku'nda “tüm yazılı bildirimler” ifadesi kullanılarak, kapsam geniş tutulmuştur.¹⁰⁰⁰

Mektup, kişiler, kurumlar, kuruluşlar ve örgütler arasındaki bildirişim yazılarıdır. Mektuplar, özel, iş, edebi ve açık mektup olmak üzere dört türdür.¹⁰⁰¹ Özel mektup, birbirine yakın olan kişiler arasındaki, iş mektubu ise ticari ve sanayi kurumlarının birbirleri arasındaki veya kişilerle arasındaki haberleşme vasıtasıdır. Elkoymanın konusu özel ve iş mektuplarıdır.

Mektupların yazılı olması zorunludur, elektronik ortamda yazılan ve gönderilen mektuplar bakımından CMK m. 135/3 hükmü uygulanacaktır.

Belge delilinin “yazılı”, “ses ve görüntü tespit eden” ve “şekil tespit eden” belge olmak üzere üçe ayrıldığı hususu yukarıda ifade edilmişti. Burada belge disk, CD, taşınabilir bellek içinde saklanıyor olsa da yasak kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁰⁰² Ayrıca, mektup ve belgelerin asılları yanında suretleri de yasak kapsamındadır.¹⁰⁰³

⁹⁹⁹ WOHLERS, Elkoyma, s.240.

¹⁰⁰⁰ YENİSEY/OKTAR, s.79.

¹⁰⁰¹ www.tdk.gov.tr Erişim tarihi: 15/04/2014

¹⁰⁰² Benzer yönde ŞEN/ERYILDIZ, s.63.

¹⁰⁰³ ŞEN/ERYILDIZ, s.65.

b. Nezdinde Bulunma Şartı

Mektup ve belgelere, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kimseler nezdinde (yanında, huzurunda, gözetiminde) bulunduğu sürece elkonulamaz.¹⁰⁰⁴ Nezdinde bulunmaktan maksat, kişinin fiilen tasarrufu altında bulunan, üçüncü şahısların erişimine kapalı her yer, yani kişinin egemenlik alanıdır.¹⁰⁰⁵ Dolayısıyla, kişinin üstünün yanı sıra, mektup ve belgelerin bulunduğu yerleşim yeri veya işyeri de bu kavrama dâhildir.¹⁰⁰⁶

Tanıklıktan çekinebilecek kişinin ölmesi durumunda da hükmün amacı dikkate alındığında, bu yasak devam etmelidir.¹⁰⁰⁷ Burada tartışmalı husus, bu mektup ve belgelerin çalınması veya kaybolması durumunda nasıl hareket edileceğidir. Doktrinde “iradi olmayan böyle bir durumda dahi elkoyma yasağının uygulanması gerektiği savunulmaktadır.”¹⁰⁰⁸ Kanaatimce, çalınma ve kaybolma durumunda, “nezdinde bulunma” durumu ortadan kalktığından, bu türlü mektup ve belgeler elkoymaya konu olabilmeli ancak, bunların delil olarak kullanılabilmesi tanıklıktan çekinme hakkı sahiplerinin rızasına tabi olmalıdır.

Burada tartışmalı bir husus da şüphelinin bu tür mektup ve belgeleri, soruşturma makamlarından kaçırmak amacıyla, tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselere teslim etmesi durumunda yasağın devam edip etmeyeceğine ilişkindir. Doktrinde “hakkın kötüye kullanılması durumunda bu yasağın uygulanmaması

¹⁰⁰⁴ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.289.

¹⁰⁰⁵ KESKİN-KIZIROĞLU, Arama ve Elkoyma, s.150; ŞEN/ERYILDIZ, s.65.

¹⁰⁰⁶ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.353; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1257; YENİSEY/NUHOĞLU, s.413; PARLAR/HATİPOĞLU, s.506; ÇELİK, s.40; Madde gerekçesi.

¹⁰⁰⁷ ŞEN/ERYILDIZ, s.67.

¹⁰⁰⁸ ŞEN/ERYILDIZ, s.67.

gerektiği” ifade edilmektedir.¹⁰⁰⁹ Kanaatimce, her ne kadar amaç hukuka aykırı olsa da hakkın kötüye kullanıldığı ispat edilmedikçe, araç hukuka uygun olduğu sürece elkoyma yasağı uygulanmalıdır. Aksi niyet okumaya girer ki bu durumun hukuk devletinde kabulü mümkün değildir.

Yine tartışmalı bir husus bunlara postada iken elkonulup konulamayacağına ilişkindir. Maddenin lâfzî yorumundan buna bir engel olmadığı sonucu çıkmaktadır.¹⁰¹⁰ Ancak, kanaatimce, hükmün amacının tanıklıktan çekinme hakkının korunması olduğu değerlendirildiğinde, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kimseler tarafından postaya verilen mektuplara da elkonulamamalıdır.¹⁰¹¹

Maddenin lafzi yorumundan, elkoymanın yasak olduğu dolayısıyla bunların muhafaza altına alınabileceği anlamı çıkmaktadır.¹⁰¹² Ancak kişinin, “nemo tenetur” ve elkoyma yasağı hususunda aydınlatılmadığı durumda, verilen rıza ve dolayısıyla yapılan muhafaza altına alma işlemi de geçerli olmamalıdır. Aksi durum, “nemo tenetur” ilkesinin ve tanıklıktan çekinme hakkının sağladığı güvence fonksiyonunun ortadan kalkmasına neden olacaktır.

3. Basın Araçları

Basın zgrlğnn korunması amacıyla, kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarına, suç aleti olduğu gerekçesiyle elkonulamaz, bunlar müsadere edilemez veya işletmekten alıkonulamaz (Anayasa m. 30).

¹⁰⁰⁹ şEN/ERYILDIZ, s.68.

¹⁰¹⁰ ALDEMİR, Arama ve Elkoyma, s.360.

¹⁰¹¹ Benzer yönde bkz. ÇELİK, s.43.

¹⁰¹² şEN/ERYILDIZ, s.66.

Basın araçları, demokratik hukuk devletlerinde üstlendiği dördüncü kuvvet görevi nedeniyle özel olarak koruma altına alınmıştır.¹⁰¹³ Ancak bu koruma tüm basın araçları için değil; yalnızca kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basım evleri ve eklentileri ile basın araçları için getirilmiştir.

4. Şüpheli ve Sanık ile Müdafii Arasındaki Yazışmalar

Şüphelinin ve sanık ile müdafii arasındaki yazışmalar da hukuki güvenlik ve açıklık ilkesi gereği ve savunma hakkının¹⁰¹⁴ güvenceye alınması amacıyla elkoymaya konu olamaz.¹⁰¹⁵ Bunun için şüpheli ile avukat arasındaki vekâlet ilişkisinin bulunup bulunmamasının da bir önemi yoktur.

“Avukatın bürosunda yapılan arama sırasında ele geçirilen ve avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu saptanan eşyalara da elkonulamaz” (CMK m. 130/2). Bu konu aşağıda incelenecektir.

E. ELKOYMAYA MARUZ KALABİLECEK KİŞİLER

Elkoymaya, tedbire konu eşyayı yanında bulunduran kişiler maruz kalabilir. Bu kişiler öncelikle şüpheli veya sanık olabilir. Bunun yanında, eşyayı yanında bulunduran şüpheli veya sanık dışındaki kişiler de tedbire maruz kalabilir. Ancak özellikle iyi niyetli üçüncü kişilerin elkoymaya maruz kalması hususunda, mülkiyet hakkının korunması bakımından daha titiz davranılmalıdır.¹⁰¹⁶

¹⁰¹³ÖZEN, Muharrem, "Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 50, Sayı: 1992/3, s.55; AYDOĞMUŞ, s.187.

¹⁰¹⁴Savunma dokunulmazlığı ile ilgili olarak bkz. ÖZEN, Muharrem, "Savunma Dokunulmazlığı", TBB Dergisi, Sayı: 3, s. 416 vd.

¹⁰¹⁵KAPP/ROTH, s.166; ŞEN/ERYILDIZ, s.66.

¹⁰¹⁶ÖKTEN, s.71; AYDOĞMUŞ, s.188.

Elkoyma tedbiri, tüzel kişiler hakkında da uygulanabilir. Hatta kamu malları da elkoyma tedbirinin konusunu oluşturabilir.¹⁰¹⁷



¹⁰¹⁷ ŞEN/ERYILDIZ, s.88.

III. ELKOYMANIN ÇEŞİTLERİ

A. BASİT ELKOYMA

Basit elkoyma, CMK m. 123'de düzenleme altına alınan ve yukarıda ifade edilen, delil niteliğindeki ve müsadereye tabi eşyaya elkonulmasıdır.

B. ÖZEL ELKOYMA

CMK'da basit elkoyma tedbirinin yanı sıra, tedbirlerin kendine özgü nitelikleri ve müdahale ettiği hak ve özgürlüklerin daha sıkı korunması bakımından özel elkoyma tedbirleri düzenleme altına alınmıştır.¹⁰¹⁸ Ayrıca bazı özel kanunlarda da elkoyma tedbirine yer verilmiştir.¹⁰¹⁹

Özel elkoyma tedbirine ilişkin hususlarda, genel norm-özel norm ilişkisi gereğince, buna ilişkin hükümler öncelikle uygulanacak, düzenleme bulunmayan alanlarda ise genel elkoyma tedbirine ilişkin hükümlere başvurulacaktır.

1. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma

Tedbirin amacı, belirli suçların, özellikle de organize ve örgütlü suçların, işlenmesiyle elde edilen taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin müsaderesine (kazanç müsaderesi) imkân sağlamaktır.¹⁰²⁰

Düzenlemenin, CMK m. 123'te düzenlenen basit elkoyma tedbirinden farkı, malvarlığı değerinin delil ya da müsadereye konu olması koşuluna ilave

¹⁰¹⁸ DEĞİRMENCİ, s.315.

¹⁰¹⁹ 5187 sayılı Basın Kanunu, 2935 sayılı OHAL Kanunu, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 5846 sayılı FiSEK, 6831 sayılı Orman Kanunu, 213 sayılı VUK, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun.

¹⁰²⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1271; YENİDÜNYA/İÇER, s.419; SİRMA, Elkoyma, s.649; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.194; ERCAN, s.214.

olarak, maddede sayılan suçlardan birinin işlendiğine ve elkonulacak şeyin bu suçlardan elde edildiğine ilişkin somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin de aranmasıdır.¹⁰²¹

a. Tedbire Başvurmanın Şartları, Tedbirin Uygulanması ve Sona Ermesi

Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait; a) Taşınmazlara, b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba¹⁰²², d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara¹⁰²³, e) Kıymetli evrak¹⁰²⁴, f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, g) Kiralık kasa mevcutlarına, h) Diğer malvarlığı değerlerine, elkonulabilir.¹⁰²⁵ Somut olarak belirlenen¹⁰²⁶ bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir (CMK m. 128/1).¹⁰²⁷

¹⁰²¹ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.195.

¹⁰²² AİHM, banka hesabına elkonulmasının adil bir denge sağladığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. Yunusova and Yunusov/Azerbaijan, no.66817/14, 16 Temmuz 2020, pr.169.

¹⁰²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 21. Baskı, 2017, s.46 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.51 vd.; ANTALYA, O.Gökhan, Medeni Hukuk, Legal Yayınevi, İstanbul, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, 2016, s.90 vd.,

¹⁰²⁴ KAYAR, İsmail, Ticaret Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 5. Baskı, 2018, s.585.

¹⁰²⁵ Madde içeriğinde “kıymetli evrak, kara, deniz ve hava araçlarının” da bulunması sebebiyle, madde başlığı içeriği tam olarak karşılamamaktadır. Bkz. ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.195; ŞEN/ERYILMAZ, s.145.

¹⁰²⁶ “Somut olarak belirlenen” ifadesi 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesiyle yapılan değişiklikle eklenmiştir. Bundan amaç, kişinin tüm malvarlığı değerlerine elkonulmasının önüne geçmektir. Bkz. DURSUN, İsmail, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma”, Mehmet Akif AYDIN’a Armağan, s.545; YENİDÜNYA/İÇER, s.420.

¹⁰²⁷ Bkz. AİHM, International Bank for Commerce and Development Ad ve Diğerleri/Bulgaristan, no.7031/05, 2 Haziran 2016, pr.124-125: Karara konu olayda, başvurunun banka hesabının dondurulması, bankanın istikrarı ve yatırımcıların çıkarlarının korunması dikkate alınarak, zorunlu olmadığı halde böyle bir tedbire başvurulması sebebiyle Sözleşmenin Ek 1 Nolu Protokol madde 1’in ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Burada tedbire konu taşınmaz, hak ve alacaklar sayıldıktan sonra en son “Diğer malvarlığı değerleri” denilerek, tedbirin uygulama alanı genişletilmiştir.¹⁰²⁸ Öncelikle hak ve hürriyete müdahale eden bir düzenlemenin sınırlarının belirli olması gereklidir. “Diğer malvarlığı değerleri” ifadesi sınırlarının belirli olmaması sebebiyle belirlilik ilkesine aykırıdır¹⁰²⁹ ve mülkiyet hakkına keyfi müdahalenin önünü açarak hakka ilişkin güvenceyi ortadan kaldırmaktadır.

Tedbir; “a) TCK’da tanımlanan, soykırım ve insanlığa karşı suçlar (m. 76, 77, 78), göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80) ile organ veya doku ticareti yapma (m. 91), hırsızlık (m. 141,142), yağma (m. 148,149), güveni kötüye kullanma (m. 155), dolandırıcılık (m. 157,158), hileli iflas (m. 161), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), parada sahtecilik (m. 197), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m. 220/3), ihaleye fesat karıştırma (m. 235), edimin ifasına fesat karıştırma (m. 236), tefecilik (m. 241), zimmet (m.247), irtikâp (m. 250), rüşvet (m. 252), devletin güvenliğine karşı suçlar (m. 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (m. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (m. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337); b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (m.12) suçları, c) Bankalar Kanununda tanımlanan zimmet suçu (m. 22/3-4), d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunun 68 ve 74’üncü maddelerinde tanımlanan suçlar” hakkında uygulanır.

¹⁰²⁸ Bununla herhangi bir malvarlığı değerinin kapsam dışında kalmasının önlenmek istendiği hususunda bkz. DURSUN, Elkoyma, s.538.

¹⁰²⁹ ŞEN/ERYILMAZ, s.152.

Ayrıca, katalog suçlardan birisinin işlendiğine ve taşınmaz, hak ve alacakların bu suçun işlenmesiyle elde edildiğine¹⁰³⁰ dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi¹⁰³¹ bulunması yani bu durumun kesin gibi olması¹⁰³² zorunludur. Dolayısıyla, elkonulacak malvarlığı değerinin suçla olan irtibatı tespit edilmeli¹⁰³³, soruşturma ve kovuşturma konusu suç işlenmeseydi bahse konu taşınmaz, hak ve alacakların elde edilemeyeceği sonucuna ulaşılması gerekmektedir.¹⁰³⁴ Bu çerçevede, suçla ilgisi bulunmayan malvarlığı değerlerine elkonulması bu hükmün amacına aykırıdır.¹⁰³⁵

Bu tedbir kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için “ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir” (CMK m. 128/1).¹⁰³⁶

Bilirkişi raporu alınması, hangi malvarlığı değerlerinin suçtan kaynaklandığının belirlenmesi¹⁰³⁷ bakımından faydalıdır. Ancak rapor

¹⁰³⁰ Suçta kullanılan malvarlığı değeri bakımından bu tedbire başvurulamayacağına dair bkz. Y. 18. CD., 07/07/2015, 2015/110 E., 2015/4209 K. sayılı kararı: “...plakalı aracın suçta kullanıldığı iddiasıyla elkonulması talep edilmiş olduğu gözetildiğinde, olayda suçtan elde edilen değerlere elkoymanın söz konusu olmadığından cihetle CMK’nın 128. Maddesinin uygulama yeri bulunmayıp, aynı Yasanın 123. Ve 127/1. Maddeleri uyarınca değerlendirme yapılması gerekeceğinden...”, aktaran ŞEN/ERYILMAZ, s.153, dn. 234.

¹⁰³¹ Doktrinde, “somut delile dayanmayan kuvvetli şüphe olmayacağından, ‘somut delile dayalı kuvvetli şüphe’ kavramının hukuki bir anlamının olmadığı” haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.381; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.504; DURSUN, Elkoyma, s.541; ŞEN/ERYILMAZ, s.150.

¹⁰³² SOYASLAN, Ceza Muhakemesi, s.304; Bkz. AİHM, Aktiva Doo/Serbia, no.23079/11, 19 Ocak 2021, pr.83; Phillips/the United Kingdom, no.41087/98, ECHR 2001-VII, pr.9-18.

¹⁰³³ YENİDÜNYA/İÇER, s.420; aksi uygulamanın mülkiyet hakkını ihlal ettiğine ilişkin olarak bkz. AYM, Reşit Ölçer Başvurusu, no.2016/11371, 21/7/2020, pr.59.

¹⁰³⁴ ERCAN, s.215.

¹⁰³⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.361.

¹⁰³⁶ Bu cümle, 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesiyle yapılan değişiklikle maddeye eklenmiştir.

¹⁰³⁷ KARAKEHYA, s.267; benzer yönde ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, 2016, s.454; benzer yönde ŞEN/ERYILDIZ, s.159.

alınmasının zorunlu tutulması hâkim bağımsızlığı ilkesini zedelemektedir. Bunun yanında tedbirin uygulanmasında idari mercilerin kararlarının belirleyici olması, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine aykırıdır.¹⁰³⁸ Ayrıca, rapor hazırlayan idari mercii, kararda etkili olsa da bu karar kendisi açısından bağlayıcı olmayacaktır.¹⁰³⁹

Taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilir (CMK m. 128/3). Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur (CMK m. 128/4).¹⁰⁴⁰ Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba¹⁰⁴¹ elkonulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya malî kuruma derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili banka veya malî kuruma ayrıca tebliğ edilir. Elkoyma kararı alındıktan sonra, hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler geçersizdir (CMK m. 128/5). Şirketteki ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir (CMK m. 128/6). Hak ve alacaklara elkoyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilir (CMK m. 128/7). Bildirim ile ilgili malvarlığı değerinin kaçırılarak tedbirin sonuçsuz kalmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.¹⁰⁴²

¹⁰³⁸ ÜNVER/HAKERİ, s.402; ERCAN, s.216; YENİDÜNYA/İÇER, s.427; DONAY, 6526 Sayılı Yasa, s.74; DURSUN, Elkoyma, s.547.

¹⁰³⁹ ŞAHİN, 2018, s.349 dn. 437.

¹⁰⁴⁰ Bu kuralın aksine fiilen elkoymanın hukuka aykırılığı hakkında bkz. Y. 12. CD., 9/4/2018, 2017/10055 E., 2018/4118 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

¹⁰⁴¹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 3, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 37 vd.

¹⁰⁴² ŞEN/ERYILDIZ, s.164.

Bu madde hükmüne göre alınan elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde, Türk Ceza Kanununun "Muhafaza görevini kötüye kullanma" başlıklı 289 uncu maddesi hükümleri uygulanır (CMK m. 128/8).

Bu madde hükümlerine göre elkoymaya ve onuncu fıkra uyarınca kayyım atanmasına ancak hâkim karar verebilir (CMK m. 128/9).

Bu madde uyarınca elkonulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilir. Bu durumda 133 üncü madde hükümleri kıyasen uygulanır (CMK m. 128/10). Burada yalnızca gerçek kişilerin malvarlığı değerlerinin idaresine yönelik olarak kayyım atanabilecek, tüzel kişiler için ise şirket yönetimi için kayyım tayini tedbiri uygulanabilecektir.¹⁰⁴³

Bu tedbir kapsamında “elkonulan malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması¹⁰⁴⁴ ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde sahibine iade edilir” (CMK m. 131/2). Maddede düzenlenen şartların, tedbirin bütünü bakımından anlamsız olduğu ifade edilebilir. İlk olarak, bu tedbir kapsamında yalnızca şüpheli ve sanığa ait olan malvarlığı değerlerine elkonulabilir, suçtan zarar gören mağdura ait malvarlığı değerlerine elkonulamaz. Burada belki maddenin, yargılamanın ilerleyen safhalarında, elkonulan malvarlığı değerinin suçtan zarar gören mağdura ait olduğunun anlaşıldığı durumda

¹⁰⁴³ ŞEN/ERYILDIZ, s.163; doktrinde tüzel kişiler için düzenlenen bir tedbirin kıyasen gerçek kişiler hakkında da uygulanmasının öngörülmesi eleştirilmektedir. Bkz. ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.364.

¹⁰⁴⁴ Elkoyulan maddi menfaatlerin suçun mağduruna iade edilebildiği veya iade edilebilme olanağının bulunduğu veyahut da mağdurun belli olduğu durumda, malvarlığı değerinin mağdura iade edilmesi yerine kazanç müsadereğine karar verilmesinin BOZMA sebebi sayılması ile ilgili olarak bkz. Y. 6. CD., 01/04/2010, 2009/5489 E., 2010/3584 K.; Y. 6. CD., 06/04/2010, 2006/17507 E., 2010/3770 K., aktaran ŞEN/YENİCE, s.99.

uygulanabileceği söylenebilir.¹⁰⁴⁵ İkinci olarak ise bu tedbirin amacının delil elde etmek değil, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin müsadereyesine imkân hazırlamak olduğu dikkate alındığında, bunlara delil olarak ihtiyaç kalmadığı gerekçesiyle iadesine karar vermek, tedbirin bütünü bakımından çelişkili bir düzenlemedir.

Tedbir hüküm verilmesiyle sona erer. Uygulamada ise mahkeme kararıyla tedbir kaldırıldığı halde, gerekli işlemler yapılmayarak hükmün kesinleşmesinin beklendiği görülmektedir.¹⁰⁴⁶ Bu uygulama maddenin lafzına, koruma tedbirlerinin geçici olması niteliğine aykırıdır ve mülkiyet hakkını da ihlal etmektedir.¹⁰⁴⁷

b. Katalogda Yer Alan Bazı Suçlar Bakımından Tedbire Başvurulmasının Mülkiyet Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi

Tedbir bakımından suç kataloğu oluşturulması uygulamacılara yol göstermek için benimsenmiş olsa da¹⁰⁴⁸ kanun yapma tekniğinde eski sisteme dönüşün, kazuistik yöntemin bir yansımasıdır.¹⁰⁴⁹ Ayrıca, elkoyma geçici bir tedbir olduğundan tek tek suçların sayılmasına gerek olup olmadığı hususu ayrıca değerlendirilmelidir.¹⁰⁵⁰ Tedbire başvurabilmek için suç sonucu bir

¹⁰⁴⁵ ŞEN/ERYILDIZ, s.169.

¹⁰⁴⁶ ÜNVER/HAKERİ, s.402; ŞEN/ERYILDIZ, s.170; ayrıca bkz. AYM, Besi Yılmaz ve diğerleri Başvurusu, no.2016/9001, 18/7/2019, pr.58: “...beraatlerine de karar verilmesine rağmen ilk derece mahkemesince niçin tedbirin devamına ihtiyaç duyulduğu da açıklanamamıştır...”

¹⁰⁴⁷ Tedbirin uzayan süre nedeniyle ölçsüz olduğuna ve mülkiyet hakkını ihlal ettiğine ilişkin olarak bkz. Hamit Alihanşoy ve diğerleri Başvurusu, no.2017/35581, 29/9/2020, pr.59; ayrıca bkz. AİHM, Maria Mihalache/Romania, no.68851/16, 30 Haziran 2020, pr.74; ŞEN/ERYILDIZ, s.170; ayrıca bkz. Y. 12. CD., 9/4/2018, 2017/10055 E., 2018/4118 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi:02/03/2021:“...El konulan aracın müsadere edilemeyeceğinin anlaşılmasına ve davacının aracının sicil kaydına şerh konulmak suretiyle daha az zarara yol açabilecek bir yolun da varlığına rağmen yargılama sonuna kadar kamyonu fiilen el konulması şeklindeki müdahalenin kanuna aykırı olduğu gibi ölçülülük ilkesi ile de bağdaşmadığı anlaşılmaktadır...”

¹⁰⁴⁸ ÖLMEZ, Aslan, 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s.73.

¹⁰⁴⁹ YURTCAN, CMK Şerhi, s.361; benzer yönde DONAY, Şerh, s.204.

¹⁰⁵⁰ YURTCAN, CMK Şerhi, s.361.

malvarlığı elde edilmesi şartı bulunduğundan, kanaatimce suçların tek tek sayılmasına gerek yoktur.

Bunun yanında, katalogda yer alan bazı suçlar bakımından (TCK m. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316. maddeleri yanında anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı bazı suçların¹⁰⁵¹ ve soykırım suçunun) işlenmeleri sonucunda herhangi bir malvarlığı değeri elde edilmesi mümkün olmadığı halde¹⁰⁵² kataloğa dâhil edilmiştir. Öncelikle bu husus tedbirin esasına aykırıdır.¹⁰⁵³ İkinci olarak, bu suçların varlığı bahanesiyle malvarlığı değerlerine elkoyma tedbiri uygulanarak¹⁰⁵⁴ mülkiyet hakkına keyfi müdahalenin önü açılmakta, tedbir cezalandırma aracına dönüşmektedir.¹⁰⁵⁵

2. Postada Elkoyma

Postada elkoyma, haberleşme hürriyetine¹⁰⁵⁶, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi ve mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığından¹⁰⁵⁷, CMK'da özel olarak ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.¹⁰⁵⁸

a. Tedbire Başvurmanın Şartları

Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu

¹⁰⁵¹ 2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanun m.41.

¹⁰⁵² ÖZGENÇ, İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 12. Baskı, 2019, s.101.

¹⁰⁵³ ŞAHİN, 2018, s.348 dn. 433; YENİDÜNYA/İÇER, s.424.

¹⁰⁵⁴ YENİDÜNYA/İÇER, s.424.

¹⁰⁵⁵ Bkz. AIHM, Aktiva Doo/Serbia, no.23079/11, 19 Ocak 2021, pr.85.

¹⁰⁵⁶ Bkz. AIHM, Craxi/İtalya (No:2), no.25337/94, 17 Temmuz 2003 tarihli davası, Y. 4. HD., 21/10/2010, 2009/13923 E., 2010/10697 K. sayılı kararı (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

¹⁰⁵⁷ TOSUN, s.912; ÖLMEZ, Aslan, Postada Elkoyma, Adalet Dergisi, Yıl: 100, Sayı: 32, Eylül 2008, s.83.

¹⁰⁵⁸ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.190; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.364; TURHAN, s.260; ÇELİK, s.3; SEVÜK, Handan Yokuş, Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, TBB Dergisi, Sayı:69, 2007, s.102.

sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir (CMK m. 129/1).¹⁰⁵⁹

Bu hüküm kapsamında, hak ve hürriyetlere müdahale eden bir tedbir bakımından kıyas söz konusu olamayacağından, müsadere konusu gönderilere postada elkoyma tedbiri uygulanamayacaktır.¹⁰⁶⁰

Tedbire başvurulurken ölçülülük ilkesi dikkate alınmalı, tedbire konu suç ile tedbirin uygulanması arasında bir oran bulunması durumunda tedbire başvurulmalıdır. Aksi uygulama hem mülkiyet hakkına hem de haberleşme hürriyetine keyfi müdahale edilmesine neden olacaktır.¹⁰⁶¹

Tedbirin konusu şüpheli veya sanıktan bağımsız olarak gönderilerdir.¹⁰⁶² Gönderi, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki maddi varlığa sahip her şeydir.¹⁰⁶³ “Mektup, telgraf, tebrik kartı, posta havalesi, kitap, katalog, gazete, süreli yayınlar, kutu ve koliler, paket ve kargo” gönderiye örnek olarak verilebilir (6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu m. 3, 5584 sayılı Posta Tüzüğü m. 2.).

Posta hizmeti veren kuruluşun resmi ya da özel olmasının tedbir kapsamında bir önemi bulunmamaktadır. Resmi posta hizmeti sağlayan PTT’nin yanında, kargo şirketleri ve hizmet sağlayıcısı ünvanına sahip seyahat

¹⁰⁵⁹ Alman CMK m. 100/1’de ise postada elkoyma tedbirine mahkeme veya gecikmede tehlike varsa savcılık tarafından karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.88.

¹⁰⁶⁰ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.170-171; ŞEN/ERYILDIZ, s.172-173; aksi görüş için bkz. ÇELİK, s.112.

¹⁰⁶¹ Bkz. AYM, Abdulkahar Aksoy Başvurusu, no.2018/15096, 16/12/2020, pr.47; Mehmet Reşit Arslan (8) Başvurusu, no.2017/14700, 4/11/2020, pr.56.

¹⁰⁶² Alman CMK m. 99’da ise sanığa gönderilen veya şüpheliden kaynaklanan veya şüpheliye yöneltilen denilerek sanık ve şüpheliyi merkeze alan bir düzenleme yapılmıştır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.87.

¹⁰⁶³ ÖLMEZ, Postada Elkoyma, s.85; ŞEN/ERYILDIZ, s.171.

firmaları¹⁰⁶⁴ tarafından taşınan gönderiler de postada elkoymanın konusunu oluşturabilecektir.¹⁰⁶⁵ Nitekim “6475 sayılı Kanun kapsamında hizmet sağlayıcısı” deyiminden, hem PTT hem de bu kanun hükümlerine göre posta sektöründe faaliyet göstermek üzere yetkilendirilmiş, 6102 sayılı TTK’nın 124’üncü maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sermaye şirketleri anlaşılmaktadır.

Gönderinin, elkonulamayacak mektup ve belgelerden olması durumunda, “nemo tenetur” ilkesi, nezdinde bulunma şartının, postada bulunan gönderiler bakımından da geçerli olmasını gerekli kılmaktadır.¹⁰⁶⁶ Dolayısıyla şüpheli ve sanık ile tanıklıktan çekinebilecek arasındaki gönderilere, postada elkoyma tedbiri uygulanmamalıdır.¹⁰⁶⁷

Doktrinde “Bu tedbire basit şüphe üzerine başvurulabileceğini”¹⁰⁶⁸ ifade edenler olduğu gibi, “tedbir ile birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale edildiğinden, basit şüphenin yeterli olmadığını”¹⁰⁶⁹ arama tedbirine kıyasen makul şüphe üzerine tedbire başvurulması gerektiğini”¹⁰⁷⁰, “esas olarak yeterli şüphe”¹⁰⁷¹ üzerine ancak delil elde etmenin zor olduğu terör ve organize suçlarda basit şüphe üzerine başvurulabileceğini”¹⁰⁷² savunanların yanında şüphenin somut olayın özelliklerine göre oranlılık ilkesi göz önünde bulundurularak belirlenmesi

¹⁰⁶⁴ Seyahat firmalarının posta hizmeti vermediği gerekçesiyle bu gönderilere ancak basit elkoyma hükümleri çerçevesinde elkonulabileceği hususunda bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, 2016, s.458; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.192; ÇELİK, s.110; ŞEN/ERYILDIZ, s.179; ÖZGENÇ, Elkoyma, s.39; seyahat firmaları tarafından taşınan gönderilere de postada elkoyma tedbiri uygulanabileceği hususunda bkz. ÜNVER/HAKERİ, s.433; TURHAN, s.260.

¹⁰⁶⁵ 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile posta sektörünün de özelleştirilmesi öngörülmüş ve hizmet sağlayıcılarına da posta sektöründe faaliyette bulunma imkânı tanınmıştır.

¹⁰⁶⁶ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.366; ŞEN/ERYILDIZ, s.174.

¹⁰⁶⁷ Aksi görüş için bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.528; ÖLMEZ, Postada Elkoyma, s.87.

¹⁰⁶⁸ ERCAN, s.217; PARLAR/HATİPOĞLU, s.518.

¹⁰⁶⁹ ÇELİK, s.125.

¹⁰⁷⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.384; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.139; TURHAN, s.260; ÇELİK, s.124; YENİDÜNYA/İÇER, s.413; ŞEN/ERYILDIZ, s. 177; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.511.

¹⁰⁷¹ SEVÜK, s.103.

¹⁰⁷² GÖKCEN, s.303.

gerektiğini¹⁰⁷³ ifade edenler bulunmaktadır. Kanaatimce, haberleşme hürriyetine, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi ve mülkiyet hakkına doğrudan müdahale edildiği dikkate alındığında, tedbire basit şüphe veya makul şüphe üzerine başvurulması yerinde değildir. Tedbire, suçun delillerini oluşturduğunun kesin olması durumunda başvurulmalıdır.

Tedbire, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de başvurulabilecektir. Yukarıda ifade edildiği üzere, tedbir bakımından da “sakınca” ifadesi “tehlike” olarak anlaşılmalı ve hâkim kararı beklendiği takdirde gönderiye elkonulmasının imkânsız hale geldiğinin¹⁰⁷⁴ veya gönderiye elkonulmadığı takdirde, gönderinin delil değerini kaybedeceğinin objektif olarak ortaya konulduğu durumda gecikmede tehlike olduğu kabul edilmelidir.¹⁰⁷⁵ Bu bağlamda, hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulmalıdır.¹⁰⁷⁶ Bu süre, gönderiye postada iken, fiilen elkonulduğu andan itibaren başlar. Hâkim tarafından kırk sekiz saat içinde bir karar verilmez ise elkoyma işlemi kendiliğinden ortadan kalkar. Bu süre geçtikten sonra verilen kararlar işlemi hukuka uygun hale getirmez.¹⁰⁷⁷

b. Tedbirin Uygulanması ve Sona Ermesi

Öncelikle postada elkoyma işlemi, yalnızca postada olan gönderiler hakkında uygulanır; henüz göndericide olan veyahut da alıcıya teslim edilmiş gönderiler hakkında bu tedbire başvurulamaz.¹⁰⁷⁸ Bu kapsamda, posta hizmeti

¹⁰⁷³ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.193.

¹⁰⁷⁴ ŞEN/ERYILDIZ, s.181.

¹⁰⁷⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.366; ÖLMEZ, Postada Elkoyma, s.88; ÇELİK, s.131; ŞEN/ERYILDIZ, s.181.

¹⁰⁷⁶ TURHAN, s.261; ÇELİK, s.134; ŞEN/ERYILDIZ, s.182; SEVÜK, s.104

¹⁰⁷⁷ Alman CMK m. 100/2’de savcılıkça verilen postada elkoyma emrinin üç gün içinde hâkim tarafından onaylanmazsa hükmünü kaybedeceği düzenleme altına alınmıştır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.88.

¹⁰⁷⁸ TOSUN, s.909; GÖKCEN, s.302; YENİDÜNYA/İÇER, s.413; ÇELİK, s.110.

veren kuruluşa ait bina, depo, nakil ve dağıtım aracı veya dağıtıcılar nezdinde elkoyma işlemi gerçekleştirilebilir.¹⁰⁷⁹

Postada elkoyma işlemi kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Bu aşamada kolluk görevlileri, gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar.¹⁰⁸⁰ Bu işlem sırasında, resmi veya özel posta hizmeti veren kuruluşun takdir hakkı söz konusu değildir.¹⁰⁸¹ Aynı şekilde, posta hizmeti veren kuruluşun, kendiliğinden bu belgeleri emniyet birimlerine teslim etmesi de söz konusu olamaz.¹⁰⁸²

Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya Cumhuriyet savcısına teslim edilir (CMK m. 129/2).

Temel hak ve hürriyetlere müdahale söz konusu olduğundan, gönderiyi inceleme ve delil olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine karar verme yetkisi sadece hâkime aittir¹⁰⁸³, dolayısıyla Cumhuriyet savcısı dahi bunları inceleyememelidir.¹⁰⁸⁴ Aynı şekilde posta görevlilerinin de posta gönderisini açığa vurabilecek davranışta bulunması yasaktır (5584 s. Posta Kanunu m. 16.).

Ancak, CMK'da yapılan değişiklikle bu kurala istisna getirilmiştir.¹⁰⁸⁵ Buna göre; a) TCK'da yer alan "Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya

¹⁰⁷⁹ ŞEN/ERYILDIZ, s.183.

¹⁰⁸⁰ Alman CMK m. 100/3'de posta gönderilerini açma yetkisinin mahkemeye ait olduğu, mahkemenin ancak bu yetkisini savcılığa devredebileceği, mahkemece bu yönde bir karar verilmediği takdirde savcılığın bu gönderileri olduğu gibi mahkemeye göndereceği hususları düzenleme altına alınmıştır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.88.

¹⁰⁸¹ KANTAR, s.104.

¹⁰⁸² ŞEN/ERYILDIZ, s.183.

¹⁰⁸³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1134; YENİSEY/NUHOĞLU, s.419-420; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1282; ŞEN/ERYILDIZ, s.185; SEVÜK, s.105.

¹⁰⁸⁴ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.193; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.366; ÜNVER/HAKERİ, s.433; TURHAN, s.261.

¹⁰⁸⁵ 1/2/2018 tarih ve 7079 sayılı Kanun m.89.

el değiştirmesi (m. 174)” ve “Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188)” suçları, b) 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 12’nci ve 13’üncü maddelerinde tanımlanan suçlar ile c) 2863 sayılı Kùltür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 67’nci ve 68’inci maddelerinde tanımlanan suçlar ile ilgili olarak verilmesi halinde, gönderilerin bulunduğu zarf veya paketler Cumhuriyet savcısının talimatıyla kolluk memurları tarafından açılabilir” (CMK m. 129/3).

Gerekçede, suçların özellikleri dikkate alınarak, telafisi mümkün olmayan zararlara yol açılmaması amacıyla bu zarf ve paketlerin bulunduğu yerlerde açılabilmesine imkân tanındığı ifade edilmiştir.¹⁰⁸⁶ Ancak bahse konu suçlar incelendiğinde, TCK m. 174’te düzenlenen suç hariç, nasıl bir telafisi mümkün olmayan zararın meydana gelebileceği anlaşılamamaktadır. Dolayısıyla düzenleme, mülkiyet hakkına keyfi müdahalenin önüne açması bakımından yerinde olmamıştır.

Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilir (CMK m. 129/4). Bildirim, yapılan işlemin denetlenmesi ve gerektiğinde, hakkında tedbir uygulanan kişiye dava açma, tazminat talebinde bulunma imkânı sağlanması bakımından gereklidir.¹⁰⁸⁷

Burada yer alan “soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığının bulunması” şartı dar yorumlanmalıdır. Bu çerçevede, gönderi ile

¹⁰⁸⁶ <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0907.pdf>, Erişim Tarihi: 04/04/2021.

¹⁰⁸⁷ TURHAN, s.262; ÖLMEZ, Postada Elkoyma, s.89; ÇELİK, s.145.

bağlantılı diğer delillerin kaybolması veya yok olması tehlikesi objektif olarak ortaya konulmalıdır.¹⁰⁸⁸

Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur (CMK m. 129/5). Bunlardan adliyenin eli altında tutulmasına karar verilenler ise incelendikten sonra bir tutanakla ilgiliye teslim olunur.¹⁰⁸⁹

3. Avukatın Bürosunda ve Postasına Elkoyma

Avukatlık Kanunu'nda, avukatlar hakkında elkoyma tedbiri uygulanmasına ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda avukatın görev suçları kapsamında yapılan elkoyma bakımından, yukarıda incelenen, Av.K. m. 58 hükmüne göre elkoyma işlemi yapılmalıdır. Avukatın kişisel suçları bakımından ise bürosunda yapılan elkoyma hariç, genel hükümler uygulanacaktır.¹⁰⁹⁰

Buna göre, “arama sonucunda elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim, elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhal avukata iade

¹⁰⁸⁸ ŞEN/ERYILDIZ, s.185; ÖLMEZ, Postada Elkoyma, s.89; ŞEN/ERYILDIZ, s.185; SEVÜK, s.105.

¹⁰⁸⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1135; YENİSEY/NUHOĞLU, s.420.

¹⁰⁹⁰ Aynı yönde ŞEN/ERYILDIZ, s.110; ERDEM, s.125.

edilir¹⁰⁹¹ ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu konuyla ilgili kararlar, yirmi dört saat içinde verilir” (CMK m. 130/2).

Bu kapsamda yalnızca arama sonucunda elkoyma tedbirine başvurulabilecek, doğrudan elkoyma tedbirine başvurulamayacaktır. Arama sonucunda elkonulmasına karar verilen eşyaların, avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olmadığına karar verilmesi halinde, bunlar hakkında doğrudan elkoyma işlemi yapılabilir.

Üçüncü fıkra da ise avukatın postasına elkonulması hususu düzenleme altına alınmıştır. Buna göre; “postada elkoyma durumunda, bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine, yukarıda açıklanan, CMK m. 130/2’de düzenlenen usuller uygulanacaktır” (CMK m. 130/3).

Öncelikle postada elkoyma için aranan şartlar (CMK m. 129), avukatın postasına elkonulması bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla “gönderinin, suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılması” (CMK m. 129/1) gerekmektedir.

Genel olarak uygulanan postada elkoyma tedbirinden farklı olarak avukatın postasına elkonulması durumunda, avukatlık mesleğinin önemi dolayısıyla, CMK m. 129/3’de düzenlenen “soruşturma ve kovuşturmanın

¹⁰⁹¹ AİHM, Vinci Construction ve GTM Génie Civil etie Civil et Services / Fransa, nos.63629/10 ve 60567/10, 2 Nisan 2015: Karara konu olayda, avukat ile müvekkile air eşyalara elkonulmasının, izlenen amaçla ortantisız olduğuna karar verilmiştir.

amacına zarar verme olasılığı"na bakılmaksızın yapılan işlem avukata bildirilmelidir.¹⁰⁹²

4. Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini

a. Tedbirin Amacı, Konusu ve Şartları

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 (CMK m. 133/1). Tedbir, bir çeşit elkoyma işlemi olması sebebiyle, bu bölümde inceleme konusu yapılmıştır.

Tedbirin amacı, şirket faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, şirketin faaliyetini sona erdirmeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır.¹⁰⁹³ Böylece, hem ticari anlamda şirketin değer kaybetmesinin¹⁰⁹⁴ hem ileride olası beraat kararı sonrasında şirketin zarar etmesinin hem de suçla irtibatı bulunmayan şirket yöneticileri, çalışanları, temsilcileri ve hissedarlarının zarara uğramasının önüne geçilmiş olacaktır.¹⁰⁹⁵ Bunun yanında, tedbirin uygulanması ile şirket kontrol altına alınmış olacağından, şirket faaliyeti çerçevesinde yeni suç işlenmesi ve ileride olası müsadere kararının sonuçsuz kalmaması da amaçlanmaktadır.¹⁰⁹⁶ Buna karşın tedbir, ceza muhakemesi

¹⁰⁹² TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.252.

¹⁰⁹³ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.366; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.206; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.385; ÜNVER/HAKERİ, s.407; ŞEN/ERYILDIZ, s.222; YENİDÜNYA/İÇER, s.436.

¹⁰⁹⁴ SİRMA, Elkoyma, s.650.

¹⁰⁹⁵ CENTEL/ZAFER, s.488; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.366; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.206; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SİRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.532; ERCAN, s.219; YENİDÜNYA/İÇER, s.439.

¹⁰⁹⁶ KARAHAN, Abdurrahman Burak, Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m. 133), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s.36.

kurumu olduğundan, tedbirin özel hukuk anlamında şirketi kâra geçirme ya da yönetim boşluğunu doldurma gibi bir amacı bulunmamaktadır.¹⁰⁹⁷

Tedbirin konusu şirketlerdir.¹⁰⁹⁸ Şirket, iki veya daha fazla kişinin (ortakların), müşterek bir iktisadi amaca ulaşmak için, emek ve/veya sermayelerini birleştirmeyi üstlendikleri bir sözleşmedir.¹⁰⁹⁹ Bu çerçevede tedbir ile mülkiyet hakkına ilave olarak çalışma ve sözleşme hürriyetine de (Anayasa m. 48) müdahale edilmektedir.¹¹⁰⁰

Şirketler, adi şirket ve ticaret şirketleri olmak üzere ikiye ayrılır. Adi şirket Borçlar Kanunu'nda (m. 620-645), ticaret şirketleri ise Türk Ticaret Kanunu'nda (m. 124-644) düzenleme altına alınmıştır. Ticaret şirketleri kolektif, komandit, anonim ve limitet şirketler ile kooperatif ortaklıklarıdır. Bunlardan adi şirketin tüzel kişiliği yoktur, diğerlerinin ise tüzel kişiliği vardır. Bunun yanında bir de bankalar, sigorta şirketleri gibi özel kanunlarda düzenlenen şirketler vardır.¹¹⁰¹ Dolayısıyla esnaf işletmeleri, şirket olarak faaliyet yürütmeyen ticari işletmeler, dernekler, vakıflar, resmi kurumlar şirket kapsamında değerlendirilemez.

¹⁰⁹⁷ Bkz. AYM, Garaj Doğa Sporları Savunma Sanayii Güvenlik Sistemleri Turizm Tekstil Gıda Sanayi Dış Ticaret Ltd. Şti. ve Silah Dünyası Savunma Sanayi Güvenlik Sistemleri Danışmanlık Hizmetleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, no.2015/4638, 28/5/2019, pr.43.

¹⁰⁹⁸ Doktrinde, “hükümün uygulama alanını genişletmek bakımından, şirket kavramını içeren ‘kuruluş’ kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı” ifade edilmektedir. Bkz. DONAY, Şerh, s.209. Kanaatimce, resmi kuruluşları, dernekleri, vakıfları da içermesi sebebiyle ve sınırlarını belirlemenin zorluğu karşısında, “kuruluş” kavramı yerine “şirket” kavramının kullanılması yerinde olmuştur. Ayrıca, tedbirin amacı da bunu gerektirmektedir. Kanun koyucunun bu yönde bir amacı olsaydı, “şirket” kavramını değil “tüzel kişi” kavramını tercih ederdi. Bkz. ŞEN/ERYILDIZ, s.223. Ayrıca doktrinde, tedbirin diğer tüzel kişileri de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesinin değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. ERSOY, Uğur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.106; ERSOY, Uğur, Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini (CMK m. 133), AÜHF Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, Yıl:2016, s.3411.

¹⁰⁹⁹ KAYAR, s.310.

¹¹⁰⁰ Konuyla ilgili olarak bkz. KILIÇKAYA, Zeynep, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 2016.

¹¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, 13. Baskı, s.12 vd.

Tedbir; “a) TCK’da tanımlanan, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80) ile uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), parada sahtecilik (m. 197), fuhuş (m. 227), kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (m. 228), zimmet (m.247), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m. 282), silahlı örgüt (m. 314) veya bu örgütlere silah sağlama (m. 315), Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (m. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337); b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (m.12) suçları, c) Bankalar Kanununda tanımlanan zimmet suçu (m. 22/3-4), d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunun 68 ve 74’üncü maddelerinde tanımlanan suçlar” ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’da düzenlenen terörizmin finansmanı suçu (m.4) hakkında uygulanır.

Katalogda yer alan suçlardan “kumar oynanması için yer ve imkân sağlama” (TCK m. 228) suçundan dolayı tedbire başvurulması, suç için öngörülen cezanın miktarı dikkate alındığında orantısız bir düzenlemedir.¹¹⁰² Kamu görevlisi tarafından işlenebilen zimmet suçu bakımından, aksi görüşe rağmen¹¹⁰³, tedbire başvurulması mümkün değildir. Bu sebeple, bu suçların katalogdan çıkarılmasında fayda vardır.¹¹⁰⁴

Tedbire başvurabilmek için, “maddede sayılan katalog suçlardan birisinin, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda, kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı gereklidir”. Dolayısıyla suçun şirket faaliyeti çerçevesinde

¹¹⁰² ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.132.

¹¹⁰³ KARAHAN, s.41-42. Yazar KİT’lerin faaliyeti kapsamında işlenen zimmet suçu bakımından KİT yönetimine kayyım atanabileceğini ileri sürmektedir. Ancak tedbirin bir çeşit yönetim kayyımlığı olduğu, KİT’lerin doğrudan ilgili Bakanlığın denetimine tabi olduğu göz önüne alındığında, bu görüşe iştirak etmemek mümkün olamamaktadır.

¹¹⁰⁴ ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.134.

işlenmekte olduğunun, bir başka ifadeyle şirketin sayılan suçları işlemede paravan olarak kullanıldığı hususunun¹¹⁰⁵, mevcut delillerden faydalanarak, kesinliğe yakın derecede ortaya konulmuş olması gereklidir. Bunun için de şirket elemanlarının, kazancı şirket kasasına girmek üzere suç fiilini işlemekte olmaları gereklidir.¹¹⁰⁶

Burada önemli olan suçun şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte oluşudur. Dolayısıyla şirketin faaliyet alanı ile işlenmekte olan suç arasında bir bağlantı olmalı¹¹⁰⁷ ve işlenen suçun sonuçları şirketin faaliyeti üzerindeki etkisini devam ettirmelidir.¹¹⁰⁸ Bunun aksine suçun şirket ortaklarından birisi tarafından işlenmiş olması¹¹⁰⁹ veya şirket sahibinin sayılan suçlardan birisinin şüphelisi olması tek başına yeterli değildir. Şirket ortaklarından birisi tarafından suç işlendiği takdirde, gerekli şartların oluşması halinde taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri uygulanabilir.

Bu tedbir bakımından suç fiilinin tamamlanmış olması aranmamaktadır. Suç fiilinin, şirket faaliyeti çerçevesinde kesintisiz veya zincirleme şekilde işlenmekte oluşu yeterlidir. Dolayısıyla icrası tamamlanan suçlar bakımından, maddi gerçeğe ulaşmada gereklilik şartı ortadan kalktığından¹¹¹⁰, şirket yönetimine kayyım tayin edilemez.¹¹¹¹ Bu durumda, genel (CMK m. 123) veya “taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma” (CMK m. 128) tedbirine başvurulabilir

¹¹⁰⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.367; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.378.

¹¹⁰⁶ SOYASLAN, Ceza Muhakemesi, s.319.

¹¹⁰⁷ YENİDÜNYA/İÇER, s.441.

¹¹⁰⁸ YENİDÜNYA/İÇER, s.442.

¹¹⁰⁹ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.207; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.385; ŞEN/ERYILDIZ, s.224.

¹¹¹⁰ YENİDÜNYA/İÇER, s.442.

¹¹¹¹ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.367; SİRMA, Elkoyma, s.650; madde gerekçesi.

ve bu tedbir kapsamında şirketteki ortaklık paylarına veya malvarlığının tamamına elkonulabilir.¹¹¹²

Tedbire başvurulması, “maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bakımından gerekli olmalıdır” (CMK m. 133/1). Bu şart, ölçülülük ilkesinin bu tedbir bakımından görünümüdür. Dolayısıyla maddi gerçeğin başka tedbirlere başvurmak suretiyle ortaya çıkarılmasının mümkün olduğu durumda, bu tedbire başvurulmamalı¹¹¹³, tedbir ceza aracı olarak uygulanmamalıdır.¹¹¹⁴

b. Şirket Yönetiminin Kayyıma Devri

Kayyım belirli bir işin görülmesi veya malvarlığının yönetilmesi için, Türk Medeni Kanunu’nda ve diğer kanunlarda öngörülen durumlarda, vesayet makamınca (Sulh Hukuk Mahkemesi), ilgilisinin isteği üzerine veya re’sen atanan kişidir.¹¹¹⁵

Kayyımlık, yüklenilen görevin niteliğine göre, belirli işleri görmek üzere kurulan temsil (TMK m. 426) veya malvarlığını yönetmek üzere kurulan yönetim kayyımlığı (TMK m. 427) olmak üzere ikiye ayrılır. Temsil kayyımlığı, kişinin belirli ve acil işlerinde, örneğin bir davaya süresinde cevap verme, zamanaşımı süresini kesme vb., temsil edilmesi amacıyla tesis edilir.¹¹¹⁶ Dolayısıyla temsil kayyımlığı geçicidir ve kayyıma verilen görevin yerine getirilmesiyle birlikte sona erer (TMK m. 477/1). Yönetim kayyımlığı ise malvarlığının yönetimi ihtiyacına binaen tesis

¹¹¹² ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.50; ERSOY, CMK m. 133, s.3405, ŞEN/ERYILDIZ, s.225.

¹¹¹³ CENTEL/ZAFER, s.489; GÖKÇEN/BALCI/ÇAKIR/ALŞAHİN, s.495; YENİDÜNYA/İÇER, s.443.

¹¹¹⁴ Bkz. AİHM, Aktiva Doo/Serbia, no.23079/11, 19 Ocak 2021, pr.85.

¹¹¹⁵ ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.11.

¹¹¹⁶ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.13.

edilir (TMK m. 427). Hepsinde ortak amaç, malvarlığının korunmasıdır.¹¹¹⁷

Yönetim kayyımlığı, temsil kayyımlığının aksine bir süre devam eder.

Kayyım, kendisine tanınan yetki ile atandığı malvarlığının yönetim hakkını kazanır. Bu hak, tek taraflı bir hukuki işlemle üçüncü kişinin hukuki alanında etkili olma, o alanda hukuki sonuçlar doğurma imkânı sağlar.¹¹¹⁸

Ceza muhakemesinde başvurulmuş şirket yönetimi için kayyım tayini tedbiri de bir çeşit yönetim kayyımlığıdır. Bu tedbir çerçevesinde atanan kayyım da şirketin yönetim hakkını elde ederek, ya doğrudan şirketin yönetimini üstlenir ya da mevcut yönetimin yanında alınan kararları onaylar.¹¹¹⁹ Dolayısıyla kayyım şirketi temsil edemez.¹¹²⁰ Ayrıca, doktrinde eleştiri konusu yapılsa da¹¹²¹ kayyım her ne sıfatla atanmış olursa olsun, gizli soruşturmacı gibi delil toplama ve ceza muhakemesi işlemlerini yapma yetkisine sahip değildir.

Tedbire ilişkin atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiği açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur (CMK m. 133/1). İlan, atama işleminin kurucu unsuru değildir, yalnızca kayyım tayinine ilişkin kararın üçüncü kişilere karşı da sonuç doğurabilmesi için gereklidir.¹¹²²

¹¹¹⁷ GÜMÜŞ, s.63-64.

¹¹¹⁸ EREN, s.71.

¹¹¹⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s.386.

¹¹²⁰ CENTEL/ZAFER, s.491; YENİDÜNYA/İÇER, s.445; aksi görüş için bkz. ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.126; benzer yönde ŞEN/ERYILDIZ, s.234.

¹¹²¹ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.207; ÜNVER/HAKERİ, s.437-438.

¹¹²² ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.368-369; ŞEN/ERYILDIZ, s.229-230; ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.112; ERSOY, CMK m. 133, s.3414.

Aksinin kabulü, tedbir kararı ile kararın ilanı arasında geçecek sürede, tedbirin amacını tehlikeye düşürecek işlemlerin yapılabilmesi tehlikesini doğurabilir.¹¹²³

Ticari hayatın gerekleri göz önüne alındığında, şirketin niteliğine göre, aksi görüşe rağmen¹¹²⁴, tüzel kişi de kayyım olarak atanabilmelidir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere tedbirin amacı, şirketi faal halde tutarak maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu amaca erişmek için gerçek kişinin yetersiz kaldığı durumda, tüzel kişi de kayyım olarak atanabilmelidir.¹¹²⁵

Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret¹¹²⁶, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır (CMK m. 133/2).

İlgililer, atanan kayyımın işlemlerine karşı, görevli mahkemeye 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurabilirler (CMK m. 133/3). Burada kendisine kayyım atanan kişi şirketin yönetim organıdır. İlgililer ise şirketin ortakları, genel kurul ve denetim kurulu gibi diğer organları ile alacaklılar ve borçlular gibi, kayyımın yaptığı işleminden dolayı menfaati etkilenen herkeştir.¹¹²⁷

¹¹²³ ŞEN/ERYILDIZ, s.230.

¹¹²⁴ Doktrinde bir kısım, “kayyımın yalnızca gerçek kişi olarak atanabileceğini, tüzel kişinin kayyım olarak atanamayacağını” ileri sürmektedir. Bkz. ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.368, PARLAR/HATİPOĞLU, s.528; ÖZGENÇ, Elkoyma, s.47; ayrıca, “kayyımın gerçek kişilerden atanmasının, soruşturmanın gizliliğinin sağlanması, kayyım atama yetkisinin tüzel kişiye devrinin önüne geçilmesi ve görevin yerine getirilmesiyle ilgili sorumlu kişinin tespit edilebilmesi bakımından gerekli olduğu” da ifade edilmektedir. Bkz. ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.111; ERSOY, CMK m. 133, s.3413-14.

¹¹²⁵ ŞEN/ERYILDIZ, s.231; KARAHAN, s.94.

¹¹²⁶ Kayyım ödenecek ücrete ilişkin bir tarife belirlenmesi gerektiği hususunda bkz. ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.113; ERSOY, CMK m. 133, s.3416; benzer yönde, kayyımlık ücretinin kanunun vereceği yetki ile alt mevzuat tarafından belirlenmesine ilişkin olarak bkz. ŞEN/ERYILDIZ, s.236.

¹¹²⁷ ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.115; ERSOY, CMK m. 133, s.3418.

Bu hususla ilgili görevli mahkeme ise vesayet makamı olan Sulh Hukuk ve denetim makamı olan Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Kayyım atanmasına karar veren Sulh Hukuk Mahkemesi, aynı zamanda kayyımın işlemlerini denetlemek ve gözetlemekle yetkili ve görevlidir (TMK m. 459-460). Maddede TTK hükümlerine de atıf yapıldığından, doktrindeki aksi görüşe karşın¹¹²⁸, ticaret şirketlerinin de varlığı dikkate alınarak, Asliye Ticaret Mahkemeleri'nin de yetkili olduğu kabul edilmelidir (TTK m. 5).

Bu madde uyarınca atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı tazminat davaları, 142 ila 144 üncü maddeler uyarınca Devlet aleyhine açılır. Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kayyımlara bir yıl içinde rücu eder (CMK m. 133/5). Burada tedbir nedeniyle tazminat talebinde bulunma hususu özel olarak düzenlenmiş ve yalnızca icrai davranışla görevi kötüye kullanan kayyımlara rücu edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Kanaatimce hükmün ihmal veya gecikme göstermek suretiyle görevi kötüye kullanan kayyımlara da uygulanması isabetli olacaktır.¹¹²⁹

“Kayyımın şahsından kaynaklanan ölümü, hakkında gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi, kısıtlanması, kasten işlemiş olduğu bir suçtan dolayı hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi gibi durumlarda, tedbir devam etse de kayyımın görevi sona erer” (TCK m. 53/1-c). Ayrıca ilgili Sulh Ceza Mahkemesi'nde gerekli gördüğü durumda kayyımın görevine son verebilir.¹¹³⁰ Tedbirin devam ettiği bu gibi durumlarda ilgili mahkeme tarafından, şirket

¹¹²⁸ ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.119; ERSOY, CMK m. 133, s.3421.

¹¹²⁹ Aynı yönde DEMİRAL, Mustafa Uğur, Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m. 133), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2020, s.134.

¹¹³⁰ ERSOY, Şirket Yönetimine Kayyım Tayini, s.157; ERSOY, CMK m. 133, s.3422.

yönetimi için yeni bir kayyım tayin edilmelidir. Maddede bu yönde bir hüküm olmasa da kayyım atama kararında olduğu gibi, kayyımın görevinin sona erdiğine ilişkin kararın da ticaret sicil gazetesinde yayınlanması isabetli olacaktır.¹¹³¹

Ayrıca, tedbir kapsamında delil elde edilmesi halinde, şirket tüzel kişiliği hakkında kamu davası açılarak TCK m. 60'da hükme bağlanan güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi talep edilecektir.¹¹³²

c. Tedbirin Sona Ermesi

Tedbir, koruma tedbiri olduğundan, soruşturma ve kovuşturma süreciyle sınırlıdır ve en geç hükmün kesinleşmesiyle sona erer.¹¹³³ Dolayısıyla hükmün verilmesiyle başlayıp kesinleşmesiyle sona ermesine kadar sürecektir olan dönemde de tedbirin uygulanmasına devam edilebilir.¹¹³⁴ Ancak “mülkiyet hakkı üzerinde doğrudan ve ağır bir etkiye sahip olan bu tedbirin ne kadar süre uygulanacağını veya belirli aralıklarla tedbire ilişkin şartların halen geçerli olup olmadığına ilişkin denetim mekanizmalarının getirilmesi” yerinde olacaktır.¹¹³⁵

Yine kurumun özünde kayyımlık olduğu için kayyımın atanmasını gerektiren sebep ortadan kalktığında da tedbir sona erer (TMK m. 472/2).¹¹³⁶

¹¹³¹ ŞEN/ERYILDIZ, s.230.

¹¹³² ALDEMİR, Arama ve Elkoyma, s.366.

¹¹³³ Bkz. Y. 16. CD., 31/12/2018, 2018/5333 E., 2018/5602 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021: “...Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğinde gerektirici sebep ortadan kalktığından, yetkili ve görevli Sulh Ceza Hâkimliğince daha önce CMK'nın 133. maddesi gereğince ilgili şüpheliler hakkında verilen şirkete kayyım atama kararının sonlandırılmasına karar verilmesi gerekir...”

¹¹³⁴ ERSOY, CMK m. 133, s.3422.

¹¹³⁵ YENİDÜNYA/İÇER, s.446; ayrıca bkz. AYM, Ahmet Tomak Başvurusu, no. 2016/74138, 12/11/2019, pr.70.

¹¹³⁶ Bkz. Y. 16. CD., 31/12/2018, 2018/5333 E., 2018/5602 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021.

5. Zorlama Amaçlı Elkoyma

Bu tedbir kaçağın soruşturmaya dâhil olmasını veya duruşmaya gelmesini zorlama amacı taşıdığından¹¹³⁷, zorlama amaçlı elkoyma olarak da adlandırılır. Böylece, malvarlığı olmadan hayatını sürdüremeyeceği varsayılan kaçak, malvarlığına elkonulmasıyla, Cumhuriyet savcısına başvurmaya veya duruşmaya gelmeye zorlanmaktadır.¹¹³⁸

a. Tedbire Başvurmanın Şartları

“Belirli suçların işlenmesi halinde, kaçağın¹¹³⁹ Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla, Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak elkonulabilir” (CMK m. 248/1). Tedbir, yalnızca kaçaklar hakkında uygulanır, gaipler hakkında ve şüpheli ve sanığın yokluğunda uygulanmaz.¹¹⁴⁰

“Kaçak, hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişidir” (CMK m. 247/1). “Şüpheli veya sanığın kaçak olduğuna karar verilebilmesi için CMK m. 248/2’de düzenlenen usul hükümleri yerine getirilmiş olması gereklidir.

¹¹³⁷ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.369; TURHAN, s.263; ERCAN, s.221; ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.218; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.534; ŞEN/ERYILDIZ, s.241.

¹¹³⁸ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.184.

¹¹³⁹ CMK’nın ilk halinde “Kaçak sanığın” şeklinde yer alan ibare, 2.1.2017 tarihli ve 680 sayılı KHK m. 13 ile “Kaçağın” şeklinde değiştirilmiş, yapılan düzenleme 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

¹¹⁴⁰ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, s.218; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA GEZER/SAYGILAR KIRIT/ALAN AKCAN/ÖZAYDIN/ERDEN TÜTÜNCÜ/ALTINOK VILLEMIN/TOK, s.534; SIRMA, Elkoyma, s.651.

Tedbir; “a) TCK’da tanımlanan, soykırım ve insanlığa karşı suçlar (m. 76, 77, 78), göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m. 79, 80), hırsızlık (m. 141,142), yağma (m. 148,149), güveni kötüye kullanma (m. 155), dolandırıcılık (m. 157,158), hileli iflas (m. 161), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), parada sahtecilik (m. 197), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m. 220), ihaleye fesat karıştırma (m. 235), edimin ifasına fesat karıştırma (m. 236), zimmet (m. 247), irtikap (m. 250), rüşvet (m. 252), devletin güvenliğine karşı suçlar (m. 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (m. 309, 311, 312, 313)¹¹⁴¹, silahlı örgüt (m. 314) ve bu örgütlere silah sağlama (m. 315), Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (m. 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337); b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (m.12) suçları, c) Bankalar Kanununda tanımlanan zimmet suçu (m. 22/3-4), d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunun 68 ve 74’üncü maddelerinde tanımlanan suçlar” hakkında uygulanır.¹¹⁴²

Malvarlığının tamamına elkoyma imkânı veren tedbir bakımından, tedbire konu suç ile tedbirin uygulanması arasında orantı olması hususana dikkat edilmelidir. Örneğin cezası bir yıldan üç yıla kadar olan hırsızlık suçu bakımından tedbire başvurulurken, suç ve ceza ile orantılı bir şekilde tedbir uygulanmalı, cezalandırma aracı olarak kullanılmamalıdır.¹¹⁴³ Aksi halde ölçülülük ilkesine uyulmaması suretiyle mülkiyet hakkının ihlali söz konusu olabilir.¹¹⁴⁴

¹¹⁴¹ Sayılan suçlar 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun ile ilave edilmiştir (m. 33).

¹¹⁴² “Sahte fatura kullanmak” suçu katalogda yer almadığından bu tedbire başvurulamayacağına ilişkin olarak bkz. Y. 11. CD., 12/5/2008, 2008/4388 E., 2008/4736 K. sayılı kararı (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

¹¹⁴³ Bkz. AİHM, Aktiva Doo/Serbia, no.23079/11, 19 Ocak 2021, pr.85.

¹¹⁴⁴ Bkz. AİHM, Imeri/Croatia, no.77668/14, 24 Haziran 2021, pr.93.

b. Tedbirin Uygulanması ve Sona Ermesi

“Hâkim veya mahkeme kararıyla kaçağın mallarına, hak ve alacaklarına elkonulur ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. Elkoyma ve atama kararı kaçağın müdafine bildirilir” (CMK m. 248/1). “Tedbirlere ilişkin alınan kararların özetinin bir gazetede ilanına sulh ceza hâkimince veya mahkemece karar verilebilir” (CMK m. 248/3). Bu da yine takdiri bir yetkidir, buna karar verildiğinde alınan kararların özeti bir gazete ilan edilir.

Sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından, aynı zamanda, hakkında elkoyma kararı verilen kaçağın yakınlarının, bu tedbir nedeniyle yoksulluğa düşmesini önleyici tedbirler de alınır. Bu kapsamda, “kaçağın bakmakla yükümlü bulunduğu yakınlarının, alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşeceği saptanırsa, bunların geçimini sağlamak üzere, elkonulan malvarlığından sosyal durumları ile orantılı olarak yardımda bulunulması konusunda kayyımına izin verilir” (CMK m. 248/6). Bu yardım yalnızca kaçağın bakmakla yükümlü olduğu yakınları hakkında uygulanır. Bunun dışındaki kimseler hakkında bu yardımın uygulanması söz konusu olamaz.

“Kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir” (CMK m. 248/4).

6. Basılmış Eserlere Elkoyma

Basılmış eserlerin, delil olarak kullanılması amacıyla birkaç nüshasına elkonulabilir. Basılmış eserlerin tüm nüshalarına elkonulması toplatma olarak ifade edilir.

“Soruşturma için sübut vasıtası olarak her türlü basılmış eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kolluk el koyabilir” (5177 sayılı Basın Kanunu m.25/1).

“Soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasanın 174 üncü maddesinde yer alan inkılap kanunlarında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, 153 üncü maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında, 155 inci maddesinde, 311 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 312 nci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 312/a maddesinde ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hâkim kararıyla el konulabilir” (5177 sayılı Basın Kanunu m.25/2).

“Hangi dilde olursa olsun 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. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar en geç yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Kırksekiz saat içinde hâkim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı hükümsüz kalır” (5177 sayılı Basın Kanunu m.25/3).

Anayasa’da ise basılmış eserlerin toplatılması hususu düzenleme altına alınmıştır. Buna göre; “Süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hakim kararıyla;

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hakime bildirir; hakim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır”(Anayasa m.28/7).



IV. ELKOYMANIN YERİNE GETİRİLMESİ

A. ELKOYMA KARARININ İCRASI

“Elkoyma kararı veya emri üzerine kolluk görevlileri, elkoyma işlemini yerine getirirler” (CMK m. 127/1). Kolluğa tanınan bu yetkiyi özel kişiler kullanamaz. Kişiler bakımından da tedbire pasif katlanma yükümlülüğü söz konusudur.

Elkoyma işleminin yapılacağı zamana ilişkin bir hüküm CMK’da mevcut değildir. Arama tedbiri ile birlikte başvuru alan elkoyma tedbiri bakımından, aramaya ilişkin hükümler geçerlidir. Aynı şekilde doğrudan yapılan elkoyma bakımından da aramaya kıyasen aynı hükümler geçerli olmalıdır.

Doğrudan elkoyma tedbirinde, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak zilyede bilgi verilmelidir. Bu husus, kişinin hakkındaki suçlamaları öğrenmesi¹¹⁴⁵ (AİHS m. 6/3) ve savunma hakkının (AİHS m. 6/3) bir gereğidir.¹¹⁴⁶

Bundan sonraki aşamada eşya, zilyedin elinden alınarak, eşya üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılır. Elkoyma, menkul mallar bakımından gerektiğinde cebir kullanmak suretiyle eşyanın zilyedinin elinden alınması, gayrimenkul mallar bakımından ise zilyedin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması yoluyla icra edilir.

“Zilyet, yedinde bulunan elkoyma konusu malvarlığı değerini, istem üzerine göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür” (CMK m. 124/1). Ancak, ortada olan, görevlilerce görülebilen eşyayı, zilyet teslim etmek istemezse, elkoymayı sağlamaya yeterli düzeyde cebir (orantılı güç) kullanılarak eşyaya elkonulur.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁵ YENİSEY, s.28.

¹¹⁴⁶ CENTEL/ZAFER, s.478; ÖZBEK/BACAĞIZ, s.200; YILMAZ, Arama, s.285.

¹¹⁴⁷ ERCAN, s.213; ŞEN/ERYILDIZ, s.89.

Elkoyma işlemi, elkonulacak malvarlığı değeri üzerindeki zilyedin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasıyla sona erer ve işlem tutanağına bağlanır.

CMK'da, elkoyma tutanağına ilişkin tek hüküm, elkoyma tutanağına işlemi yapanların açık kimliklerinin yazılacağını öngören CMK m. 127/2 hükmüdür.

Elkoyma tutanağı ayrıntılı bir şekilde SEY'de düzenlenmiştir (m. 5/3). Buna göre "Elkoyma tutanağına; elkonulan eşyanın cinsi, miktarı, üzerindeki işaret, yazı ve numaraları, tür, marka, model ve ölçü gibi benzerlerinden ayırt etmeye elverişli bütün nitelikleri, takdir ettirilen değeri, hangi suçtan dolayı kimden, nerden ve ne suretle alınmış olduğu, soruşturma evrakı numarası, hazır olan mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık ile bunların vekil ya da müdafinin, bilirkişi ve tanıklar ile huzurda bulunan diğer kişilerin ve elkoyma işlemini yapan kolluk görevlilerinin açık kimlikleri, işlemin yeri, tarihi ve saati¹¹⁴⁸ yazılır; ilgililerin imzası, imza bilmeyenlerin parmak izi alınır; okuma ve yazma bilen şahısların ad, soyadı ve adresleri kendi el yazıları ile yazdırılır ve bu şekilde düzenlenen tutanak soruşturma evrakına eklenir".

Elkonulan eşya, ambalajlanıp mühürlenerek Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde kurulan, emanet bürosuna (SEY m. 4) teslim edilir" (SEY m. 5/7).¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁸ Tarih ve saatin doğru yazılması, yirmi dört saatlik "ONAYA SUNMA" ve kırk sekiz saatlik "ONAY" sürecinin başlaması bakımından çok önemlidir. Yargıtay, bir kararında tarihin sehven de olsa yanlış yazılmasını bozma sebebi olarak kabul etmiştir, bkz. Y. 6. CD., 03/06/2010, 2008/15444 E., 2009/15089 K. sayılı kararı, aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.87, dn. 151.

¹¹⁴⁹ Alman CMK m. 109'da benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.132.

B. İSTENİLEN EŞYAYI VERMEYENLER HAKKINDA DİSİPLİN HAPSI UYGULANMASI

“Zilyet, eşyayı gösterme ve teslim etme yükümlülüğünü yerine getirmezse, hakkında, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecek kimseler hariç, CMK m. 60’ta düzenlenen disiplin hapsi¹¹⁵⁰ hükümleri uygulanır” (CMK m. 124/2).¹¹⁵¹

Disiplin hapsi uygulanabilmesinin ilk şartı, zilyedin yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Bunun için de eşyanın görülebilir bir yerde olmaması gereklidir. Açıkta olan eşya, zaten cebir yoluyla zilyetten teslim alınır.¹¹⁵² Aynı şekilde, arama sonucunda ulaşılamayan eşyanın da teslimi zilyetten istenebilir.¹¹⁵³ Ancak, zilyet eşyanın yerini bilmiyorsa veya kaçınılmaz bir hukuki hata içerisindeyse, yükümlülüğünü yerine getirmedeğinden bahsedilemez.¹¹⁵⁴

İkinci olarak, zilyetten teslimi istenilen eşya belirli olmalı ve bu eşyanın zilyette bulunduğu da kesin olmalıdır. Aksi halde, eşyanın zilyette bulunup bulunmadığını anlamak amacıyla varsayımlara dayalı olarak disiplin hapsi uygulanamaz.¹¹⁵⁵

“Disiplin hapsi, hüküm verilinceye kadar ve en fazla üç ay olarak uygulanır. Ancak eşyanın teslimi halinde disiplin hapsine derhal son verilir” (CMK m. 60/1).

¹¹⁵⁰ Burada düzenlenen disiplin hapsi, ceza hukuku anlamında bir hapis değildir; idari bir yaptırımdır ve kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış fiil dolayısıyla verilir. Dolayısıyla, “seçenek yaptırımlara çevrilemez, önödeme uygulanamaz, tekerrüre esas olmaz, şartla salıverilme hükümleri uygulanamaz, ertelenemez ve adli sicil kayıtlarına geçirilmez” (CMK m. 2/1-I). Disiplin hapsinin infazıyla ilgili olarak bkz., 06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük m. 193.

¹¹⁵¹ Alman CMK m. 95’de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bkz. YENİSEY/OKTAR, s.77.

¹¹⁵² ERCAN, s.213.

¹¹⁵³ ŞEN/ERYILDIZ, s.93.

¹¹⁵⁴ ŞEN/ERYILDIZ, s.93.

¹¹⁵⁵ KANTAR, s.103; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1252; YENİSEY/NUHOĞLU, s.412; KESKİN-KİZİROĞLU, Arama ve Elkoyma, s.152; ŞEN/ERYILDIZ, s.94.

¹¹⁵⁶ Yine, eşyanın başka bir şekilde ele geçirilmesi halinde de disiplin hapsine son verilir.

“Disiplin hapsi kararı soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Bu karara itiraz edilebilir” (CMK m. 60/4).

Disiplin hapsinin uygulanmasında suçun ağırlığı bakımından bir ayırım yapılmamıştır, dolayısıyla her suç bakımından disiplin hapsine başvurulabilecektir. Bu durumda, görece hafif suçlar bakımından kişi, asıl cezadan daha fazla hak ve hürriyet sınırlamasına maruz kalabilecektir.¹¹⁵⁷ Bu da ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir.¹¹⁵⁸ Bu sebeple disiplin hapsinin uygulanmasında, elkoymaya konu suç bakımından ölçülük ilkesi dikkate alınmalıdır.

Disiplin hapsi, şüpheli, sanık ve tanıklıktan çekinebilecek kimseler hakkında uygulanamaz. Bu hüküm, “nemo tenetur” ilkesinin (Anayasa m. 38/5) doğal bir sonucudur.¹¹⁵⁹

C. ELKONULAN EŞYANIN MUHAFAZASI

1. Muhafaza İşleminin Yapılması

“Elkonulan eşyanın muhafazası ve zarar görmemesi için Devlet tarafından gerekli tedbirler alınır” (CMK m. 132/4). Bu aynı zamanda, eşyanın delil değerinin

¹¹⁵⁶ Yargıtay, “disiplin hapsinin amacının bir yükümlülüğün yerine getirilmesi olduğundan, cezanın belirli bir süre olarak belirlenmesinin, bu amaca aykırılık teşkil edeceğini, bu sebeple cezanın en fazla “3 aya kadar” olacak şekilde belirlenmesinin gerekli olduğunu” ifade etmiştir. Bkz. YCGK, 05/12/2016, 2006/16-304 E., 2006/273 K. sayılı kararı, aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.93, dn. 168.

¹¹⁵⁷ GÖKCEN, s.157.

¹¹⁵⁸ ŞEN/ERYILDIZ, s.93.

¹¹⁵⁹ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.357; KESKİN-KİZİROĞLU, Arama ve Elkoyma, s.152; GÖKCEN, s.234.

korunarak, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi bakımından da gereklidir.

Muhafaza işlemleri Cumhuriyet başsavcılığı nezdinde kurulan emanet bürosu aracılığıyla yerine getirilir (SEY m. 4/1).

2. Eşyanın Muhafaza Edilmek Üzere Teslimi

“Elkonulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhal iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheli, sanık veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma, teminat gösterilmesi koşuluna da bağlanabilir” (CMK m. 132/5, SEY m. 10/3). Böylece Devlet, eşyanın muhafazası için katlanmak zorunda olduğu külfetten kurtulmuş olur.¹¹⁶⁰

“Muhafaza edilmek üzere kendisine teslim edilmiş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan (TCK m. 289/1) veya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle bu malın kaybolmasına veya bozulmasına neden olan (TCK m. 289/3) veya elkonulan eşyayı amacı dışında kullanan” (TCK m. 289/4) kimse, muhafaza görevini kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulabilir.

3. Eşyanın Rayiç Değer Karşılığında Teslimi

Bunun yanında, “elkonulan eşya, delil olarak saklanması gerek kalmaması halinde, rayiç değerinin derhal ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim

¹¹⁶⁰ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.359.

edilebilir. Bu durumda ödenen rayiç değer, ileride verilecek müsadere kararının konusunu oluşturur” (CMK m. 132/6).

Teslim, rayiç değerın ödenmesi şartına bağılıdır. Bu rayiç değer ileride verilecek olan müsadere kararının konusunu oluşturacaktır. Dolayısıyla burada müsadereye tabi bir eşya söz konusudur. Bunların neler olduğı yukarıda açıklanmıştı (TCK m. 54). Ancak “üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyaya elkonulması” (TCK m. 54/4) durumunda, bunların rayiç değer karşılığında teslim edilmesi söz konusu olamaz.

Burada yer alan rayiç değer, elkonulan eşyanın, değerleme günündeki normal alım satım değeri, yani piyasa değeridir.

D. ELKONULAN EŞYANIN ELDEN ÇIKARILMASI

Aslanan eşyanın muhafaza edilmesi olsa da bazı durumlarda elkonulan eşya elden çıkarılabilir. “Elkonulan eşya, zarara uğrama veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hüküm kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir” (CMK m. 132/1, SEY m. 10/3).

Eşyanın zarara uğrama tehlikesinden maksat, eşyanın vasıflarının tamamen veya kısmen yitirilmesine neden olabilecek bir halin ortaya çıkmasıdır. Örneğin, elkonulan yiyeceklerin sıcak nedeniyle bozulma tehlikesiyle karşı karşıya kalması gibi.¹¹⁶¹

Eşyanın değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinden maksat ise eşyanın vasıflarındaki gerileme sebebiyle piyasa değerinde azalma

¹¹⁶¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.373.

tehlikesinin ortaya çıkmasıdır. Örneğin, uzun sürebilecek bir yargılama sonunda elektronik eşyanın veya motorlu taşıtların piyasa değerinin azalması gibi.¹¹⁶²

“Elden çıkarma kararı soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir” (CMK m. 132/2, SEY m. 10/3). “Karar verilmeden önce eşyanın sahibi olan şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişiler dinlenir; elden çıkarma kararı kendilerine bildirilir” (CMK m. 132/3).

Bu bağlamda orantılılık ilkesi gereğince¹¹⁶³, öncelikle eşya, “rayiç değerini ödenmesi karşılığında ilgiliye teslim edilmeli, bu mümkün olmazsa elden çıkarılmalıdır. Eşya elden çıkarılmadan önce, delil olarak kullanabilmesi için, bilirkişi incelemesine tabi tutulmalı, tanıklara gösterilmeli, fotoğraf ve video ile kayıt altına alınmalı ve gerekli diğer tedbirler alınmalıdır.”¹¹⁶⁴

Eşyanın elden çıkarılması durumunda elde edilen değer, elkonulan eşyanın yerine geçer ve yargılamanın sonunda verilecek iade veya müsadere kararının konusunu oluşturur.¹¹⁶⁵

E. ELKOYMANIN MAĞDURA BİLDİRİLMESİ

“Elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura¹¹⁶⁶ gecikmeksizin bildirilir” (CMK m. 127/5). “Bildirme işlemi Cumhuriyet başsavcılığınca yapılır” (SEY m. 5/6).

Bildirim, mağdurun kendisine ait olabilecek eşyaların akıbeti hakkında bilgi sahibi olması ve elkonulan eşyanın iadesi safhasında da eşyanın sahibinin

¹¹⁶² ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.373.

¹¹⁶³ ÜNVER/HAKERİ, s.436; ŞEN/ERYILDIZ, s.97.

¹¹⁶⁴ ŞEN/ERYILDIZ, s.96; ÖZGENÇ, Elkoyma, s.74; GEDİK, Elkoyma, s.79.

¹¹⁶⁵ ÜNVER/HAKERİ, s.436.

¹¹⁶⁶ Doktrinde elkoyma işleminin şüpheli ve sanığa da bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s.496.

bilinmesi bakımından önemlidir.¹¹⁶⁷ Yine CMK m.141 kapsamında tazminat talebinde bulunabilmek ve delil değerlendirmesi yapabilmek bakımından da bildirim önemlidir.¹¹⁶⁸

F. ASKERİ MAHALLERDE ELKOYMA

“Askerî mahallerde yapılacak elkoyma işlemi, Cumhuriyet savcısının nezaretinde askerî makamların katılımıyla adlî kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de askerî makamların katılımıyla adlî kolluk görevlileri tarafından elkoyma işlemi yapılabilir” (CMK m. 127/6).

G. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

“Elkoyma işleminin icrası esnasında, soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi bulunmayan ancak, başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilebilir” (CMK m. 138/1). Buna, elkoyma işlemi bakımından, “tesadüfen elde edilen delil” adı verilir.¹¹⁶⁹

Yukarıda arama tedbirinde tesadüfen elde edilen deliller bakımından yapılan açıklamalar elkoyma tedbiri için de geçerlidir.

H. ULUSLARARASI ELKOYMA KARARLARININ TANINMASI VE UYGULANMASI

Bir kişinin işlediği suç sebebiyle başka bir ülkedeki malvarlığına elkonulma işlemi, uluslararası adli yardımlaşma adı verilen ikili veya çok taraflı anlaşmalar

¹¹⁶⁷ÜNVER/HAKERİ, s.429.

¹¹⁶⁸ÜNVER/HAKERİ, s.429; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.373; ŞEN/ERYILDIZ, s.92.

¹¹⁶⁹YILMAZ, Arama, s.288.

sayesinde işlerlik kazanmaktadır.¹¹⁷⁰ Bunun yanında “mütekabiliyet ilkesi” ve uluslararası teamüller kapsamında da elkoyma tedbiri uygulanabilmektedir.¹¹⁷¹

Müsadere konusu malvarlığı değerlerinin ülke dışına çıkarılarak müsadere yaptırımından kurtulmasının önlenmesi de ancak uluslararası adli yardımlaşma kurumunun işletilmesi ile mümkündür.¹¹⁷²

Türkiye’nin taraf olduğu adli yardımlaşmaya ilişkin uluslararası sözleşmelerin¹¹⁷³ yanında, elkoyma kararlarının yerine getirilmesine ilişkin de bir takım uluslararası sözleşmeler mevcuttur. Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarda veya diğer kanun hükümlerinde, adli işbirliğine dair bir hüküm mevcut değilse, 6706 sayılı “Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu” uygulanır (6706 sayılı Kanun m. 1).

AB üyesi ülkeler arasında elkoyma kararlarının doğrudan tanınması ve yerine getirilmesi ise 2003/577/JHA sayılı Çerçeve Karar kapsamında yerine getirilmektedir.¹¹⁷⁴

¹¹⁷⁰ Konuyla ilgili olarak bkz. ERGÜL, Ergin “Elkoyma ve Müsadere Alanında Uluslararası Adli İşbirliği” www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/ergin_bey_sunumu.doc. Erişim Tarihi: 11/12/2017.

¹¹⁷¹ ŞEN/ERYILDIZ, s.121.

¹¹⁷² TAŞKIN/ÇETİNTÜRK, s.82.

¹¹⁷³ Bkz. 23.02.1968 tarihli ve 12856 sayılı RG’de yayımlanan Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi, 13.03.1977 tarihli ve 15877 sayılı RG’de yayımlanan Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ve Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi.

¹¹⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKIN/ÇETİNTÜRK, s.87 vd.

V. ELKONULAN EŞYANIN İADESİ VEYA MÜSADERESİ

“Elkonulan eşya, hükümden önce veya en geç hükmün kesinleşmesiyle, müsadereye tabi değilse, sahibine iade edilir. Hükmün verilmesinden önce şüpheli, sanık 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” (CMK m. 131/1).

Böylece soruşturma ve kovuşturma bakımından bir önemi kalmayan eşyanın, adliyenin eli altında tutulması engellenerek, mülkiyet hakkının gereksiz yere ihlal edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.¹¹⁷⁵ Aksi uygulama mülkiyet hakkını ihlal eder ve tazminata konu olur.^{1176 1177}

İade, eşya bozulmadan muhafaza edilmişse aynen, aksi halde nakden yapılır. İade işlemiyle birlikte kişilerin herhangi bir zararı olmuşsa bu zarar da karşılanır.¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁵ÜNVER/HAKERİ, s.436.

¹¹⁷⁶Y. 12. CD., 20/11/2012, 2012/19579-24564 E.-K. sayılı kararı, aktaran ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.163; silah kaçakçılığı şüphesiyle bir gemiye, içindeki kargoyla birlikte, bir yılı aşan bir süre boyunca keyfi olarak elkonulması AİHS’ne aykırı bulunmuştur. Bkz. AİHM, Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye, no.40998/98, 13 Aralık 2007, pr.98; AYM, Hikmet Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, no.2016/4557, 4/7/2019, pr.78: “...Sonuç olarak başvurusunun çalınan kamyonuna suçta kullanıldığı gerekçesiyle yapılan elkoyma işlemi yönünden, bu kamyonun gerçek sahibinin tespiti sürecinde yaşanan gecikme sebebiyle yaklaşık 3 yıl 11 ay iade edilebildiği, bu elkoyma süresi somut olayın koşullarında makul olmadığı gibi...”; benzer yönde bkz. AİHM, Kruglov ve diğerleri/Rusya, nos.:32324/06, 26067/08, 4 Şubat 2020; pr.145-146; ayrıca bkz. Y. 12. CD., 9/4/2018, 2017/10055 E., 2018/4118 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021.

¹¹⁷⁷ ABD’de hukuka aykırı olarak elkonulan mal sahibine iade edilir. Bkz. SCHEB II/SCHEB, s.450.

¹¹⁷⁸ Y. 12. CD., 08/10/2013, 2013/9489-22973 E.-K. sayılı kararı:“..., şayet aynen iade yolu ile zararın giderilmesi mümkün ise davacıların zararının bahse konu mazotun bedeline el koyma ve teslim kararı tarihleri arasında işleyecek yasal faiz olduğu değerlendirilmeden...”, aktaran ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.149.

Kanun koyucu, mülkiyet hakkına saygının bir gereği olarak ve kişilerin bir an önce malvarlıklarına kavuşmalarını temin etmek için, Cumhuriyet Savcısının kararına karşı da itiraz usulünü düzenlenmiştir.¹¹⁷⁹ Burada tartışmalı bir husus Cumhuriyet savcısının kararına karşı itiraz edilmesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Çünkü hukukumuzda hâkim ve mahkeme kararlarına karşı itiraz usulü düzenlendiği halde, Cumhuriyet savcısının kararlarına karşı itiraz usulü düzenlenmemiştir. Buradan anlaşılması gereken, Cumhuriyet savcısının kararına karşı önce hâkimden bir talepte bulunulması, bu talebin de reddi halinde genel hükümlere göre itiraz kanun yoluna gidilmesidir.¹¹⁸⁰

Elkonulan eşyanın malikten başka birisine, örneğin malik olmayan zilyede, iadesine karar verildiği durumda, eşyanın maliki olan şüpheli, sanık veya üçüncü kişilerin, hukuk mahkemesinde dava açarak eşyanın iade edildiği kişiden kendilerine ait olan eşyaları almaları mümkündür.¹¹⁸¹

CMK'da elkonulan eşyanın iadesi hususu düzenlenmiş, ancak muhafaza altına alınan eşyanın iadesi hususu ise düzenlenmemiştir. Ceza muhakemesinde, belirli hükümler bakımından kıyas serbest olduğundan, elkonulan eşyanın iadesine ilişkin hükümlerin, muhafaza altına alınan eşya bakımında da uygulanması gereklidir.¹¹⁸²

¹¹⁷⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, 2016, s.447; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.359; ÖZBEK/BACAŞIZ, s.211.

¹¹⁸⁰ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s.365.

¹¹⁸¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Kanunu, s.1291; YENİSEY/NUHOĞLU, s.421; PARLAR/HATİPOĞLU, s.522; GEDİK, Elkoyma, s.81; iyi niyetli üçüncü kişiler yönünden eşyanın belirli koşullar dâhilinde iadesi veya bu mümkün olamıyorsa eşya sahibinin zararının tazminine yönelik bir iç hukuk yolunun mevcut olması, ölçülülüğün unsurlarından biri olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Hamit Alihansoy ve diğerleri Başvurusu, no.2017/35581, 29/9/2020, pr.28; AİHM, AGOSI/Birleşik Krallık, no.9118/80, 24 Ekim 1986, pr.57-61; Vasilevski/Eski Yugoslav Cumhuriyeti, no.22653/08, 28 Nisan 2016, pr.56-60; Sulejmani/Eski Yugoslav Cumhuriyeti, no.74681/11, 28 Nisan 2016, pr.40-44).

¹¹⁸² Aynı yönde ŞEN/ERYILDIZ, s.40.

VI. ELKOYMA İŞLEMİNİN DENETİMİ

Elkoyma tedbirine muhatap olan kişiler, işlemin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetimi amacıyla, bu işleme karşı gerekli denetim yollarına başvurma hakkına sahiptirler.¹¹⁸³

A. BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI

Hâkim tarafından verilen elkoyma kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir (CMK m. 267/1). İtiraz süresi, işlemin bitiminden veya işlemin öğrenilmesinden itibaren 7 gün olarak hesaplanacaktır. Elkoyma kararına karşı, elkoyma işleminden sonra itiraz mümkün olduğundan, “kararın geri bırakılması” söz konusu olamaz (CMK m. 269/1,2).

Kararına itiraz edilen hâkim, ya kararının hukuka aykırı olduğuna karar verecek ya da itirazı incelenmek üzere yetkili mercie gönderecektir. “İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir” (CMK m. 271/4). Elkoyma kararı bakımından ise itirazın yerinde görülmesi, kararın kaldırılması sonucunu doğurmaz, ancak kararın hukuka aykırılığını ortaya konulması bakımından önemlidir.

Elkoyma tedbirine, yetkili makamın yazılı emriyle başvurulmuşsa, yazılı emir, yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulup, hâkimden bu konuda bir karar vermesi istenir (CMK m. 127/3).

Kanun yolları bakımından, elkoyma tedbirinin, yukarıda incelenen itiraz yolu hariç, doğrudan kanun yolu muhakemesine konu edilmesi mümkün değildir. Elkoyma kararı, hükme esas teşkil etmesi şartıyla, ancak “hükümle birlikte istinaf” (CMK m. 272/2) veya “temyiz” (CMK m. 287/1) yoluna konu edilebilir. Bu kararların hükme esas teşkil edebilmesi için kovuşturma aşamasında verilmiş

¹¹⁸³ Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “elkoyma tedbirine karşı başvurucuya etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağının tanınmadığı gerekçesiyle müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna vararak mülkiyet hakkının ihlal edildiğine” karar vermiştir. Bkz. AYM, Ahmet Tomak Başvurusu, no.2016/74138, 12/11/2019, pr.74.

olması gereklidir. Dolayısıyla kovuşturma aşamasında verilen elkoyma kararının öncelikli olarak istinaf ve temyize konu edilmesi doğal olmalıdır. Ancak istisnai de olsa soruşturma aşamasında verilmiş olup da bir şekilde denetimden geçmemiş kararların da istinaf ve temyize konu edilmesi mümkün olmalıdır.

Olağanüstü kanun yollarından ise yalnızca “kanun yararına bozma” yoluna gidilmesi mümkündür.¹¹⁸⁴ Elkoyma tedbiri bakımından, hükme esas alınan elkoyma kararının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla kanun yararına bozma yoluna gidilebilir.

Elkoyma tedbiri bakımından, hukuki hata bulunması durumunda başvurulabilen “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (olağanüstü itiraz), (CMK m. 308/1) “Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının itirazı” (CMK m. 308/A) yollarına başvurulması söz konusu olamaz.

Yargılamanın yenilenmesi ise hükmün kesinleşmesinden sonra anlaşılan yanlışlıkların düzeltilmesi için başvurulacak bir yoldur (CMK m. 311). Yargılamanın yenilenmesi nedenleri, “lehte” (CMK m. 311/1) ve “aleyhte” (CMK m. 314) nedenler olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu nedenler arasında, elkoyma tedbirinin hukuka aykırı olmasından dolayı gidilebilecek herhangi bir düzenleme mevcut olmadığından, hukuka aykırı arama tedbiri bakımından yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecektir.

B. BİREYSEL BAŞVURU

Elkoyma tedbiri, hukuka aykırı olması durumunda, yukarıda incelenen temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiğinden, bireysel başvuruya konu olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi ve AİHM, elkoyma tedbiri dolayısıyla yapılan başvuruları

¹¹⁸⁴ ERCAN, s.210.

“mülkiyet hakkı” çerçevesinde değerlendirmektedir (Anayasa m. 35, AİHS Ek 1 Nolu Protokol m. 1).

VII. HUKUKA AYKIRI OLARAK YERİNE GETİRİLEN ELKOYMANIN YAPTIRIMLARI

A. CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARI

Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen elkoyma tedbiri bakımından ceza içeren özel bir hüküm TCK’da mevcut değildir. Bu bağlamda aşağıdaki ihtimaller değerlendirilebilir.

Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen elkoyma sonucunda bir zarar meydana gelmiş ise TCK m. 257/1’de düzenlenen “Görevi kötüye kullanma suçu”, “elkonulan eşyanın muhafazası veya iadesine ilişkin görevlerini ihmal eden kamu görevlisi hakkında” ise TCK m. 257/2’de düzenlenen “Görevi ihmal suçu” kapsamında işlem yapılabilir. Ayrıca, eşyanın muhafazasıyla ilgili olarak TCK m. 289’da düzenlenen “Muhafaza görevini kötüye kullanma” suçu hükümleri de uygulanabilir.

B. TAZMİNAT HUKUKU YAPTIRIMLARI

“Elkoyma tedbiri bakımından, eşyasına veya diğer malvarlığı 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 kişiler¹¹⁸⁵ maddi ve manevi¹¹⁸⁶ tazminat talebinde bulunabileceklerdir” (CMK m. 141/1-j).

Düzenleme elkoymaya ilişkin olsa da mahiyeti itibariyle elkoymaya benzeyen muhafaza altına alma tedbiri bakımından da uygulanmalıdır.¹¹⁸⁷

Uygulamada en çok, eşyanın zamanında geri verilmemesi veya elkonulan eşyanın korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle tazminat ödenmesine karar verilmektedir.¹¹⁸⁸

1. Koşullar Oluşmadan Elkoyma Yapılması

CMK’da sayılan ve yukarıda incelenen koşullar oluşmadan elkoyma yapılması durumunda tazminat talebinde bulunulabilir.¹¹⁸⁹ Ancak elkoyma hukuka uygun olduğu halde zarar oluşmuşsa, bu durumda oluşan zarar, genel hükümlere göre tazmin edilir.¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁵ Maddede “kişiler” ifadesi yer aldığından tazminat talebinde bulunabilecek kişilerin mutlaka “sanık” olmasının gerekli olmadığı ile ilgili olarak bkz. Y.12.CD., 09/10/2017, 2016/8276 E., 2017/7167 K., aktaran ŞEN/YENİCE, s.100.

¹¹⁸⁶ Yargıtay kararlarında ise yalnızca yakalama, tutuklama tedbirleri nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunulabileceği elkoyma tedbiri nedeniyle ise bulunulamayacağı hakkında bkz. Y. 12. CD., 22/06/2015, 2014/23343 E., 2015/11363 K.; Y. 12. CD., 15/9/2015, 2014/22556 E., 2015/13392 K., aktaran ŞEN/YENİCE, s.101.

¹¹⁸⁷ Y. 12. CD., 08/06/2016, 2015/9866 E., 2016/971 K. sayılı kararı, aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.106 dn. 186; aynı yönde AYDIN, Basit Elkoyma, s.50.

¹¹⁸⁸ ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.147; Tazminat talebi kapsamında faize de hükmedilmesi gerektiği hususunda bkz. Y. 12. CD., 15/09/2015, 2014/22556 E., 2015/13392 K. sayılı kararı: “Talep uyarınca davacı için kabul edilen tazminat miktarına elkoyma tarihi olan 13.02.2011 tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmesi gerekirken, faize hükmedilmemesi...”, aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.108, dn. 187.

¹¹⁸⁹ Y. 12. CD., 04/07/2013, 2013/8830-18335 E.-K. sayılı kararı: “...davacının el konulan aracıyla suç konusu olduğu iddia edilen çaylar arasındaki hukuki bağın bu suretle ilişkilendirilemediği, davacının haksız yere elkonulan aracıyla ilgili tazminat davası açabileceği...” aktaran ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.149.

¹¹⁹⁰ Y.12.CD., 18/04/2016, 2015/9730 E., 2016/6542 K. sayılı kararı, aktaran ŞEN/YENİCE, s.100; Y. 12. CD., 16/04/2013, 2012/32335 E., 2013/10028 K. sayılı kararı, aktaran ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.156.

2. Elkonulan Eşyanın Korunması için Gerekli Tedbirlerin Alınmaması

Devlet, elkonulan eşyanın korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.¹¹⁹¹ Bu tedbirlerin hiç ya da gerektiği gibi alınmaması durumunda bu zararların tazmini zorunludur.¹¹⁹² Bunun için elkonulan eşyada meydana gelen bozulmanın, Devletin gerekli koruma tedbirlerini almamasından kaynaklandığı hususu ortaya konulmalıdır.¹¹⁹³

Devlet, gerekli tedbirleri alsa bile, elkonulan eşyada, elkoyma süresince değer kaybı olabilir. Bu durumda da oluşan değer kaybının ve kaybın telafi edilmesi için gerekli olan masrafların tazmin edilmesi talep edilebilir.¹¹⁹⁴

3. Elkonulan Eşyanın Amaç Dışı Kullanılması

Elkoyma delil elde etmek veya müsadereye tabi eşyanın müsaderesinin mümkün kılınması amacıyla yapılır. Dolayısıyla elkonulan eşyanın bu amaçlar dışında örneğin; elkonulan aracın şahsi ya da kamu hizmetinde kullanılması durumunda amaç dışında kullanma söz konusudur ve bundan doğan zararın tazmini gereklidir. Burada da yine eşya müsadere edilirse zararın tazmini söz konusu olmaz; yalnızca eşyayı amaç dışında kullanan kamu görevlisi hakkında ceza ve disiplin sorumluluğu söz konusu olabilir.

¹¹⁹¹ Bkz. AİHM, Aktiva Doo/Serbia, no.23079/11, 19 Ocak 2021, pr.80.

¹¹⁹² Emanete alınan paranın memur tarafından zimmete geçirilmesi nedeniyle iade edilememesi dolayısıyla elkonulan eşyanın muhafazası için gerekli tedbirlerin alınmaması sonucu tazminata hükmedilmesi gerektiği hakkında bkz. Y. 12. CD., 10/02/2016, 2015/3950 E., 2016/1724 K. sayılı kararı, aktaran ŞEN/YENİCE, s.102.

¹¹⁹³ Y. 12. CD., 14/02/2013, 2012/27144 E., 2013/3249 K. sayılı kararı: “..., çaylarda oluşan bozulmanın,elkoyma nedeniyle olmayıp, hasattan önce işleme aşamasında yeterli kurutma işlemine tabi tutulmamamsı nedeniyle olduğu gerekçesiyle reddine...”, aktaran ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.158.

¹¹⁹⁴Y. 12. CD., 24/04/2103, 2013/6560-11194 E.-K. sayılı kararı, aktaran ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.155.

4. Elkonulan Eşyanın Zamanında Geri Verilmemesi

Yukarıda da açıklandığı üzere bir eşyaya ya delil elde etmek ya da müsadereye tabi eşyanın müsaderesini mümkün kılmak amacıyla elkonulur. Dolayısıyla delil elde etmek amacıyla elkonulan eşya üzerinde yapılan inceleme sona erdiğinde veya müsadereye tabi olduğu değerlendirilen eşyanın, müsadere edilmesinin mümkün olmadığının anlaşılması halinde, derhal zilyedine iade edilmesi gereklidir. Aksi uygulama tazminat talebine yol açar.¹¹⁹⁵

Uygulamada, CMK m. 131/1 uyarınca eşyanın iadesi hususunda karar verilmesi gerekirken verilmeyip, mahkemeden bu hususta karar vermesi talep edilmektedir. Bu da gecikmeye neden olmakta ve ilgili kişinin tazminat hakkı doğmaktadır.¹¹⁹⁶

C. DELİL HUKUKU YAPTIRIMLARI

Hukuka aykırı delil kavramıyla ilgili yukarıda açıklama yapıldığı için burada yalnızca elkoyma tedbiri bakımından bir inceleme yapılacaktır.

Öncelikle, ortada usulüne uygun alınmış bir elkoyma kararı veya emri bulunmadan yapılan elkoyma işlemi hukuka aykırı olacaktır.¹¹⁹⁷

¹¹⁹⁵ Bkz. Y. 12. CD., 10/02/2020, 2019/1497 E., 2020/1255 K.; Y. 12. CD., 9/4/2018, 2017/10055 E., 2018/4118 K.; Y. 12. CD, 21/01/2013, 2012/28939 E., 2013/1718 K. sayılı kararı: "...Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı ile davacıya idesine karar verildiğinin anlaşılması karşısında, dava konusu şekerin makul sürede geri verilmemesi nedeniyle, ...maddi zararlar ilgili olarak makul bir miktara karar verilmesi gerekirken...", benzer kararlar için bkz. Y. 12. CD., 19/12/2012, 2012/27317-27855 E.-K.; 19/12/2012, 2012/26251-27131 E.-K.; 26/11/2012, 2012/24194-25282 E.-K.; 11/10/2012, 2012/23953-21451 E.-K., aktaran ALBAYRAK/ÖZER/İLHAN/ERDOĞAN, s.159 vd, Y. 12. CD., 10/9/2012, 2012/20468 E., 2012/17955 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021; Bkz. AİHM, Vasilevski/The Former Yugoslav Republic of Macedonia, no.22653/08, 28 Nisan 2016, pr.61-62.

¹¹⁹⁶ AYDIN, Arama ve Elkoyma, s.221.

¹¹⁹⁷ Y. 12. CD., 27/6/2019, 2016/11643 E., 2019/7862 K.; Y. 16. CD., 13/9/2018, 2018/2903 E., 2018/2576 K.; Y. 12. CD., 31/05/2018, 2016/3120 E., 2018/6197 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021.

İkinci olarak, elkoyma tedbirine ilişkin yürürlükteki mevzuatta bulunan hükümlere aykırılık hallerinde hem tedbir hem de tedbirden elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır.¹¹⁹⁸ Bu bağlamda, ispat aracı veya müsadere konusu olamayacak eşyaya, hapis cezasının alt sınırı beş yıldan az olan suçlarla ilgili olarak Devlet sırrı niteliğindeki belgelere, tanıklıktan çekinebilecek kimseler nezdinde bulunan mektup ve belgelere elkonulması¹¹⁹⁹ ve hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yetkili merciin yazılı emri şartları yerine getirilmeden, hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoymalarda yirmi dört saat için hâkim onayına sunulmayan¹²⁰⁰, hâkim onayına sunulup da reddedilen¹²⁰¹, askerî mahallerde yapılacak aramalarda gerekli usule uyulmadan yerine getirilmeden, özel elkoymalarda gerekli şartlara uyulmadan yapılan elkoyma tedbiri ve bundan elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır.¹²⁰²

Ancak elkoyma tedbirinin uygulanışına yönelik olmayan, elkonulan eşyanın iadesi, muhafazası ve elden çıkarılmasına ilişkin hükümlere aykırılık, tedbiri doğrudan hukuka aykırı hale getirmeyecektir.

Burada önemli olan bir husus da hukuka aykırı gerçekleştirilen arama sonucunda yapılan elkoyma işleminin hukuka aykırı olup olmadığıdır. ABD, İtalya ve Almanya'da hukuka aykırı aramanın sonucunda gelen elkoyma tedbiri

¹¹⁹⁸ Y. 8. CD., 12/11/2005 tarih ve 2015/5810 E., 2015/24422 K. sayılı kararı: "...Usulüne uygun olarak alınan arama ve elkoyma kararı bulunmadan sanığın aracında suça konu silahın ele geçirildiği olayda, hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınmasının mümkün olmadığı gözetilmeden...", aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.74, dn. 118.

¹¹⁹⁹ ÖZEN/ÖZEN, s.309.

¹²⁰⁰ Bkz. Y. 19. CD., 25/9/2018, 2016/8278 E., 2018/9380 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 02/03/2021; Y. 12. CD., 15/12/2014, 2014/2112 E. ve 2014/25684 K. sayılı kararı, aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.38, dn. 41.

¹²⁰¹ Y. 11. CD., 22/02/2016 tarih ve 2015/9595 E., 2016/1347 K. sayılı kararı: "...Cumhuriyet Başsavcılığı'nın elkoyulmasının onanması talebinde bulunması ve Sulh Ceza Mahkemesi'nin kararı ile talebin reddine dair karar verilmesi nedeniyle elkoymanın hükümsüz hale gelmesi karşısında, hükme esas alınan delillerin hukuka aykırı hale geldiği...", aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.75, dn. 119.

¹²⁰² Y. 8. CD., 12/11/2005, 2015/5810 E., 2015/24422 K.; Y. 12. CD., 15/12/2014, 2014/2112 E. ve 2014/25684 K.; Y. 11. CD., 22/02/2016, 2015/9595 E., 2016/1347 K. (www.legalbank.net) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

bağımsız bir tedbir olarak değerlendirilmiş ve sırf bu sebeple hukuka aykırı görülmemiştir.¹²⁰³ Türk Hukuku bakımında ise hukuka aykırılığın doğrudan ya da dolaylı olmasının herhangi bir önemi olmadığından, hukuka aykırı bir arama sonucunda yapılan elkoyma tedbiri de hukuka aykırı olacaktır.¹²⁰⁴ Ancak elkoyma tedbirine bağımsız olarak başvurulduğu durumda ise hukuka aykırılık, elkoyma tedbiri çerçevesinde değerlendirilecektir.



¹²⁰³ THAMAN, s.400.

¹²⁰⁴ ŞEN/ERYILDIZ, s.306, Y. 7. CD., 10/12/2014, 2013/6138 E. ve 2014/22341 K. sayılı kararı: “...arama kararı usule aykırı olup anılan arama kararınca elde edilen delile dayanılarak hüküm kurulamayacağı gözetilmeden...”, aktaran ŞEN/ERYILDIZ, s.47, dn. 58; aynı yönde Y. 8. CD., 12/11/2015, 2015/5810 E. ve 2015/24422 K. (www.kazanci.com) Erişim Tarihi: 20/02/2018.

SONUÇ

Arama ve elkoyma, ceza muhakemesinde, delil elde etmek amacıyla en çok başvurulmuş koruma tedbirlerindendir. Koruma tedbiri olmalarının doğal bir sonucu olarak da her iki tedbir, başta özel hayatın gizliği olmak üzere konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, kişi özgürlüğü, vücut bütünlüğü ve mülkiyet hakkını sınırlandırmaktadır. Bu çerçevede, her iki tedbire ilişkin düzenlemelerin ve özellikle de uygulamanın, koruma tedbirlerine ilişkin ortak özellikler ile hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin ilkelerle ve özellikle de AİHM içtihadıyla uyumlu olması zorunludur. Tezimiz de bu uyum esas alınarak incelenmeye çalışılmıştır.

Bu ilkelerin başında “kanunilik ilkesi” gelmektedir. Ancak hukukumuzda yer alan ve arama ve elkoyma tedbirine ilişkin hükümler içeren AÖAY ile SEY, bu ilkeye aykırılık teşkil etmektedir. Bunun yanında her iki Yönetmelik, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı hükmüne (m. 6), “yasama yetkisinin devredilmezliği” ve böylece “kuvvetler ayrılığı ilkesi”ne ve de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri,

işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği hususundaki Anayasa hükmüne (m. 142) de aykırıdır.

İkinci olarak her iki tedbire hem karar verilmesinde hem de uygulanmasında “ölçülülük ilkesi”ne uyulması önemlidir. Bu çerçevede, her iki tedbir bakımından tedbire konu suç ile tedbirin amacı arasında adil bir denge olmasına özen gösterilmelidir. Bu husus, mülkiyet hakkını sınırlandıran elkoyma özellikle de bu sınırlamanın daha ağır olduğu özel elkoyma tedbirleri bakımından ayrıca dikkate alınmalıdır. Uygulamada, ölçülülük ilkesine aykırı olarak, elkoyma tedbirine, özellikle de taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma ile şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirine başvurulduğu görülmektedir. Şirket yönetimi için kayyım tayini tedbiri bakımından, mülkiyet hakkı üzerinde doğrudan ve ağır bir etkiye sahip olduğundan, belirli aralıklarla tedbire ilişkin şartların halen geçerli olup olmadığına ilişkin denetim mekanizmalarının getirilmesi” yerinde olacaktır.

Her iki tedbir, maddi gerçeğe ulaşmada birer araç olup, cezalandırma aracı değildir. Ancak, özellikle taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri bakımından, işlenmeleri sonucunda herhangi bir malvarlığı değeri elde edilmesi mümkün olmadığı halde bazı suçlar (TCK m. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316. maddeleri yanında anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı bazı suçların ve soykırım suçunun) kataloğa dâhil edilmiştir. Öncelikle bu husus tedbirin esasına aykırıdır. İkinci olarak, bu suçların varlığı bahanesiyle malvarlığı değerlerine elkoyma tedbiri uygulanarak mülkiyet hakkına keyfi müdahalenin önü açılmakta, tedbir cezalandırma aracına dönüşmektedir. Aynı durum ölçüsüz bir şekilde uygulanan şirket yönetimi için kayyım tayini tedbiri bakımından da geçerlidir.

Her iki tedbire başvurulabilmek için suç şüphesinin varlığı gereklidir. CMK'da arama tedbiri bakımından, “makul şüphe” şartı düzenleme altına alındığı halde, elkoyma tedbiri bakımından böyle bir şart düzenlenmemiştir. Elkoyma tedbiri bakımından da arama tedbirine kıyasen “makul şüphe” şartı aranmalıdır. Ancak “makul şüphe” kavramı belirsiz bir kavram olduğu ifade edilmelidir. Bu bağlamda, temel hak ve hürriyete müdahale eden bir tedbir bakımından, belirsiz bir kavramın tercih edilmesi, hak ve hürriyeti güvencesiz bırakarak müdahaleye açık hale getirmektedir. Bunun yerine objektif bir kriter belirlenerek, delil elde etmenin veya kişinin yakalanmasının kesin veya kesine yakın olduğu durumlarda tedbire başvurmak, hak ve hürriyetlerin korunması, yerli yersiz müdahale edilmesinin önüne geçilmesi bakımından isabetli olacaktır. Bu aynı zamanda, subjektif yaklaşımların karar alma sürecinin dışında bırakılmasını ve hatalı mahkeme kararlarının da önüne geçilmesini sağlayarak adaletin tesisine katkı sağlayacaktır. Ayrıca makul şüphenin oluştuğu hususu, hak ve hürriyetlere keyfi müdahalenin önüne geçilebilmesi adına, basmakalıp, soyut ifadeler yerine mutlaka delillerle ortaya konulmalıdır.

Yine koruma tedbirlerinin geçici olduğundan hareketle, her iki tedbirden beklenen amaç gerçekleştiğinde tedbir sona erdirilerek, hak ve hürriyetler üzerindeki sınırlamalar kaldırılmalıdır. Ancak uygulamada, delil olarak bulundurulmasına gerek kalmamasına rağmen, elkoyma tedbirine, özellikle de taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma ile şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirine, devam edildiği görülmektedir.

Her iki tedbir bakımından, tedbirlerin hak ve hürriyetlerle olan ilişkisi sebebiyle hem Anayasa'da hem de CMK'da sıkı şartlar getirilmiştir. Bunlardan birincisi olan şüphe şartı yukarıda ifade edilmişti. İkinci olarak ise hâkim kararı

veya yetkili makamın yazılı emri gereklidir. Dolayısıyla rıza ile arama veya elkoyma mümkün değildir. Ancak CMK'da "muhafaza altına alma" kavramına yer verilmiştir. Buna göre muhafaza altına alma, sahipli eşyanın zilyedinin rızasıyla, sahipsiz eşyanın ise doğrudan teslim alınmasıdır. Burada mükiyet hakkına doğrudan müdahale eden bir tedbir bakımından rıza kurumunun yeterli görülmesi yerinde olmamış ve bu hak bakımından güvencesiz bir durum yaratılmıştır.

Tedbirlere Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin yazılı emri ile başvurulması, temel hak ve hürriyetlere müdahale yetkisini genişletmekte ve bu yetkiyi idari makamlara devretmektedir. Esasında bu haklara müdahale edilmemesi asıl, hâkim kararıyla müdahale edilmesi istisnadır. Ancak bu yolla istisnanın da istisnası oluşturulmaktadır. Ayrıca, kolluk ile yakın mesai ilişkisi içinde olan Cumhuriyet savcısının ve olayı bizzat soruşturmakla görevli kolluk amirinin, tarafsız ve bağımsız bir şekilde karar verebilmesi de her zaman mümkün olamayabilmektedir.

Arama veya elkoyma emrinin yazılı olması şartı, hak ve hürriyetlerin korunması bakımından önemli bir güvencedir. Ayrıca, arama emrinin geçerli olup olmadığının ve sınırının denetlenebilmesi ve hukuka aykırı bir arama işlemine karşı ispat aracı olması, arama işlemine başlamadan önce, CMK m. 121/1 kapsamında ilgiliye verilebilmesi için de arama emrinin yazılı olması zorunludur. Bu bağlamda, telefonla veya sözle, SMS, e-posta gibi mesaj yoluyla veya faksla arama emrinin iletilmesi hukuken geçerli değildir ve bu şekilde iletilen arama emri üzerine işlem yapılamaz. Ayrıca, önceden hazırlanan ve imzalanan formların, kolluk tarafından doldurulması suretiyle yazılı emir düzenlenmesi de yetki devrine neden olması sebebiyle, kabul edilmemelidir.

İkinci olarak yalnızca “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emriyle tedbirlere başvurulabilir. Burada yer alan “gecikmede sakınca” kavramı, hak ve hürriyetlere müdahalenin alanını genişletmektedir. Bu bakımdan kavram Kanun’da, “gecikmesinde sakınca” olarak düzenlenmiş olsa da uygulamada “gecikmede tehlike” olarak anlaşılmalıdır. Buradan hareketle “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kavramı, gerekli çaba gösterilmesine rağmen hâkime ulaşılamaması veya ulaşmak için geçecek olan zaman zarfında delillerin kaybolması veya kişinin kaçma tehlikesinin objektif olarak ortaya çıkması şeklinde ifade edilebilir. Burada tehlikenin objektif olarak ortaya çıkması, ihtimale dayalı bir değerlendirme yapılarak kavramın geniş yorumlanması önüne geçmek bakımından gereklidir.

Elkoyma emrinin aksine arama emrinin hâkim onayına sunulması hususu Kanun’da düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalenin denetimi ve hâkim güvencesinin temini adına yazılı emirle yapılan arama işlemi hâkim onayına sunulmalıdır.

Bunun yanında hak ve hürriyete yapılan müdahalenin orantılı olması, suiistimallere karşı etkin bir koruma sağlanması ve tedbirin etkilerinin sınırlandırılması adına arama veya elkoyma kararı veya emri belirli, sınırları çizilmiş olmalı; ucu açık, belirsiz, geniş ifadeler içermemelidir.

AÖAY’de kolluğun resen arama yapılabilceği hususu düzenleme altına alınmıştır. CMK’da karar alınmadan arama yapılacağına ilişkin tek hüküm, yakalama emri olmaksızın kolluk tarafından yapılan, yakalama sonrasında kolluğun, yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri alması hususunun düzenlendiği “CMK m. 90/4”

düzenlemesidir. Dolayısıyla AÖAY’de düzenlenen bahse konu hükümler, kaba üst araması sınırlarında kaldığı, delil elde etme amaçlı olmadığı sürece, CMK m. 90/4 ile uyumludur. Aksi halde Anayasa ve CMK’nın amir hükümleri karşısında arama kararı veya emri almadan arama tedbirine başvurulması düşünülemez.

Arama ve elkoyma işlemine başlamadan önce, böyle bir düzenleme olmasa da hukuk devleti ve insan haklarına saygı ilkeleri gereğince, aramaya maruz kalan kişiye bilgi verilmelidir. Bu husus, kişinin hakkındaki suçlamaları öğrenmesi (AİHS m. 6/3) ve savunma hakkının (AİHS m. 6/3) bir gereğidir.

Arama işleminde, hem bazı kimselerin hazır bulunması hem de arama tanıklarının bir nevi gözlemci statüsüyle arama işlemine katılması, aramaya maruz kalanlar ve kolluk görevlileri için bir teminattır. Aramaya maruz kalanlar bakımından, arama işlemine itiraz edebilme ve savunmada bulunma imkânı sağlanarak savunma hakkı daha en baştan güvence altına alınmış olmaktadır. Kolluk görevlileri bakımından ise aleyhine ileri sürülen iddiaların çürütülebilmesi imkânını sağlar. Dolayısıyla hazır bulundurulması zorunlu olan kişiler hazır bulunmadan ve arama atnıkların katılmadığı arama ilkemi hukuka aykırıdır.

Ayrıca, savunma hakkı ve bu hakkın bir yansıması olarak muhakemenin her aşamasında müdafii yardımından yararlanılabilme ve silahların eşitliği ilkesinin bir sonucu olarak kişinin avukatı da aramada hazır bulunabilir. Ancak, hükmün uygulanabilmesi için aramaya maruz kalan kişiye, böyle bir hakkı olduğu hatırlatılmalı ve bu yönde CMK’da değişiklik yapılmalıdır. Bu çerçevede, aramaya maruz kalan kişinin bu yönde bir talebi olursa, makul bir süre beklenir.

“Arama veya elkoyma işleminin icrası esnasında, soruşturma veya kovuşturmayla, başka bir ifadeyle tedbirlere konu olan suç ile ilgisi bulunmayan

ancak, başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilebilir". Buna, tesadüfen elde edilen delil adı verilir. AÖAY'de, "yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen delil de aynı kategoride değerlendirilmiştir" (AÖAY m. 10/1-a). Kanaatimce bu düzenleme hatalıdır. Öncelikle CMK'da öngörülmemeyen husus AÖAY ile düzenlenerek "tesadüfen elde edilen delil" kavramı genişletilmiştir. İkinci olarak, "belirlilik ilkesi" gereği, karar veya emirde aranan delil açık olarak yazılmalı, bu mümkün olmuyorsa kapsamının sınırları çizilmelidir. Dolayısıyla, karar veya emir belirli olduğu takdirde böyle bir düzenlemeye gerek kalmayacaktır. Aksi uygulama, kolluğa takdir hakkı verilerek, karar veya emrin sınırlarının dışına çıkılması, bunun sonucunda da hâkim veya savcıya ait olan yetkinin kolluğa devredilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Tesadüfen elde etme, arama ve elkoyma kararı veya emrinin sınırları içinde arama işlemi yapılırken, aramanın başında öngörülmesi mümkün olmayan sürpriz bir bulma eylemidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, delilin tesadüfen elde edilmiş olması, hatta çıplak gözle görülebilir olmasının gerektiğidir. Bunun aksine, karar veya emirde yer almayan eşya, özellikle aranmış veya aramadan bir araç olarak yararlanılmış ise tesadüfen elde edilen delilden değil, hukuka aykırı delilden söz edilir ve bu suretle elde edilen delil kullanılamaz.

Son olarak şunu ifade etmek isteriz ki mevzuatta her ne kadar sorunlu alanlar bulunsa da tedbirlere ilişkin sorunlar büyük oranda uygulamadan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, mevzuat ne kadar hukuk devleti, insan hakları temelinde düzenlenirse düzensin, önemli olan onu uygulayanların da bu ilkeleri içselleştirmiş olmasıdır. Aksi halde, halihazırda yaşanan mevzuatta

düzenlenen istisnaların uygulamada kural haline gelmesi, kişilere güvence sağlaması için getirilen bazı hükümlerin uygulamada ihmal edilmesi gibi hususlara sıklıkla rastlanması söz konusu olacaktır. Bunun da çözümü, uygulamacılara insan haklarının korunması gerektiği bilincinin kazandırılmasıyla mümkün olabilecektir. Nitekim hâkimler hak ve hürriyetlerin koruyucusudur. Yine Cumhuriyet savcıları ile kolluk görevlilerinin bir görevi de kişilerin hak ve hürriyetlerini korumaktır.



KAYNAKÇA

- AKBEY, Evren: **Adli ve Önleme Aramalarının İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- AKBULUT, Berrin: **“Delil Değerlendirme Yasakları”**, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:13, Aralık 2010, s. 6-25.
- AKÇA, Kürşat: **“Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:1, Yıl:2015,
- AKILLIOĞLU, Tekin: **“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”**, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, 2012.
- AKINTÜRK, Turgut: **Eşya Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- AKSOY, Şemsettin: **Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- AKYÜREK, Güçlü: **“Haksız Arama Suçu”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/2 (**Haksız Arama**).
- AKYÜREK, Güçlü: **“Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”**, TBB Dergisi, Yıl: 2012, Sayı: 101, s. 61-82 (**Hukuka Aykırı Delil**).
- AKYÜREK, Güçlü: **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011 (**Özel Hayat**).
- ALBAYRAK, Mustafa/ÖZER, Fatma/İLHAN, Fikret/ERDOĞAN, Mustafa: **Yargı Kararları Işığında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

ALDEMİR, Hüsnü: **Adli-Önleme Arama ve Elkoyma**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, 3. Baskı. (**Arama ve Elkoyma**).

ALDEMİR, Hüsnü: **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012.

ALGAN, Bülent: **“Bireysel Başvuruda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”**, AÜHF Dergisi, Cilt:63, Sayı:2, 2014, s.247-284.

ALTAN, Alparslan: **Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

ALVIS, Stewart James: **“Warrantless Search of Cell Phone Unconstituonal”**, Cumberland Law Review, Vol: 45, 2014, s. 211-223.

ANAYURT, Ömer, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

ANTALYA, O. Gökhan: **Medeni Hukuk**, Legal Yayınevi, İstanbul, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, 2016.

ARACI, Fatoş: **“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Denetlenmesi ve Arama Yoluyla Elde Edilen Delillerin Kullanılması”**, içinde Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Editör: Prof.Dr. Nur CENTEL, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ARISOY, Uygur Kaan: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2014.

ARSLAN, SOYGÜT, Mualla Buket: **“İlyas Stefanov v. Bulgaristan Davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “Avukat Bürolarında Arama, Elkoyma ve Telefon Dinleme” ile İlgili Bir Kararı”**, içinde Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/AYVAZ, Sema TAŞPINAR: **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 3.Baskı, 2017.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/AYVAZ, Sema TAŞPINAR: **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 3.Baskı, 2017.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 19. Baskı, 2021.

ASTRID, R.N. Haas/PATRICIA, Jones: **“The Importance of Property Rights for Successfull Urbanisation in Devoloping Countries”**, www.theigc.org, Ocak 2017, Erişim Tarihi: 02/05/2021.

ATAÇ, Gafur: **Eşya ve Kazancın Muhafaza Altına Alınması ve Bunlara Elkonulması, Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma (CMK m. 123-128)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuatı, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2008.

AYCI, Emrullah: **Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

AYDIN, Devrim: **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (Deliller).

AYDIN, Murat: **Arama ve Elkoyma**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2012 (Arama ve Elkoyma).

AYDIN, Murat, **“Ceza Muhakemesinde Basit Elkoyma Koruma Tedbiri”**, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:3, Sayı:21, Ağustos 2011, s. 45-51 (Basit Elkoyma).

AYDIN, Murat: **“Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları”**, Ceza hukuku Dergisi, Yıl 3, Sayı 8, Aralık 2008 (Arama Tanıkları).

AYDOĞMUŞ, Ebubekir, **Arama ve Elkoyma**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

BACIGAL, Roland J.: **Criminal Law and Procedure An Overview**, Delmar Cengage Learning, 3.Baskı, USA, 2009.

BAKIM, Sevi: **“Arama”**, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:164, Ağustos 2016, s. 4161-4207.

BAKİ, Yunus: **Adli Arama**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

BASDEO, Vinesh: **"A Critique of Search and Seizure in Terms of a Search Warrant in South African Criminal Procedure: A Comparative Analysis."** African Journal of International and Comparative Law, vol. 27, no. 4, 2019.

BAŞPINAR, Veysel: **“Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda Mülkiyet Hakkı Teminatı”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:3, Yıl:2016.

BAYRAKTAR, Köksal/KESKİN KIZIROĞLU, Serap/ YILDIZ, Ali Kemal/ZAFER, Hamide/AKSOY RETORNAZ/Eylem/AKYÜREK, Güçlü/EVİK, Ali Hakan/SINAR, Hasan/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/ERMAN, Barış/EROĞLU ERMAN/Fulya: **Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 1. Baskı, 2018.

BAYTAZ, Abdullah Batuhan: **“6638 sayılı Kanun ile PVS ve CMK’da Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”**, İÜHFM Cilt: LXXIII, Sayı:2, Yıl: 2015.

BELL, Abraham/PARCHOMOVSKY, Gideon: **“A Theory of Property”**, Cornell Law Review, Volume 90, Issue: 3 March 2005.

BERBER, Leyla KESER: **Adli Bilişim**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

BERMAN, Emily: **“Individualized Suspicion in the Age of Big Data”**, Iowa Law Review, Vol.105:463, 2020.

BESLEY, Timothy/GHATAK, Maitreesh: **“Property Rights and Economic Development”**, Handbook of Economic Development, Chapter 68, The Suntory Centre Suntory and Toyota International Centres for Economics and Related Disciplines London School of Economics and Political Science, 2009.

BIÇAK, Vahit: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 4. Baskı, 2018.

BİRTEK, Fatih: **Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, 2. Baskı.

BODUR Halil: **“Şüphe, Makul Şüphe ve Arama Hukuku”**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, S. 1, İstanbul.

CANOĞLU, Veysel Candan: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

CARBADO, Devon W.: **“Stop-and-Strip Violence: The Doctrinal Migrations of Reasonable Suspicion”**, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol.55, 2020.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 19. Bası, Eylül 2020.

ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç: **Uygulamada Arama ve Elkoyma**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ÇELİK, İsa: **Postada Elkoyma**, Ajans Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2016.

CHUN, Brian H.: **“The Unclearly Established Rule Against Unreasonable Searches and Seizures”**, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 90, No:3, 2000.

CİN, Emine: **“Kamu Düzeni, Kolluk Faaliyeti ve Arama Yetkisi”**, Prof. Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

CRESPO, Andrew Manuel: **“Probable Cause Pluralism”**, The Yale Law Journal, 129:1276, 2020.

“Criminal Law-Searches and Seizures-Plain View, State v. Zacher”, North Dakota Law Review, Vol. 91. 437, 2015.

ÇINAR, Ali Rıza: **“Hukuka Aykırı Kanıtlar”**, TBB Dergisi, Sayı:55, Yıl: 2004, s.31-64.

ÇOBAN, Ali Rıza: **“Mülkiyet Bir İnsan Hakkı mıdır?”**, Piyasa Dergisi, Güz-2004, Sayı 12, s.295-320.

DASH, Amrutansku/SHARMA, Dhruv, **“Arrest Warrants at the International Criminal Court: Reasonable Suspicion or Reasonable Grounds to Believe?”**, International Criminal Law Review 16 (2016), s.158-176.

DE LEON, Darianne, **“What Matters More: Preserving A Fundamental Right to Privacy or Tampering with Another’s Dignity Through Searches Because of ‘Reasonable Suspicion’”**, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law, vol. 27, no. 4, 2019.

DEĞİRMENCİ, Olgun: **Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

DEL CARMEN, Rolando V.: **Criminal Procedure Law and Practice**, Wadsworth Cengage Learning, USA, 8.Baskı, 2010.

DELGADO, Daniel Justino: **“My Deputies Arrest Anyone Who Breaks the Law”: Understanding How Colorblind Discourse and Reasonable Suspicion Facilitate Racist Policing”**, Sociology of Race and Ethnicity 2018, Vol. 4(4) 541–554.

DEMİRAL, Mustafa Uğur: **Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m. 133)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2020.

DEVELLİOĞLU, Ferit: **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, İstanbul, 1981.

DERDİMAN, Ramazan C.: **“The Condition of Search Warrant in Turkish Law for Urgent Cases of Search and Comperative Law”**, World Applied Science Journal 8 (4), 2010, s. 509-526.

DOĞAN, İlyas: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Hukuku**, Astana Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2019 (**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**).

DOĞAN, İlyas: **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları, Ankara, 3. Baskı, 2019 (**İnsan Hakları**).

DOĞAN, Duygu Çağlar: **“Ceza Muhakemesinde Adli Arama”**, TBB Dergisi, Sayı: 92, Yıl: 2011.

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Cilt:1**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012.

DOĞRU, Derya: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018.

DONAY, Süheyl: **“Terörle Mücadele Yasası’nda, Ceza Yargılaması Yasası’nda ve Türk Ceza Yasası’nda 6526 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Düşünceler”**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:4, Yıl:2014, s.56-85 (**6526 Sayılı Yasa**).

DONAY, Süheyl: **Ceza Yargılama Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2. Baskı, 2012.

DONAY, Süheyl: **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009 (**Şerh**).

DOOLEY, Ian: **"Fighting for Equal Protection under the Fourth Amendment: Why Knock-and-Talks Should Be Reviewed under the Same Constitutional Standard as Stop-and-Frisks"** Nova Law Review 40, no. 2 (Spring 2016): 213-256.

DÖNER, İsa: **“Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi”**, içinde Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

DURMAZ, Cüneyd: **“Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Nedenleri”**, Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabuledilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)”, Editör: Musa SAĞLAM,
Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013.

DURSUN, İsmail: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma”**, içinde Mehmet Akif AYDIN’a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, Sayı:3, Yıl: 2014.

DÜLGER, Murat Volkan: **“Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri”**, içinde Ceza muhakemesi hukukunda Güncel Konular, Editör: Prof.Dr. Nur CENTEL, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015 (**Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama**).

DÜLGER, Murat Volkan: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014 (**Dışlama Kuralı**).

DÜLGER, Murat Volkan: **“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”**, TBB Dergisi, Yıl: 2014, Sayı:111, s.325-410 (**Gäfgen Kararı**).

DÜZGÜN, Nuri/ELMACI, Şerafettin: **Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

EKİNCİ, Hüseyin/SAĞLAM, Musa: **Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.

EKİNCİ, Hüseyin: **“Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi”**, Anayasa Yargısı, Cilt:30, 2013, 161-197.

ELIKANN, Peter, **“Criminal Law: The Dichotomy of Reasonable Suspicion and Probable Cause: Commonwealth v. Pridgett, 481 Mass. 437 (2019).”** Massachusetts Law Review, vol. 101, no. 1, November 2019, s.12.

ELTİMUR, Dilara: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018.

EPÖZDEMİR, Rezan: **“Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”**, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:12, Sayı:135, Kasım 2017, s.14-28.

ERCAN, İsmail: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Kuram Kitap, Kocaeli, 14. Baskı, 2018.

ERDAGÖZ, Özcan: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2008.

ERDEM, Mustafa Ruhan: **“Olağanüstü Hal ve Avukat Bürolarında Arama”**, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:81, Eylül 2016, Sayı:3, s.115-148.

ERDOĞAN, Mustafa: **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Hukuk Yayınları, Ankara, 3. Baskı, 2019.

EREM, Faruk: **Meslek Kuralları**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007 (**Meslek Kuralları**).

EREM, Faruk: **Ceza Usulü Hukuku**, Sevinç Matbaası, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ankara, 1979 (**Ceza Usulü Hukuku**).

EREM Faruk: **“Avukat Bürolarında Arama”**, Yargı Dergisi, Sayı:11, Yıl: Mart 1977.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 21. Baskı, 2017.

ERGÜL, Ergin: **“Elkoyma ve Müsadere Alanında Uluslararası Adli İşbirliği”**, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/ergin_bey_sunumu.doc. Erişim Tarihi: 11/12/2017.

ERMAN, R.Barış: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt1, Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 2011, s. 679-701.

ERSOY, Uğur: **“Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini (CMK m. 133)”**, AÜHF Dergisi, Cilt: 65, Yıl: 2016, Sayı: 4 (**CMK m. 133**).

ERSOY, Uğur: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009 (**Şirket Yönetimine Kayyım Tayini**).

ERTUĞRUL, Hüseyin: **“Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XII, Yıl: 2008, Sayı:1-2.

ERYILMAZ, Mesut Bedri: **Türk ve İngiliz Uygulamasında Durdurma ve Arama**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003 (**Durdurma ve Arama**).

ERYILMAZ, Mesut Bedri: **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012 (**Ceza Muhakemesi**).

EŞİTLİ, AYGÜN Ezgi: **“Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”**, TBB Dergisi, Yıl: 2013, Sayı:104.

ETGÜ, Mehmet Akif: **Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2009.

FEYZİOĞLU, Metin: **“Ceza Muhakemesi Kanunu Uyarınca Devlet Sırrı İçeren Beyanların ve Belgelerin Mahkemeye Sunulması”**, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt 3, Yayına Hazırlayanlar HINGELDORF Eric, ÜNVER, Yener, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010 (**Devlet Sırrı**).

FEYZİOĞLU Metin: **“5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”**, TBB Dergisi, Sayı: 62, Yıl: 2006.

FEYZİOĞLU, Metin: **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku”**, TBB Dergisi, Sayı:55, Yıl:2004.

FEYZİOĞLU, Metin: **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002 (**Vicdani Kanaat**).

FEYZİOĞLU, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayıncılık, Ankara,1996 (**Tanıklık**).

FEYZİOĞLU, Metin: **“Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”**, (<http://www.turkhukuksitesi.com>, 2004 (**Yasama Dokunulmazlığı**), Erişim Tarihi: 02/05/2017.

Fourth Amedment — Exclusionary Rule — Seventh Circuit Holds That Evidence Gathered Through an Unlawful Search of a Home May Be Admissible Under The Independent Source Doctrine Even If Tainted Evidence is Dedcribed in the Warrant Application. — *United States v. Huskisson*, 926 F.3d 369 (7th Cir. 2019), Harvard Law Review, Vol.133, 2020.

FRIEDMAN, Barry/STEIN, Cynthia Benin: **“Redefining What’s ‘Reasonable’: Tehe Protections for Policing”**, The George Washington Law Review, Vol. 84:281, 2016.

FRISCH, Wolfgang: **“Ceza Muhakemesinde Devlet Sırlarının Korunması (Çeviren Mehmet ASLAN)”**, Dünyada ve Türkiye’de Ceza hukuku Reformları Kongresi Cilt 1, XII Levha Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 231-251.

GASTON, Shytierra/BRUNSON, Rod K.: “**Reasonable Suspicion in the Eye of the Beholder: Routine Policing in Racially Different Disadvantaged Neighborhoods**”, Urban Affairs Review 2020, Vol. 56(1), s.188-227.

GEDİK, Doğan: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Müsadere**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2016.

GEDİK, Doğan: “**Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Basit Elkoyma**” , Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 6, Şubat 2007, s. 67-82 (Elkoyma).

GEMALMAZ, H.Burak: **Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Nisan 2018.

GERCKE, Björn: “**Avukat Bürolarının Aranması**”, Çev. Prof.Dr. Hakan HAKERİ, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

GÖDEKLİ, Mehmet: “**Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı**”, AÜHF Dergisi, Sayı: 65-4, Yıl:2016, s. 1815-1924.

GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ÇAKIR, Kerim/ALŞAHİN, Mehmet Emin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 5. Baskı, 2021.

GÖKCEN, Ahmet: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994.

GÖKTÜRK, Neslihan: **Fikri İhtima**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

GÖREN, Zafer: **Bireysel Başvuru-Anayasa Yargısında**, Yetkin Yayınları, Ankara, 3. Baskı, 2020.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 8. Bası, 2009.

GÖZLER, Kemal: **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, Güncellenmiş 3. Baskı, 2020 (İnsan Hakları).

GÖZLER, Kemal: “**3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği**”, Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayını, 2002, Cilt 19, s. 326-354.

GÖZLER, Kemal: **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi**, Ekin, Yayınevi, Bursa, 2000.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2014.

GRANO, Joseph D.: “**Probable Cause and Common Sense: A Reply to the Critics of Illinois v. Gates, 17 U.**”, Michigan Journal of Law Reform, 465, Vol.17, 1984.

Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Protection of Property, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2021, Updated on 30 April 2021. (**Guide on Article 1 of Protocol No. 1**)

Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2021, Last update: 31.12.2020. (**Guide on Article 8**)

GÜLER, İbrahim: “**Adil, Yargılanma, Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı ile Etkili Başvuru Haklarına Saygı Arasındaki İlişkinin Ayrıntılı Değerlendirilmesi Bakımından Önemli Bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı: Khan Birleşik Karallık’a Karşı Davası**”, TBB Dergisi, Yıl:2016, Sayı:123, s. 9-32.

GÜLMEZ, Mesut: **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, TBB Yayını, Ankara, 2004.

GÜLŞEN, Recep: “**Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksinmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller**”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:9, Ağustos 2010, s.16-22 (**Kendiliğinden Arama**).

GÜLŞEN, Recep: “**Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama**”, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/139.doc (**Arama**), Erişim Tarihi: 02/05/2017.

GÜLŞEN, Recep: “**Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama**”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2005 (**Ceza Muhakemesi**).

GÜLŞEN, Recep: “**Haksız Arama Suçu**”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:16-17-18-19, Yıl: 2007-2008 (**Haksız Arama**).

GÜLŞEN, Recep: “**Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi**”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Türk Medeni Hukukunda Kayyımılık**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

GÜNAY, Erhan: **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

GÜNEŞ, Ahmet M.: **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

GÜNEŞ, Yusuf: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Mülkiyet Hakkı İhlallerinden Doğan Hukuksal Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.

GÜNGÖR, Devrim: **Ceza Muhakemesinde İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

GÜNGÖR, Devrim/TOROSLU, Haluk: **“Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”**, AÜHF Dergisi, Sayı:65-4, Yıl: 2016, s. 1967-1980.

GÜNGÖR, Devrim: **“Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:2, Yıl:2015, s. 307-317.

GÜNGÖR, Devrim: **Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 11. Baskı, 2018 (Genel Hükümler).

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, Ankara, US-A Yayıncılık, 5. Baskı, 2016 (Kişilere Karşı Suçlar).

HAFIZOĞULLARI, Zeki/KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgü: **“Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk”**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/2, s. 123-170.

HAFIZOĞULLARI, Zeki / AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi / KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı: 1, 2015, s.505-519.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: **“Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış”**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010-1.

HAFIZOĞULLARI Zeki: **“24 Mayıs 2003 Tarih Ve 25117 Sayılı Remi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan “Adlî Zabıt ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” Adlî Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir”**, Ankara Barosu Dergisi, 2004-3.

HAKERİ, Hakan: **“Amerikan Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış”**, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:8, Aralık 2008.

HAKERİ, Hakan: **“Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat”**, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2005.

HELMER, Gabriel M.: **“Strip Search and the Felony Detainee: A Case for Reasonable Suspicion.”** Boston University Law Review, vol. 81, no. 1, February 2001.

<https://hudoc.echr.coe.int>

<https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-viii/rule-41-search-and-seizure/>. Erişim Tarihi: 08/09/2017.

IP, John, **“The Reform of Counterterrorism Stop and Search after Gillan v United Kingdom”**, Human Rights Law Review 13:4 (2013), 729-760.

İNCEOĞLU, Sibel: **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2017.

İNCEOĞLU, Sibel: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 2008.

İNCİ, Z.Özen: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: “Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal” Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu”**, AÜHF Dergisi, Sayı: 65/4, Yıl: 2016 (Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal).

İNCİ, Z.Özen: **“Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (2) 2017, s. 119-168 (Katlanma Yükümlülüğü).

İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”**, İÜHF, Cilt: LXX, Sayı: 1, s.19-38, 2012.

KAHRAMAN, Mehmet: **“Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama”**, Yargıtay Dergisi, Cilt:33, Sayı:3, Temmuz 2007 (Arama).

KAHRAMAN, Recep: “**Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi**”, İstanbul Hukuk Mecmuası 79/1 (**Orantılılık İlkesi**).

KAKADE, Namrata: “**Sloshing Through the Factbound Morass of Reasonableness: Predictive Algorithms, Racialized Policing, and Fourth Amendment Use of Force**”, The George Washington Law Review, Issue:88/3, Note, Vol:88, 10 Haziran 2020.

KANMAZ, Fatih: **Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

KANTAR Baha: **Ceza Muhakemeleri Usulü Umumi Hükümler I. Kitap**, 4. Bası, Ankara, 1957.

KAPANI, Münci: **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 7. Baskı, 1993.

KAPP, Thomas/ROTH, Alexander: “**Elkoyma Yasağının Sınırlandırılması Olarak Şüphelinin Muhafazaya Alınması (Öne Geçen Bir Girişim!)**”, Çev. Prof.Dr. Yener ÜNVER, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

KARAHAN, Abdurrahman Burak: **Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m. 133)**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.

KARAKAŞ, Nurullah: “**ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin Araçlara GPS Takip Cihazı Takılmak Suretiyle Yapılan Aramalara İlişkin Kararı**”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:9, Sayı:97, Eylül 2014, s. 80-87.

KARAKAYA, Naim: “**Ceza Muhakemesi Kapsamında Yürürlüğe Konulan Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi**”, Hukuk ve Adalet, Sayı 6-7, Ekim 2005.

KARAKEHYA, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Savaş Yayınevi, Ankara, 1. Bası, Ekim 2014.

KATOĞLU, Tuğrul: **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

KAYA GÖÇMEN, Özen: “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki Koruma Tedbirleri Üzerindeki Etkileri: Yakalama ve Gözaltı Koruma Tedbirleri Özelinde Bir Değerlendirme**”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.

KAYAR, İsmail: **Ticaret Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 5. Baskı, 2018.

KAYMAZ, Seydi: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2. Baskı, 2020.

KAZAKER, Gözde: **“Karar İncelemesi-2 Adli Arama”**, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:27, Nisan 2015.

KESKİN-KİZİROĞLU, Serap: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat”**, Güncel Hukuk, Nisan 2014, 4-124, s. 25-27 (**Delil ve İspat**).

KESKİN-KİZİROĞLU, Serap: **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010 (**Konut Dokunulmazlığı**).

KESKİN-KİZİROĞLU Serap: **“5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”**, AÜHF Dergisi, Cilt: 58, Yıl: 2009, Sayı: 1 (**Arama**).

KESKİN-KİZİROĞLU Serap: **“Türk Hukuku’nda Arama ve Elkoyma”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/1 (**Arama ve Elkoyma**).

KILIÇKAYA, Zeynep, **“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, 2016.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Medeni Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

KILKELLY, Ursula: **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları Elkitapları, No.1, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2007.

KIZILKAYA, Ezgi: **“Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”**, TBB Dergisi, Sayı: 89, Yıl: 2010.

KINPORTS, Kit, **“The Quantum of Suspicion Needed for an Exigent Circumstances Search”**, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol.52:3, Spring 2019, s.615-648.

KOCAOĞLU, Serhat Sinan: **“Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2012/1, Yıl: 2012.

KOÇ, Muharrem İlhan/KAPLAN, Recep (Ed.), **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.

KREMENES, Karolina: **“The authority to order search in a comparative perspective: a call for judicial oversight”**, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol.6, no.3, 2020.

KUÇURADI, Ioanna: **“Dünya Felsefe Günü Mesajı”**, 17 Kasım 2014, İstanbul, www.tfk.org.tr/tr/1416298008-1415188376-makul_suphe, Erişim Tarihi: 02/05/2014.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013 (**Ceza Muhakemesi Kanunu**).

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 18.Baskı, 2010 (**Ceza Muhakemesi Hukuku**).

KUNTER, Nurullah: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 9.Baskı, 1989.

KUNTER Nurullah: **“Tehlike Tedbiri Genel Teorisi ve Para Cezaları İçin İcrai ve İhtiyati Haciz”**, İÜHFM, Cilt: XXXIV, Yıl: 1969, Sayı: 1-4, s.17 vd.

LOCKE, Anna: **“Property Rights and Economic Growth”**, www.odi.org, Ağustos 2013, Erişim Tarihi: 02/05/2017.

MALKOÇ, İsmail/YÜKSEKTEPE, Mert: **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, Malkoç Kitapevi, 1. Cilt, Ankara, 2008.

METİN, Yüksel: **Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

METİN, Yüksel, **“Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2017.

MILLER, Joel/D'SOUZA, Amanda: **“Indirect Effects of Police Searches on Community Attitudes to the Police: Resentment or Reassurance?”**, The British Journal of Criminology, (2016) 56, s.456–478.

MILLER, Joel: **“Stop and Search in England, A Reformed Tactic or Business as Usual?”**, The British Journal of Criminology, (2010) 50, s.954–974.

NORTON, Robert, **“What is a ‘Reason to Believe’? Execution of an Arrest Warrant at a Suspect’s Residence Should Require Probable Cause”**, Creighton Law Review, Vol.54, 2021.

OKUYUCU-ERGÜN, Güneş: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010.

OPGENHAFFEN, Tim/PUT, Johan, **“Searching and Seizing Evidence at Lawyers’ and Doctors’ Premises: Belgium, France and The Netherlands Put to the European Court of Human Rights Test”**, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 23 (2015).

ORHAN, Uğur: **“Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Arama ve Elkoyma”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018.

ÖKTEN, Pınar: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

ÖLMEZ, Aslan: **5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Elkoyma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008 (Elkoyma).

ÖLMEZ, Aslan: **“Postada Elkoyma”**, Adalet Dergisi, Yıl: 100, Sayı: 32, Eylül 2008, s. 83-90 (Elkoyma).

ÖNCÜ, Gülay Arslan: **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8**, Avrupa Konseyi, 2019.

ÖNDER, Ayhan: **“Ceza Muhakemeleri Usul Hukukunda Arama”**, İÜHFM, Yıl:1963, Cilt: XXIX, Sayı:3.

ÖNOK, Rıfat Murat: **“Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar”**, içinde Ceza muhakemesi hukukunda Güncel Konular, Editör: Prof.Dr. Nur CENTEL, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ÖRS, Cengiz Ozan: **“Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma”**, TBB Dergisi, Sayı: 123, Yıl:2016.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 13. Baskı, 2020.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 8. Baskı, Ekim 2016.

ÖZBEK, Veli Özer/BACAĞSIZ, Pınar: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”**, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Ekim 2006.

ÖZBEK, Veli Özer: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınları, Ankara 1999.

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 10. Baskı, 2009.

ÖZEL, Kadir Can: **“Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt:21, Özel Sayı, 2019.

ÖZEN, Muharrem: **“Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”**, AÜHF Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016 (İstinaf).

ÖZEN, Muharrem: **“Türkiye Cumhuriyeti’nde ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 50, Sayı: 3.

ÖZEN, Muharrem: **“Savunma Dokunulmazlığı”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 1992/3.

ÖZEN, Muharrem/ÖZEN, Mustafa: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Duygun YARSUVAT’a Armağan, Cilt: IX, Sayı:2, Yıl: 2012, s. 301-329.

ÖZEN, Muharrem/BAŞTÜRK, İhsan: **Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

ÖZEN, Muharrem: **Hâkimin Cezai Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Mayıs 2004.

ÖZEN, Muharrem: **“Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”**, AÜHF Dergisi, Cilt: 52, Sayı:1, Yıl:2000, s.63-88.

ÖZEN, Mustafa: **“5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Üzerine Düşünceler”**, TBB Dergisi, Sayı: 68, Yıl:2007.

ÖZEN, Mustafa: **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 5. Baskı, 2020 (Ceza Muhakemesi).

ÖZGENÇ, İzzet: **“Devlet Sırrı ve Ceza Hukuku”**, Dünyada ve Türkiye’de Ceza hukuku Reformları Kongresi Cilt 1, XII Levha Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 285-307 (Devlet Sırrı).

ÖZGENÇ, İzzet: **Suç Örgütleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 12. Baskı, 2019.

ÖZGENÇ, Nuri Berkay: **“Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Elkoyma Koruma Tedbiri”**, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı:223, Temmuz, 2014, s.11-85 (Elkoyma).

ÖZKORUL, İsmet: **“Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”**, <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/180.doc>. Erişim Tarihi: 11/12/2017.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ Efser/ALTINOK VILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 14. Baskı, 2020.

ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/SOYER GÜLEÇ, Sesim: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 4. Baskı, 2021.

ÖZTÜRK, Bahri: **“Yeni CMK’da Delil Yasakları”**, Uğur ALACAKAPTAN’a Armağan, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2008.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 12. Baskı, 2008.

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, 1. Cilt**, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2008.

PARLAR, Ali: **Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt 1**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

PEKMEZ, Tuba KELEP: **Ceza Muhakemesinde Fiil**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

POLAT, Levent: **Haksız Arama Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

POLATER, Yusuf Ziya: **“Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı”**, TBB Dergisi, Sayı: 122, Yıl: 2016.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, 13. Baskı.

PRADEL, Jean: **Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü**, (Türkçeye Çeviren: Sulhi DÖNMEZER), Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

RISTIK, Jelena: **“Right to Property: From Magna Carta to the European Convention on Human Rights”**, South East European University Review, Volume 11, Issue 1, 2015.

RUSHIN, Stephen/EDWARDS, Griffin: **“An Empirical Assessment of Pretextual Stops and Racial Profiling”**, Stanford Law Review, Vol.73, March 2021.

SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem İlke ve Usuller**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

SAMAHA, Joel: **Criminal Procedure**, Wadsworth Cengage Learning, 8.Baskı, USA, 2012.

SAYGILAR, Yasemin: **“Arama”**, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt 1, İstanbul, 1.Baskı, 2008.

SCHEB II, John M./SCHEB, John M.: **Criminal Law and Procedure**, Wadsworth Cengage Learning, 7.Baskı, USA, 2011.

SCHLIN, Bernhard, **“Proportionality in Constitutional Law:Why Everywhere but Here?”**, Duke Journal of Comperative & International Law, Vol.22-291, 2012.

SEVÜK, Handan Yokuş: **“Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”**, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007.

SIRMA, Özge: **“5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma”**, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt 1, İstanbul, 1.Baskı, 2008 (Elkoyma).

SIRMA, Özge: **“Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”**, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 34, Haziran 2009 (Arama).

SICILIANOS, Linos-Alexandre/ KOSTOPOULOU Maria-Andriani, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Bireysel Başvuru Usul Rehberi**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2021.

SOYASLAN, Doğan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, 2014 (**Ceza Muhakemesi**).

SOYASLAN, Doğan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, 2020 (**Ceza Muhakemesi**).

SOYASLAN, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, 2020 (**Özel Hükümler**).

SOYASLAN, Doğan: **“İdari Denetim ve Aramalar”**, Prof.Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan II. Cilt, S.2877-2888, Ankara, 2010 (**İdari Denetim**).

STUNTZ, William J.: **“Local Policing After the Terror”**, The Yale Law Journal, Vol.111, 2137, 2002.



SÖZÜER, Adem/DÜLGER, İbrahim/DURSUN, Selman/TALAS, Serdar/MADEN, Mehmet/PLAGEMAN, Gottfried/TOPÇUOĞLU, Tuba: **“İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza muhakemesi hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin “İç Güvenlik Paketi” İle İlgili Değerlendirmeleri”**, İstanbul, 2015 (<http://www.canakkalebarosu.org.tr/Print.aspx?ID=40035&Tip=Haber>, 12.07.2015).

Criminal Law, Search and Seizure, Reasonable Suspicion, State of North Dakota v. Dustin Tory Hendrickson, North Dakota Law Review, Vol. 95: 2, 2020.

ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayınları, Ankara, 11. Baskı, 2020.

ŞAHİN, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005 (**Gazi Şerhi**).

ŞAHİN, İlyas: **“Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi”**, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, Sayı:3, Yıl: 2014 (**Şüphe**).

ŞAHİN, İlyas: **“Amerikan Hukukunda Kişi Hakları ile Kamu Yararlarının Dengelenmesine İlişkin İlkeler ve Kamu Okullarında Yapılan Aramaların Hukuki Durumu”**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, Ocak 2014, s. 71-112.

ŞAHİN, İlyas: **“ABD Hukukunda Mahkeme Kararları Işığında Hükümlü, Tutuklu, Şartla Salıverilme ve Adli Kontrole Tabi Kişilerle İlgili Aramalar”**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:4, Sayı:14, Temmuz 2013 (**Aramalar**).

ŞAHİN, İlyas: **“ABD Federal Mahkemelerinin Sınırlarda Bilgisayar Aramalarına İlişkin Kararları ve Değerlendirmeler”**, TBB Dergisi, Sayı: 89, 2010 (**Bilgisayar Aramaları**).

ŞEN, Ersan: **“Çıplak Arama”**, <https://www.hukukihaber.net/ciplak-arama-makale,8617.html>. Erişim tarihi:02/07/2021.

ŞEN, Ersan/ERYILDIZ, Sefa: **Elkoyma**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

ŞEN, Ersan: **“Avukatın Aranması”**, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1337742-avukatin-aranmasi> Erişim tarihi: 08/12/2016 (**Avukatın Aranması**).

ŞEN, Ersan: **“Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini”**, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1627842-sirket-yonetimi-icin-kayyim-tayini> Erişim tarihi: 08/12/2016 (**Kayyım**).

ŞEN, Ersan: **“Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Değişikliği”**, <http://www.polisinsesi.com/adli-ve-onleme-aramalari-yonetmeligi-degisikligi/4059/> Erişim tarihi: 08/12/2016 (Yönetmelik).

ŞEN, Ersan: **“Araç Araması”**, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı:214, Ekim 2013, s. 11-18.

ŞEN, Ersan: **“Avukat, Hâkim ve Savcıların Aranması”**, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2013-2, 2013 (Avukat).

ŞEN, Ersan: **“Mağdur, Müşteki Hakları ile Bu Kişiler Ve Vekillerinin Aramalara Katılması”**, Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2010, Sayı 44 (Aramalara Katılma).

ŞEN, Ersan: **“İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama”**, Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2009, Sayı 30.

ŞEN, Ersan/YENİCE, Nilüfer: **“Yargıtay Kararları Işığında ‘Elkoymada Mağdura İade ve Tazminat’”**, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:13, Sayı:138, Şubat 2018.

ŞENOL, Cem: **Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ŞİMŞEK, Suat: **“Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Karşılaştırmalı Bir Analiz Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”**, TBB Dergisi, 91. Sayı, Kasım-Aralık 2010.

ŞİRİN, Tolga: **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1)**, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018. **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı)**

ŞİRİN, Tolga: **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2018.

ŞİRİN, Tolga: **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2015.

TANER, Fahri Gökçen/ÖNTAN, Yaprak: **“CMK’nın 119/4 Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İctihatta Dönüşüm”**, AÜHF Dergisi, Sayı: 65 (4), Yıl:2016, s. 2445-2469.

TANER, Fahri Gökçen: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Yapboz’ Yılı 2014”**, Güncel Hukuk, Sayı: 133, Ocak 2015.

TANER, Tahir: **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul, 3. Bası, 1985.

- TANGAL, Murat: **Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2016.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 6. Baskı, 2004.
- TASLITZ, Andrew E., “**What is Probable Cause, and Why Should We Care?: The Costs, Benefits, and Meaning of Individualized Suspicion**”, Law & Contemporary Problems, Duke University School of Law, Vol:73:145, Summer 2010.
- TAŞKIN, Mustafa/ÇETİNTÜRK, Ekrem: “**Uluslararası Elkoyma Kararlarının Tanınması ve Yerine Getirilmesine Yönelik Yeni AB Sistemi ve Türkiye’ye Etkileri**”, Terazî Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 30, Şubat 2009.
- TEZCAN, Durmuş: “**Fransız Hukukunda Vücutta Arama ve Türk Hukukunda Durum**”, Prof.Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa R./SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, R.Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Güncellenmiş 9. Baskı, 2021.
- THAMAN, Stephen C.: “**Karşılaştırmalı Hukukta Yasak Ağacın Meyveleri**”, (Çev.: Arş.Gör. Ahmet Emrah GEÇER) in Ceza Muhakemesinde Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, s. 361-407.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 20. Baskı, 2020.
- TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 24. Baskı, 2018 (**Genel Kısım**).
- TOROSLU, Nevzat: **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 9. Baskı, 2018 (**Özel Kısım**).
- TOROSLU, Nevzat: “**Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**”, Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara, 1995, s. 55-58 (**Delil**).
- TOSUN, Öztekin: **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Genel Kısım C. 1**, İstanbul, 1984.

TURAN, Hüseyin/KAPLAN, Recep, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015.

TURHAN, Faruk: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil Yayınları, 2006.

TURNER, John R./HEMMENS, Craig/MATZ, Adam K.: **“Is It Reasonable? A Legal Review of Warrantless Searches of Probationer and Parolees”**, Criminal Justice Policy Review, 2016, Vol.27(7), s.684-701.

TÜRMEN Rıza: **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”**, Yargıtay Dergisi, Cilt:28, Sayı:1-2, Ocak-Nisan 2002, s.192-213.

ORHAN, Uğur: **“Avukat Bürolarının Aranması”**, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 15, Sayı 162, Şubat 2020.

ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel: **Şekli Eşya Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 7. Baskı, 2015.

ÜNAL, Osman Gazi: **Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 18. Baskı, 2021.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2**, Adalet Yayınevi, Ankara, 15. Baskı, 2019.

ÜZELTÜRK, Sultan Tahmazoğlu: **“Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2008/1, 2008.

ÜZELTÜRK, Sultan: **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004 (**Özel Hayatın Gizliliği**).

VIACHESLAV V. Vapniarchuk/VOLODYMYR M. Trofymenko/OLHA G. Shylo/VOLODYMYR I. Maryniv, **“Standards of Criminal Procedure Evidence”** Journal of Advanced Research in Law and Economics (JARLE), Vol. 9, no. 7 (Winter 2018): 2462-2470.

VURALDOĞAN Kemal: **“Avukatların Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”**, Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı:6, 2005.

WOHLERS, Wolfgang: **“Alman Ceza Hukukuna Göre Aramadaki Temel ve Güncel Sorunlar”** (Çev.: Kerem ÖZ), Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 9, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2015 (Arama).

WOHLERS, Wolfgang: **“Alman Ceza Hukukuna Göre Temel Sorunlar ve Elkoymanın Güncel Problemleri”** (Çev.: Yener ÜNVER), Hukuk Köprüsü Dergisi, Sayı: 9, Özyeğin Üniversitesi Yayınları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2015 (Elkoyma).

YAVUZ, Can: **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”**, TBB Dergisi, Yıl: 2019, Sayı: 145.

YAYLA, Mehmet: **Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

YENİDÜNYA, A.Caner/İÇER, Zafer: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 8. Baskı, 2020.

YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih: **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu**, Almanca Metin-Türkçe Çeviri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2. Baskı, 2015.

YENİSEY, Feridun: **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları Seminer Yayın Dizisi No:3, AİHS Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri Mart-Haziran 1995, Ankara.

YERDELEN, Erdal/DEĞERLİ, Yavuz Selim: **“Ceza Muhakemesi Koruma Tedbirlerinde Ölçülülük”**, Prof.Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 1339-1378.

YILDIRIM, Ertuğrul Kaan: **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Nemo Tenetur İlkesi, Ceza Muhakemesi Hukukunun Güncel Sorunları, Cilt 8, Editör: Prof.Dr. Yener ÜNVER**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

YILDIRIM, Zeki: **“Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Amacıyla Malvarlığını Dondurma Tedbiri”**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Yıl:2013, s.61-108 (Dondurma).

YILDIRIM, Akif: **“Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu”**, TAA Dergisi, Yıl:5, Sayı:19, Ekim 2014, s. 585-622 (Haksız Arama).

YILDIZ, Hüseyin Serkan: **Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Arama ve Elkoyma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

YILMAZ, Ejder: **“Medeni Yargıda İnsan Hakları”**, TBB Dergisi, Yıl: 1996/2.

YILMAZ, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2004 (**Hukuk Sözlüğü**).

YILMAZ, Yeşim: **“Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”**, TBB Dergisi, Sayı 124, 2016 (**Arama**).

YİĞİT, Nuri: **“Arama Elkoyma ve Gizli Koruma Tedbirleri”**, www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/155.doc, Erişim Tarihi: 02/05/2014

YURTCAN, Erdener: **Ceza Yargılaması Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 16. Baskı, 2019.

YURTCAN, Erdener: **Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi**, Seçkin Yayınevi, 9. Bası, Ankara, 2019 (**CMK Şerhi**).

YURTCAN, Erdener: **“Uyum Yasaları ve 2001 Anayasa Değişikliği”**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2004 (**Uyum Yasaları**).

YÜCE, Turhan Tufan: **“Ceza Yargılaması Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”**, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1980, Sayı:1.

YÜCE, Turhan Tufan: **“Saniğin Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”**, TBB Dergisi, Yıl: 1988, Sayı: 1.

ZANELLO, Lindsay N.: **“To Sniff or not to Sniff: Making Sense of Past and Recent State and Federal Decisions in Connection with Drug-Detection Dogs-Where od w ego from here?”**, Albany Law Review, Vol.: 78.4, 2014/2015.

www.anayasa.gov.tr

www.karararama.yargitay.gov.tr

www.kazanci.com

www.legalbank.net

www.resmigazete.gov.tr

www.tdk.gov.tr

ÖZET

Arama ve elkoyma, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, koruma tedbirleri arasında düzenleme altına alınmıştır. Her iki tedbir, koruma tedbiri olmalarının doğal bir sonucu olarak, bazı temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmaktadır. Bu bağlamda her iki tedbire ilişkin hükümler bizzat Anayasa'da yer almaktadır. Bu sebeple, her iki tedbire ilişkin düzenlemelerin ve özellikle de uygulamanın, koruma tedbirlerine ilişkin ortak özellikler ile hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin ilkelerle ve özellikle de AİHM içtihadıyla uyumlu olması zorunludur.

Arama ve elkoyma, bağımsız birer tedbir olsalar da çoğunlukla birlikte uygulandıklarından, çalışmada birlikte incelenmişlerdir.

Çalışmanın birinci bölümünde, koruma tedbiri kurumu ve genel olarak temel hak ve hürriyetler konusu ile kısaca her iki tedbirin sınırlandırdığı hak ve hürriyetler inceleme konusu yapılmıştır. İkinci bölümde arama tedbiri incelenmiştir. Bu başlık altında arama kavramı, aramanın amaçları, şartları, yerine getirilmesi, sona ermesi, denetimi ve hukuka aykırı olarak yerine getirilen aramanın sonuçları ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise elkoyma tedbiri incelenmiştir. Bu başlık altında elkoyma kavramı ve benzer kavramlar, elkoymanın amacı, şartları, çeşitleri, yerine getirilmesi, elkonulan eşyanın iadesi veya müsaderesi, elkoyma işleminin denetimi ve hukuka aykırı olarak yerine getirilen elkoymanın sonuçları ele alınmıştır. Çalışmada her iki tedbir ile ilgili ulusal yargı, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve ABD yargı kararlarına yer verilmiştir.

ABSTRACT

Search and seizure are regulated in Turkish Criminal Procedure Code, among the protection measures. Both measures, as a natural consequence of being a protection measure, restrict some fundamental rights and freedoms. In this context, the provisions regarding both measures are included in the Constitution itself. Therefore, it is imperative that the regulations and implementation of both measures comply with the common characteristics of the protection measures and the principles regarding the limitation of rights and freedoms and the case law of the ECtHR.

Although search and seizure are independent measure, they are examined together in this study, as they are mostly applied together.

In the first part of the study, the institution of protections measures and fundamental rights and freedoms in general and the rights and the freedoms restricted by both measures were examined. In the second part, search measure was examined. Under this title, the concept of search, the purposes, conditions, fulfillment, termination, supervision and the results of the illegal search. In the third part, the seizure measure was examined. Under this title, the concept of seizure and and similar concepts, the purposes, conditions, types, fulfillment of the seizure, the return or confiscation of the confiscated goods, the control of the seizure process and the results of the illegal seizure were discussed. The study included, National Judicial, Turkish Constitutional Court and ECtHR decisions and th U.S. judicial decisons related to both.